

Artículos

- Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos
Agreements between entities within the public sector and public procurement rules
ALEJANDRO HUERGO LORA 5-26
- El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia
The access of political representatives to information and the new laws on transparency and access to public information. In particular, their capacity to file claims with the transparency authorities
EMILIO GUICHOT 27-48
- Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013
Entities and «bodies» of territorial scope inferior to the municipality after the local reform of 2013
RAFAEL PIZARRO NEVADO 49-73
- Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas
Some attempts of the State to remedy (via pecuniary compensation for the demolition of property) the consequences of which the Courts have declared null and void the building licences
LUIS ENRIQUE FLORES DOMÍNGUEZ 74-96

Estudios breves

- Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos
Brief considerations on the acquisition of works of art in the European regulation of public contracts
PIERPAOLO FORTE 97-115
- Impuestos locales y parejas de hecho: problemas actuales a considerar
Local taxes and couples with stable union: current problems to consider
IRENE ROVIRA FERRER 116-127

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

- Relación entre el coste de los servicios y la planta local
Relationship between the cost of services and the territorial area
ALEJANDRO DE DIEGO GÓMEZ 128-146
- Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
Unconstitutional increases in value in the Capital Gains Tax on Urban Land
FERNANDO CASANA MERINO 147-163



reALA

Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Número **8**
Nueva época
Noviembre, **2017**



ISSN: 1989-8975
DOI: 10.24965/reala
www.inap.es
<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA>

Director del INAP: Manuel Arenilla Sáez
Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
(Universidad Rey Juan Carlos)

Director de la Revista: José María Baño León
Catedrático de Derecho Administrativo
(Universidad Complutense de Madrid)

Coordinación:
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

Redacción y administración:
Atocha, 106, 28012 Madrid
Tel.: 91 273 91 62
correo electrónico: reala@inap.es

Edita: Instituto Nacional de Administración Pública

ISSN: 1989-8975
NIPO: 174-17-020-1
Depósito legal: M-1.582-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

Director: José María Baño León, Universidad Complutense de Madrid (España)
Secretaría: Lucía Alarcón Sotomayor, Universidad de Córdoba (España).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Rebollo Puig, Universidad de Córdoba (España). José Carlos Vieira de Andrade, Universidad de Coímbra (Portugal). Gianluca Gardini, Universidad de Ferrara (Italia). Diego Zegarra Valdivia, Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú). Concepción Barrero Rodríguez, Universidad de Sevilla (España). Alejandro Huergo Lora, Universidad de Oviedo (España). Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (España). Belén Noguera de la Muela, Universidad de Barcelona (España). Silvia Díez Sastre, Universidad Autónoma de Madrid (España).

CONSEJO CIENTÍFICO

Germán Fernández Farreres, Universidad Complutense de Madrid (España). Francisco López Menudo, Universidad de Sevilla (España). Eloy García López, Universidad Complutense de Madrid (España). Eloísa Carbonell Porras, Universidad de Jaén (España). Mariano López Benítez, Universidad de Córdoba (España). Marco Dugato, Universidad de Bolonia (Italia). Martin Burgi, Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemania). Silvia del Saz Cordero, UNED (España). Marcos Vaquer Caballería, Universidad Carlos III de Madrid (España). Alessandra Pioggia, Universidad de Perugia (Italia). Francesco Bilancia, Universidad de Chieti-Pescara (Italia). Edorta Cobreros Mendazona, Universidad del País Vasco (España). Eduardo Cordero Quinzacara, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Francisco Villar Rojas, Universidad de La Laguna (España). Hans Christian Röhl, Universidad de Konstanz (Alemania). José María Rodríguez de Santiago, Universidad Autónoma de Madrid (España). Joan Manuel Trayter Jiménez, Universidad de Gerona (España). Mercedes Fuertes López, Universidad de León (España). José María Gimeno Feliú, Universidad de Zaragoza (España). Luis Míguez Macho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Eva Desdentado Daroca, Universidad de Alcalá (España). José Luis Blasco Díaz, Universidad Jaume I de Castellón (España). Estanislao Arana García, Universidad de Granada (España). Gabriel Domenech Pascual, Universidad de Valencia (España). Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia (España). Raúl Letelier Wartenberg, Universidad de Chile (Chile). Juan José Díez Sánchez, Universidad de Alicante (España). Giuseppe Piperata, Universidad de Venecia (Italia). Fabio Medina Osorio, Universidad Rio Grande del Sur (Brasil). Héctor Santaella Quintero, Universidad de Externado (Colombia).

La Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (**REALA**), publicada desde el año 1985 por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), es la sucesora de la revista Estudios de la Vida Local (REVL), publicación iniciada por el Instituto de Estudios de Administración Local en 1942. Está dirigida a un público formado por académicos, investigadores, expertos y en general a todos aquellos profesionales interesados por los ámbitos del Gobierno y de la Administración local y autonómica. Tiene carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía. **REALA** es una publicación de periodicidad semestral (mayo-noviembre) editada en formato digital que asume los criterios de exigencia aplicados en aquellas revistas que gozan de máximo reconocimiento internacional, empezando por la selección (mediante el protocolo del Open Journal System para la evaluación anónima por pares) de trabajos originales y conformes a las directrices para autores. En la evaluación participan revisores externos nacionales e internacionales ajenos al Consejo de Redacción y al INAP.



REALA se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

Sumario / Table of contents

Artículos

Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos

Agreements between entities within the public sector and public procurement rules

ALEJANDRO HUERGO LORA 5

El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia

The access of political representatives to information and the new laws on transparency and access to public information. In particular, their capacity to file claims with the transparency authorities

EMILIO GUICHOT 27

Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013

Entities and «bodies» of territorial scope inferior to the municipality after the local reform of 2013

RAFAEL PIZARRO NEVADO 49

Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas

Some attempts of the State to remedy (via pecuniary compensation for the demolition of property) the consequences of which the Courts have declared null and void the building licences

LUIS ENRIQUE FLORES DOMÍNGUEZ 74

Estudios breves

Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos

Brief considerations on the acquisition of works of art in the European regulation of public contracts

PIERPAOLO FORTE 97

Impuestos locales y parejas de hecho: problemas actuales a considerar

Local taxes and couples with stable union: current problems to consider

IRENE ROVIRA FERRER 116

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

Relación entre el coste de los servicios y la planta local

Relationship between the cost of services and the territorial area

ALEJANDRO DE DIEGO GÓMEZ 128

Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

Unconstitutional increases in value in the Capital Gains Tax on Urban Land

FERNANDO CASANA MERINO 147

Autores 164



Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos¹

Agreements between entities within the public sector and public procurement rules

Alejandro Huergo Lora
Universidad de Oviedo
ahuergo@uniovi.es

RESUMEN

El trabajo examina el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación europea y española de contratos públicos. Se ha pasado de declararlos exentos de los trámites de licitación a considerar que no pueden celebrarse sobre prestaciones propias de un contrato. En realidad, el Derecho comunitario admite estos convenios siempre que cumplan determinados requisitos, incluso si su objeto es una prestación propia de un contrato. El Derecho español les impone, por tanto, exigencias excesivas. Por otro lado, se estudian en el trabajo los requisitos exigidos por el Derecho comunitario, para ver si los convenios están sometidos a exigencias más duras que los encargos a medios propios, y si ello está justificado. Los entes públicos pueden utilizar sus propios recursos propios para atender sus necesidades, sin estar obligados a adjudicar un contrato. Y por «recursos propios» deben entenderse también los de sus entes instrumentales o los de otros entes públicos, para evitar que salgan perjudicados los países más descentralizados frente a aquellos en los que toda colaboración en el seno del sector público es un fenómeno interno, equiparable a los encargos a medios propios.

PALABRAS CLAVE:

Contratos públicos; convenios de colaboración; directivas de contratación pública.

ABSTRACT

This paper examines how European and Spanish public procurement rules tackle agreements between entities within the public sector. In Spain these agreements were initially above those rules, but now they cannot have the same object as a contract. Spanish law is not in line with European law, since under European law agreements are valid even if their object could be attained with a contract, provided that they meet some requirements. On the other hand, attention is paid to these requisites, laid down by European law, in order to ascertain if agreements are asked to comply with harder rules than «in house providing», and if it has to be so. Public entities are not obliged to «buy» if they can fulfill their needs with their own resources. And «their own resources» include the resources of entities or bodies closely related, or even any entity within the public sector. Otherwise decentralized States, in which there are many autonomous entities whose cooperation involves agreements between independent bodies, would be impaired.

KEYWORDS

Agreements between entities within the public sector; In house providing; Public procurement.

¹ El presente trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo» de la Universidad de Oviedo, y en los proyectos de investigación FC-15-GRUPIN14-039, financiado por el Principado de Asturias (Consejería de Economía y Empleo), y DER2014-59595-P, del Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INJUSTIFICADA EXIGENCIA DE QUE EL OBJETO DEL CONVENIO NO SE CORRESPONDA CON EL DE UN CONTRATO. 1. EL ORIGEN: LA PREFERENCIA DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. 2. LA RECTIFICACIÓN PROVOCADA POR EL TJ EN 2005. 3. LA ASUNCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJ EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: PREFERENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS SOBRE LA FIGURA DEL CONVENIO. 4. LA ADMISIÓN POR EL TJ Y POR LA DIRECTIVA 2014/24 DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN CUYO OBJETO SÍ SE CORRESPONDE CON EL DE CONTRATOS REGULADOS POR EL DERECHO COMUNITARIO. 5. LA NECESIDAD DE CORREGIR LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y TAMBIÉN LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. III. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LLEGAR LA COOPERACIÓN HORIZONTAL? 1. PLANTEAMIENTO: CONVENIOS CUYO OBJETO SÍ SE CORRESPONDE CON EL DE UN CONTRATO Y QUE SIN EMBARGO PUEDEN CELEBRARSE SIN LICITACIÓN. 2. UNA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS NO RESUELVE EL PROBLEMA. 3. CONVENIOS DE COLABORACIÓN CUYO OBJETO SE CORRESPONDE CON EL DE UN CONTRATO. 4. EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS AUNQUE SU OBJETO SEA COINCIDENTE CON EL DE LOS CONTRATOS TÍPICOS. 5. LOS LÍMITES DE LA ADMISIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL. EL CASO DE LOS CONTRATOS DE INTERCAMBIO. a) Los requisitos de admisión de los convenios. b) Las dudas de la jurisprudencia. c) Cambios introducidos por la Directiva. d) La equiparación con los encargos a medios propios y sus dificultades. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas constituyen un instrumento imprescindible, especialmente en un Estado descentralizado integrado por entes dotados de personalidad jurídica y no ordenados jerárquicamente entre sí, que sólo pueden cooperar a través de acuerdos.

Desde hace más de una década se plantean dudas respecto al encaje de estos convenios en la legislación de contratos públicos. Dos entes públicos, ¿sólo pueden celebrar un convenio si éste es la única forma de conseguir el resultado previsto, es decir, si no se puede satisfacer esa necesidad pública por medio de un contrato con un empresario privado, adjudicado mediante licitación? ¿O bien la Administración puede optar libremente por satisfacer alguna de sus necesidades dentro del sector público, aunque con ello prive a empresas privadas de la expectativa de obtener ese encargo, al que habrían podido aspirar si se hubiera licitado un contrato? No olvidemos que hablar de «contrato» supone, en principio, una licitación pública, mientras que en el convenio las partes (públicas) se eligen mutuamente².

Como veremos, en España se ha pasado de un extremo al otro. Inicialmente, los convenios estaban exentos de la legislación de contratos, en el sentido de que cuando se celebraba un convenio no se aplicaba la normativa contractual. La Administración podía celebrar convenios aunque ello trajera como resultado (querido o no) evitar la licitación de un contrato, al que se habría tenido que recurrir, en ausencia de convenio, para satisfacer la necesidad de que se trate.

A raíz de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) de 2005, dictada precisamente en un proceso por incumplimiento iniciado por la Comisión contra España, se ha pasado al extremo opuesto, de forma que el convenio sólo tiene cabida allí donde no es posible obtener esa prestación a través de un contrato³. Así lo recogen actualmente tanto la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (art.

² Lo explicaba magistralmente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2004: 106): «Se comprende que las reglas de la concurrencia, principio básico de la LCAP, como ya sabemos, no tengan aquí posibilidad alguna de aplicación, por tratarse siempre de convenios *intuitu personae*». RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 358) también menciona, entre las normas de la legislación de contratos públicos que no se aplican a los convenios interadministrativos, al «procedimiento de adjudicación de los contratos –subastas, concursos, procedimiento abierto o restringido, etc.–», añadiendo la significativa previsión de que «las exigencias del principio de colaboración y de lealtad institucional impedirían que una Administración discriminara entre sus potenciales contrapartes en un convenio interadministrativo sin un fundamento objetivo y razonable». Un ejemplo de aplicación de esta idea lo tenemos en el artículo 6.4 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

³ Esta es la posición prácticamente unánime en la doctrina (como no puede ser de otro modo a la vista de las normas aplicables, que veremos a continuación). Por ejemplo, PASCUAL GARCÍA (2012: 29); «es condición indispensable que [la] prestación quede fuera del mercado». El problema no es tanto el régimen normativo aplicable al convenio [BUSTILLO BOLADO (2017: 1061-1062)], como la posibilidad de celebrarlo, porque su eventual sometimiento a la legislación de contratos obliga a tramitar una licitación, impidiendo el convenio entendido como acuerdo entre dos entes públicos que se han elegido mutuamente. En contra, con referencia a la colaboración

47.1, párrafo 3.º), como la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en su artículo 6.

Paradójicamente, con ello no se respeta la jurisprudencia del TJ ni la Directiva 2014/24. La sentencia de 2005 causó inquietud en muchos Estados miembros, en especial en aquellos que, como Alemania, están abocados a la utilización frecuente de convenios como consecuencia de su estructura federal (es decir, una estructura compuesta o descentralizada, integrada por entes dotados de personalidad jurídica propia y de autonomía real). Ello dio lugar a una evolución en la propia jurisprudencia del TJ que culmina con el reconocimiento de que el convenio de colaboración (la llamada cooperación horizontal), siempre que cumpla determinados requisitos, no constituye un contrato y, por tanto, no está sujeto a las Directivas. Esa doctrina aparece en 2009, se consolida en los años siguientes y es recogida en incluso ampliada en la Directiva 2014/24.

Se trata de un desarrollo paralelo al de la figura de los «medios propios» («cooperación vertical»), aunque más tardío. Del mismo modo que la técnica de los encargos a «medios propios», en todas sus variantes, se puede utilizar incluso cuando la prestación objeto del encargo podría constituir igualmente el objeto de un contrato (es decir, cuando el encargo a un medio propio permite prescindir de la licitación pública de un contrato, a la que habría sido necesario recurrir en otro caso), la figura del convenio de colaboración o «cooperación horizontal» también es admisible –siempre que se cumplan sus requisitos, claro está– allí donde la prestación objeto del convenio podría obtenerse mediante un contrato y donde, en consecuencia, el convenio permite prescindir de un contrato público o sustituirlo. De no ser así, es decir, si el convenio no tuviera nada que ver con los contratos públicos, no se plantearía ningún problema en relación con las Directivas y el TJ no habría tenido que pronunciarse.

Por no tener esto en cuenta, en nuestra legislación hemos llegado al absurdo de aplicar cumulativamente dos exigencias que son incompatibles entre sí. Así, por un lado se dispone que el convenio no es admisible cuando se refiera a prestaciones que puedan obtenerse a través de contratos (puesto que en ese caso deberá acudir precisamente a la figura del contrato, con la consiguiente licitación pública). Y, por otro lado, se exigen (artículo 6 de la LCSP) los requisitos que la Directiva (y, antes, la jurisprudencia del TJ) impone a estos convenios, *olvidando que estos requisitos surgen precisamente para establecer en qué casos es posible acudir al convenio aunque tenga por objeto prestaciones propias de un contrato*. Por lo tanto, veremos que es necesario reformar, o al menos reinterpretar, la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y posiblemente también la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

En realidad, la idea de que sólo se pueden celebrar convenios de colaboración cuando no exista la posibilidad de obtener el mismo resultado mediante un contrato, supone otorgar carta de naturaleza al viejo principio del «contratista interpuesto», que no tiene reconocimiento jurídico alguno en nuestro ordenamiento jurídico (habiendo sido incluso expresamente rechazado por el TJ). Del mismo modo que se admiten los encargos a medios propios (que suponen un repudio del principio del «contratista interpuesto»), debe admitirse, y por la misma razón, el convenio interadministrativo. Lo contrario supone, no sólo admitir ese principio del «contratista interpuesto», sino discriminar a los Estados compuestos en favor de los unitarios, puesto que en éstos es posible hacer encargos a unidades del sector público mediante instrumentos internos (justamente los encargos a medios propios), mientras que en los primeros es necesario utilizar el convenio debido a la independencia jurídica de los distintos entes públicos interesados.

Por último perfilaremos los requisitos de los convenios, tal como fueron creados por la jurisprudencia del TJ, recogidos después por la Directiva 2014/24 y plasmados actualmente en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

En el resto del trabajo se habla indistintamente de «convenios entre entes públicos» y de «convenios de colaboración», por razones de comodidad, pero entendiendo siempre que se hace referencia a acuerdos interadministrativos, *nunca con particulares*, que plantean, obviamente, una problemática muy diferente⁴.

entre Administraciones para la prestación conjunta de servicios públicos, VILLAR ROJAS (2017:5), que subraya cómo el TJ sí admite la colaboración entre poderes adjudicadores incluso cuando el objeto coincide con el de un contrato típico.

⁴ Así, la conocida «Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas», aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de noviembre de 2010 y publicada en el BOE de 15 de marzo de 2013, que habla reiteradamente del peligro de elusión de la legislación de contratos («Bajo la apariencia formal de convenios de colaboración se han tramitado auténticos contratos administrativos, eludiéndose así la aplicación de la legislación contractual»), se refiere en este punto a los convenios con particulares, por lo que no tiene conexión con lo que se estudia en este artículo. Por lo que respecta a los convenios con particulares y su relación con la legislación de contratos, son muy interesantes las consideraciones de la sentencia de la AP de Baleares sobre el «caso Noos» (ECLI: ES:APIB:2017:40, págs. 242-245 del texto en la versión publicada por el CENDOJ).

II. LA INJUSTIFICADA EXIGENCIA DE QUE EL OBJETO DEL CONVENIO NO SE CORRESPONDA CON EL DE UN CONTRATO.

1. El origen: la preferencia del convenio de colaboración sobre la legislación de contratos públicos

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, disponía en su artículo 3.1 («negocios y contratos y excluidos») que quedarían «fuera del ámbito de la presente ley» «[l]os convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes Entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí» [apartado c)]⁵. El texto procede, con ligeras variantes, del artículo 2, apartado 4, de la Ley de Contratos del Estado, a partir de su reforma por la Ley 5/1973, de 18 de marzo⁶.

Lo que quiere decir esta norma, en su sentido más llano, es que los convenios de colaboración (lo mismo que las demás figuras, vagamente contractuales o al menos basadas en acuerdos de voluntades, que se enumeran en los demás apartados del precepto) no están sometidos a la legislación de contratos públicos, sino –preferentemente– a sus normas propias. En el caso de los convenios de colaboración la norma tiene más consecuencias (no se trata de un problema de fuentes normativas), puesto que permite a la Administración, a la hora de conseguir un determinado resultado (una determinada prestación), optar entre un contrato (que supone aplicar la normativa de contratación pública y, por tanto, una licitación) y un convenio con otro ente público. El hecho de que una prestación pueda ser objeto de un contrato (es decir, que se pueda obtener a través de un encargo a un empresario privado) no impide, de acuerdo con esta norma, que pueda obtenerse de forma alternativa mediante un convenio interadministrativo en el que la contraparte –siempre pública– es elegida sin licitación.

Puede decirse, por tanto, que bajo esta normativa los convenios tienen preferencia sobre la legislación de contratos públicos porque ésta sólo se aplica allí donde la Administración ha decidido utilizar un contrato y no un convenio⁷.

En todo caso, hay que decir que esa idea de «sustitución» del contrato por un convenio, del convenio como «alternativa» al contrato, debe ser matizada, porque, aunque es cierto que mediante el convenio la Administración puede obtener el bien o servicio que necesita, sin encargárselo a un empresario privado, normalmente el ente público que provee, mediante convenio, el bien o el servicio, sí necesitará múltiples contratos para asegurar su propio funcionamiento, de modo que no se trata de una alternativa global entre contrato y convenio, sino entre un tipo de contrato que permite obtener la prestación completa y otro tipo de contratos mediante los que el ente que provee la prestación, y que lo hace a través de un convenio, consigue los bienes y servicios que necesita para su propio funcionamiento. Por decirlo con un ejemplo práctico, quien decide celebrar un cumpleaños en su casa y no en un restaurante también va a celebrar contratos, aunque no serán para la prestación del servicio de comida en un restaurante, sino para comprar los productos, consumir la energía necesaria para su preparación, etc.⁸.

⁵ Un análisis detallado de los antecedentes normativos en S. MUÑOZ MACHADO (2015: 46) y J. PASCUAL GARCÍA (2012: 23-26).

⁶ Ésta exceptuaba, concretamente, a «[l]os convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de derecho público». Lógicamente no podía hablar de las comunidades autónomas.

⁷ Puede mencionarse como representativa de la interpretación del precepto, la frase ya citada del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2004: 106): «Se comprende que las reglas de la concurrencia, principio básico de la LCAP, como ya sabemos, no tengan aquí posibilidad alguna de aplicación, por tratarse siempre de convenios *intuitu personae*». La excepción se limita a los convenios entre Administraciones, no a los que incluyan a entes instrumentales de Derecho privado (REBOLLO PUIG, 2003: 383): «no merecen el mismo tratamiento todos los entes institucionales. Para lo que ahora nos ocupa, la distinción entre los sometidos a Derecho público y los sometidos a Derecho privado es relevante. Las supuestas objeciones sólo afectarían a los segundos. Basta para comprenderlo recordar que la LCAP excluye de su ámbito todos los convenios de colaboración entre entidades públicas, pero no los que realicen éstas con personas sujetas a derecho privado si tales convenios tienen por el propio de los contratos regulados en la Ley [art. 3.1. c) y d) LCAP]».

Algún autor (ÁVILA ORIVE, 217) realizaba una interpretación del precepto a la vista, creo, de la jurisprudencia Teckal, para limitarlo a los convenios cuyo objeto no estuviera incluido en el de los contratos regulados por las Directivas, salvo que, en este último caso, se tratase de convenios formalizados por un poder adjudicador con entes instrumentales suyos, incluidos los de Derecho privado: «se puede concluir que, de acuerdo con el artículo 3.1.c) LCAP, estarán excluidos de esta Ley los convenios de colaboración que celebren las entidades públicas, teniendo por incluidas en ellas además de las que expresamente se citan, las Entidades de Derecho público, fundaciones y sociedades mercantiles públicas. Para que tales convenios queden excluidos su objeto no podrá versar sobre actividades de mercado, salvo que el acuerdo o convenio se celebre entre entidades unidas por una relación de instrumentalidad».

⁸ En todo caso, no me estoy refiriendo a un supuesto patológico, que hace años se estudió a propósito de las sociedades instrumentales creadas para la contratación de obras públicas, como es la celebración de un convenio con un ente instrumental de Derecho privado para que sea éste el que contrate con terceros la obra, el suministro o el servicio, es decir, la utilización de un ente del sector

2. La rectificación provocada por el TJ en 2005

La sentencia del TJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03) no fue la primera que, estimando un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, declaró que España no había traspuesto correctamente las directivas de contratación pública. Casi todos esos casos de incorrecta trasposición tenían en común el hecho de que se dejaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación española de contratos (teóricamente dirigida a la transposición de aquéllas) determinados supuestos que sí estaban incluidos en el de las Directivas. Pero fue ésta la sentencia que afectó al encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos.

Su fallo establece que uno de esos incumplimientos se encontraba precisamente en el precepto que se ha citado en el epígrafe anterior, «*al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido [recordemos que en 2005 ya estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que había derogado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas] y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas*».

Sin duda la argumentación del TJ, contenida en los párrafos 37-40 de la sentencia, podía llevar a entender que todo acuerdo celebrado entre un poder adjudicador y «una persona jurídicamente distinta de éste» (párrafo 38), que tuviera por objeto una prestación propia de un contrato de obras, suministros o servicios, constituye un contrato público y sólo puede adjudicarse a través de los procedimientos de licitación regulados en la legislación de contratos públicos. La sentencia (párrafo 38) dice expresamente que la única excepción es «el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50)», en lo que constituye una referencia inequívoca a la figura de los encargos a medios propios en el estado de desarrollo en que en aquel momento se encontraba⁹.

Se puede comprender fácilmente la inquietud que esta sentencia causó en países como Alemania, en los que la cooperación entre entes públicos (necesariamente articulada a través de convenios) es constante y sirve para satisfacer por esa vía –es decir, mediante la colaboración entre entes públicos– necesidades que también podrían cubrirse mediante encargos a empresarios privados, pero que las Administraciones prefieren atender cooperando entre ellas¹⁰.

Si los entes públicos que quieren celebrar un convenio se ven obligados a construir la figura como un contrato sometido a las Directivas, que tiene que ser licitado públicamente por uno de ellos y en el que el

público como mera pantalla con la finalidad –entre otras– de cambiar el régimen jurídico del contrato, frente al que sería de aplicación si el contrato lo adjudicara directamente la Administración. Un tema estudiado, con especial referencia a los convenios de colaboración que hacen posible la operación, por CARBONELL PORRAS (2003). A mi modo de ver, este tipo de convenios, que no suelen plantear los problemas estudiados en este trabajo *porque se celebran normalmente por una Administración con un ente instrumental suyo*, muestran dos cosas: a) la figura del contrato administrativo es hoy un privilegio no demasiado valorado por las Administraciones, al que renuncian sin demasiadas dudas en estos casos (no olvidemos que el contrato adjudicado por ese ente instrumental suele ser un contrato SARA, de modo que sigue estando sometido a las mismas reglas de licitación, pero no es un contrato administrativo), y b) normalmente, lo que lleva a las Administraciones (¿las llevaba?) a la búsqueda de este tipo de fórmulas es más un propósito financiero (evitar que la inversión «consolide» en sus presupuestos) que la elusión de la legislación de contratos, que normalmente sólo afecta a la naturaleza del contrato (que de administrativo pasa a privado) y no al procedimiento de selección del contratista.

⁹ Paradójicamente, y como muestra de que la realidad es más compleja de lo que parece, hay algún informe anterior de la JCCA (como el número 42/99, de 12 de noviembre de 1999), que, yendo incluso más allá de la doctrina del TJ, se rechaza que un Ayuntamiento pueda celebrar con una sociedad mercantil de capital íntegro municipal un convenio para la realización de proyectos técnicos porque dicha materia «constituye objeto típico de los contratos de consultoría y asistencia». Un encargo de esa naturaleza cumpliría los requisitos de la jurisprudencia Teckal y podría ser adjudicado a la sociedad municipal sin licitación, como encargo a medio propio (siempre que se cumplan las demás exigencias, por supuesto, empezando por que esa sociedad dedique el 80% de su actividad a la Administración matriz).

¹⁰ De hecho, la edición número 67 del Congreso anual de juristas (Deutscher Juristentag), celebrada en 2008, aprobó como una de sus conclusiones la petición de que la cooperación interadministrativa no estuviera sometida al Derecho de contratos. A nivel comunitario, no mucho después de la sentencia de 13 de enero de 2005 se aprueba la Resolución del PE sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), que se refiere a la cuestión en sus apartados 44-48. Como veremos, se queda significativamente por debajo de lo que finalmente admitirán el TJ y la Directiva 2014/24. También es preciso mencionar el Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), que suprime la exigencia de que la cooperación se refiera a un asunto municipal (apartados 9-11), y el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [27 de enero de 2011, COM (2011) 15 final], pág. 24.

otro ente debe concurrir con sujetos privados, e imponerse a ellos, es obvio que el recurso al convenio se complica extraordinariamente¹¹.

Nótese que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 3 de la vieja LCAP (o del TRLCAP), citado en el epígrafe anterior, que simplemente dice que el convenio no está sometido a la legislación de contratos, pero sin pronunciarse expresamente sobre cuestiones como el principio del «contratista interpuesto» o la opción entre convenio o contrato, la sentencia de 13 de enero de 2005 sí lo hace, puesto que viene a decir que todo convenio cuyo objeto sea el de un contrato de obras, suministros o servicios, constituye un contrato público cuya legalidad está condicionada, por tanto, al respeto de los procedimientos de licitación previstos en las directivas¹².

3. La asunción de la doctrina del TJ en la legislación española: preferencia de la legislación de contratos sobre la figura del convenio

A partir del año 2005, y hasta hoy mismo, el legislador español ha incorporado la doctrina contenida en esa sentencia, disponiendo que el convenio de colaboración sólo será válido cuando su objeto no se corresponda con el de ningún contrato regulado en la legislación de contratos públicos. Cuando su objeto sí se corresponda con el de uno de esos contratos (de modo que pueda afirmarse que el convenio sustituye a un contrato), no quedará otra alternativa que acudir al contrato y, por tanto, a una licitación pública.

Muy poco después de la sentencia, el Gobierno aprovechó el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, «de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública», para introducir las correcciones que consideró exigidas por aquélla, entre ellas la modificación del artículo 3.1.c) del TRLCAP. Con esa modificación, los convenios entre entes públicos ya no quedaban excluidos en todo caso del ámbito de aplicación de la norma, sino únicamente cuando «la materia sobre la que verse [el convenio] no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2». Dicho con terminología actual, los convenios de colaboración sólo serán admisibles cuando su objeto no se corresponda con el de un contrato sujeto a regulación armonizada. Cuando el convenio tenga el mismo objeto que uno de los tipos contractuales regulados en las Directivas y además supere el umbral previsto en las mismas, tendrá preferencia la legislación de contratos y será necesario tramitar el procedimiento de licitación, lo que excluye la posibilidad de celebrar un convenio «directo» (sin licitación) con otro ente público.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, amplió las exigencias impuestas a los convenios interadministrativos, puesto que quedarían sometidos a la legislación de contratos públicos, no sólo cuando su objeto se correspondiera con el de un contrato regulado por las Directivas (contrato sujeto a regulación armonizada), que sería lo estrictamente necesario para cumplir la sentencia de 13 de enero de 2005, sino también cuando su objeto se correspondiese con el de cualquier contrato. El artículo 4.1.c) (cuyo contenido sigue en vigor, porque se incorpora sin modificación alguna al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) dice que los convenios estarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP «salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley». Esto supone incluir también los convenios cuyo objeto, aunque no se corresponda con el de un contrato de obras, suministros o servicios, pueda ser objeto de otro contrato (un contrato atípico), y por supuesto eliminar también la referencia al umbral de los contratos de obras, suministros o servicios establecido en las Directivas. El convenio es admisible, por tanto, en la medida en que no sea alternativo a un contrato, es decir, que no lo sustituya¹³⁻¹⁴.

¹¹ No quiere decir que sea imposible. REBOLLO PUIG (2003: 378) estudia la posibilidad de que «el ente institucional resulte contratista tras vencer en un procedimiento selectivo ordinario con publicidad y concurrencia».

¹² A la vista de la sentencia del TJ de 13 de enero de 2005, es claro que lo que está en juego no es qué normativa se aplica a estos convenios, sino si las Administraciones pueden celebrarlos libremente o deben convocar una licitación pública para adjudicar la prestación que constituye su objeto, a la que puedan presentarse terceros.

¹³ El planteamiento recuerda, en cierto modo, a la jurisprudencia social que considera fraudulento que becarios, voluntarios u otro personal carente de contrato laboral lleve a cabo tareas propias de los trabajadores, es decir, la utilización de esas figuras para sustituir a los trabajadores o como alternativa a los mismos.

¹⁴ GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2016: 275-278) viene a decir que el criterio de distinción por el objeto o por las prestaciones sólo sirve para los contratos típicos y para los contratos administrativos especiales «por declararlo así una Ley» [art. 19.1.b) TRLCSP], es decir, también contratos típicos pero regulados en normas especiales. Si el convenio tiene un objeto distinto, que pueda ser objeto de un

Aunque la alusión del artículo 4.1.c) a la «naturaleza» puede ser confusa y alguien podría entender que convenios y contratos tienen distinta «naturaleza» (aunque compartan objeto) por la relación de cooperación que existe entre las partes en la primera de estas dos figuras, parece claro que la norma de 2007 no quiso cambiar el sentido de la de 2005 y abrir ese debate conceptual, sino únicamente ampliar su ámbito. En este sentido, cabe citar el apartado siguiente del mismo artículo [4.1.d)], que, refiriéndose a los convenios con sujetos de Derecho privado, dice que sólo están exentos de la Ley de Contratos «siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales»¹⁵. En todo caso, la sentencia del TJ de 13 de enero de 2005 (asunto Comisión contra España), ya citada, rechaza claramente los intentos de apelar a la naturaleza jurídica para dejar fuera de las Directivas a los convenios de colaboración que tengan el mismo objeto que alguno de los contratos regulados por las Directivas¹⁶. Además, los antecedentes parlamentarios de la Ley de Contratos del Sector Público muestran que el Proyecto pretendía mantener el criterio de la LCAP modificada en 2005, es decir, someter a la legislación de contratos sólo los convenios interadministrativos *que se correspondieran, por su objeto y su cuantía, con contratos sujetos a regulación armonizada*, y lo único que hicieron las Cortes fueron incorporar una enmienda que pretendía, en aras del máximo sometimiento a los procedimientos de licitación, suprimir el requisito de la cuantía¹⁷. No se encuentra, por tanto, base para sostener que la Ley de 2007 quiso flexibilizar la norma aprobada en 2005, que pretendía, simplemente, que cuando los convenios interadministrativos tuvieran por objeto prestaciones propias de un contrato sometido a las Directivas, se sujetaran ellos mismos a la legislación de contratos, lo que excluye la posibilidad de celebración directa, sin licitación.

En todo caso, otras normas legislativas posteriores que también tienen que pronunciarse sobre el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos públicos, interpretan el precepto [art. 4.1.c) del TRLCSP] entendiéndolo que el convenio interadministrativo directo sólo será admisible cuando su *objeto* no se corresponda con el de un contrato, es decir, cuando el convenio no sea alternativo a un contrato. Así, el ya citado artículo 47.1.3.º de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, dice que «[I]os convenios no podrán tener por objeto *prestaciones* propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público»¹⁸. Hay que partir de la

contrato atípico, la distinción entre contrato y convenio se haría en función de la naturaleza jurídica, entendida como existencia o no de un «fin común» a las partes (en los convenios), frente a la contraposición de intereses típica de los contratos. Más adelante me referiré al criterio de la naturaleza jurídica, que en mi opinión no responde al sentido de la sentencia de 2005.

¹⁵ En el sentido de que las dos cláusulas [apartados c) y d)] del art. 4.1 del TRLCSP] deben interpretarse de modo coincidente, en el sentido de tal forma que ni los convenios con particulares ni los convenios interadministrativos pueden tener el mismo objeto de un contrato, PASCUAL GARCÍA (2012: 26). En cambio, algunos autores, conscientes de que el objeto de casi cualquier convenio podría serlo también de un contrato, de modo que, si el criterio de distinción es el objeto, no quedaría prácticamente espacio alguno para los convenios, pretenden colocar el criterio en la causa. Es el caso de SANTIAGO IGLESIAS (2015: 31): «se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes». VILALTA (2016: 104), da a entender que la mención a la «naturaleza» permite «salvar» los convenios interadministrativos apelando a su naturaleza jurídica no contractual.

¹⁶ Todo indica que esta apelación a la naturaleza jurídica fue utilizada por el Gobierno español en el pleito que terminó con la sentencia de 13 de enero de 2005: «El Gobierno español destaca que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público. Alega que estas relaciones están al margen del mercado» (párrafo 36 de la sentencia).

¹⁷ Texto del Proyecto de Ley: «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 y cuantía, tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada*». Cuando se habla de la naturaleza, se hace referencia al objeto. La redacción actual procede de una enmienda que tenía la siguiente motivación: «Limitar el alcance de la excepción, con el fin de evitar una huida del derecho de los contratos por la vía de un uso indebido de los convenios». El legislador de 2007 no pretendió dar cabida a convenios interadministrativos que, aunque tuvieran el mismo objeto que contratos sometidos a la Ley, tuvieran una naturaleza jurídica diferente.

¹⁸ Con todo, hay que recordar las palabras anteriormente citadas de GOSÁLBEZ. PIZARRO NEVADO (2016: 140) concluye: «la interpretación conjunta de ambos preceptos [la Ley 40/2015 y el TRLCSP] excluye la posibilidad de acudir al convenio cuando existan intereses patrimoniales». Con claridad en un sentido similar al del texto (tanto la Ley 40/2015 como el TRLCSP excluyen la celebración de convenios interadministrativos cuando su objeto esté constituido por prestaciones propias de los contratos, dejando a un lado consideraciones de naturaleza jurídica), M. HERNANDO RYDINGS (2016: 743): «Las dudas surgían a la hora de entender cómo se determinaba la existencia de la citada naturaleza contractual, ya que cabía hacerlo atendiendo exclusivamente al objeto del acuerdo, o bien, atendiendo a la causa del mismo. La LRJSP es tajante al respecto y excluye expresamente la posibilidad de que los convenios (interadministrativos o no) puedan tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Si ese fuera el caso, deberán ajustarse en lo

Ley 40/2015 y el TRLCSP están coordinados, de modo que esos los convenios excluidos por la Ley 40/2015 en su artículo 47.1.3.º son justamente los que están incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP por no cumplir los requisitos que para su exclusión establece el artículo 4.1.c).

En cuanto a la nueva LCSP de 2017, la cuestión se regula en el artículo 6.1, cuya redacción ha sido modificada durante la tramitación en el Congreso, pero sin que el cambio afecte al fondo. Tanto en el Proyecto aprobado por el Gobierno como en el aprobado por el Congreso, lo primero que se exige para que un convenio quede excluido del ámbito de la Ley es que su «contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Si la mención a la «naturaleza» en la LCSP de 2007 permitía a algunos autores sostener que el convenio era «otra cosa» y que podía no estar sometido a la legislación de contratos públicos aunque tuviera el mismo objeto de un contrato, la norma que acaba de publicarse lo rechaza.

En la nueva LCSP, junto a este requisito de que el convenio no tenga el objeto de un contrato, se añaden otros, que son los establecidos por la jurisprudencia del TJ, pero a ello me referiré en el siguiente epígrafe¹⁹.

Por lo tanto, en el Derecho español hemos pasado de una situación inicial en la que cualquier convenio interadministrativo estaba exento de la legislación de contratos (de forma que la Administración podía sustituir sin límite alguno contratos por convenios), a la situación opuesta en la que el convenio sólo tiene cabida si no constituye alternativa al contrato, es decir, si no es posible obtener el mismo resultado con un contrato (con cualquier contrato).

4. La admisión por el TJ y por la Directiva 2014/24 de convenios de colaboración cuyo objeto sí se corresponde con el de contratos regulados por el Derecho comunitario

Pues bien, pese a lo que puede parecer (y a lo que dice el artículo 6.1 del Proyecto de Ley), el hecho de que un convenio de colaboración tenga por objeto una prestación que también podría obtenerse mediante un contrato, no necesariamente excluye que dicho convenio pueda celebrarse al margen de la legislación de contratos públicos. Dicho de otro modo: la mera circunstancia de que una empresa pueda afirmar que el convenio interadministrativo la perjudica porque, sin él, la Administración se vería obligada a acudir a un contrato a cuya licitación ella podría presentarse, no necesariamente excluye la celebración del convenio. Existen dos fórmulas, abiertas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recogidas por la Directiva 2014/24 e incorporadas (aunque con desigual fortuna) por la LCSP de 2017, que permiten articular esa «colaboración preferente» (HUERGO LORA, 2001) de la Administración con otro ente público o con un ente instrumental de Derecho privado.

La primera vía son los encargos a medios propios, suficientemente conocidos porque ya aparecían en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 [artículos 4.1.n) y 24.6]. Los encargos a medios propios tienen por objeto, precisamente, «prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria», tal como reconoce el artículo 32.1 de la nueva LCSP²⁰. La figura de los encargos a medios propios es muy útil a la hora de canalizar la

que respecta a su naturaleza y régimen jurídico a la legislación de contratos. De esta forma, como decimos, el objeto se convierte en el elemento diferenciador entre los convenios y los contratos públicos y no así la causa por la que las partes suscriben el correspondiente acuerdo».

¹⁹ Concretamente, el artículo 6.1, párrafo 2.º, dispone:

«Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público».

²⁰ Como reconoce BERNAL BLAY (2011: 314), que explica la admisión de esta figura en el Derecho europeo «aun cuando el objeto de dichos acuerdos comprendiese prestaciones típicamente contractuales». En cambio, el mismo autor dice que las cosas son distintas cuando hablamos de convenios interadministrativos: «no se ciñen a un simple intercambio de prestaciones de servicios (en sentido amplio) a cambio de un precio, sino que se proyectan sobre ámbitos superiores» (320); «la cooperación interadministrativa

satisfacción de necesidades públicas a través del sector público, sin recurso a la contratación con empresas privadas. Su objeto es, como acabamos de ver, muy abierto (porque puede incluir prestaciones propias de cualquier tipo contractual), y los principales límites que le imponen las Directivas son: (1) evitar que sirva para otorgar ventaja en el mercado al medio propio (por eso se exige que el medio propio trabaje en un 80% para el ente que le hace el encargo), (2) evitar que sirva para otorgar ventaja a empresas privadas asociadas con el medio propio (por eso se exige que el medio propio pertenezca exclusivamente al ente o entes que le hacen encargos) y (3) que es necesario que exista una relación de instrumentalidad entre el medio propio y el ente que le hace encargos, aunque esa relación de instrumentalidad se ha ampliado en la jurisprudencia y además la Directiva permite que vaya en ambas direcciones o incluso que sea compartida (artículo 12, apartados 1-3). Incluso con todas estas ampliaciones, el medio propio no sirve para articular convenios de colaboración entre entes que cooperan en relación de igualdad, sin que ninguno de ellos se constituya en instrumento del otro. Se trata en el caso de los medios propios, en definitiva, de una cooperación «vertical», no «horizontal».

Para esta última sirve precisamente la figura del convenio de colaboración tal como ha sido construida (sin apoyo, en aquel momento, en la Directiva) por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, Comisión contra Alemania, también conocido como «Hamburgo»). Después, el concepto se ha perfilado en otras sentencias, más bien a la baja [especialmente las de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce*), 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, *Piepenbrock*) y 21 de diciembre de 2016 (asunto C-51/15, *Remondis*)]²¹. El reconocimiento de esta figura tiene una clara base en el artículo 14 del TFUE, introducido por el Tratado de Lisboa²².

El Tribunal de Justicia dice en la sentencia inicial de 9 de junio de 2009 que los Estados miembros no están obligados a contratar con los particulares aquellas prestaciones que pueden obtener con sus propios medios, y que a este respecto no se puede establecer una discriminación entre distintas formas de colaboración. En efecto, no tiene sentido que si los distintos entes forman un consorcio, se les permita obtener a través los servicios que precisan (a través de la técnica de los encargos a medios propios controlados por diversos poderes adjudicadores), mientras que si lo hacen mediante un convenio no se les permita. Se produciría una distorsión jurídica que llevaría a la creación de entes jurídicos sin necesidad²³⁻²⁴.

horizontal, para quedar excluida del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos, debe proyectarse sobre actuaciones “fuera de mercado”» (320); «prestaciones o actividades que no oferta el mercado, por estar vinculadas exclusivamente a objetivos de interés público que no persiguen quienes actúan en el mismo. Este tipo de actividades serían las que podrían ser propias de una cooperación horizontal y quedar excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública» (322).

²¹ Sobre la sentencia del asunto *Piepenbrock*, *vid.* el comentario de BRAKALOVA (2013).

²² En este sentido, WERNICKE (párrafo 19). Sobre las presiones que llevaron a la introducción de este precepto en el Tratado de Lisboa, *vid.* también VAN VORMIZEELE (957).

²³ Al tratarse de un recurso por incumplimiento, el fallo se limita a desestimar el recurso de la Comisión. La fundamentación se encuentra en los párrafos 45-48:

«Pues bien, el Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartados 48 y 49).

46. Asimismo, la Comisión precisó durante la vista que, si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los Landkreise de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública. Sin embargo, considera que, a falta de tal organismo de cooperación intermunicipal, el contrato de servicios celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise de que se trata debería haber sido objeto de una licitación.

47. No obstante, procede señalar, por un lado, que 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. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, antes citada, apartados 50 y 51).

48 Por otro lado, procede señalar que de ninguno de los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública».

²⁴ Precisamente a ese efecto de distorsión se refiere MEILÁN GIL (2008: 123), al explicar que el régimen de los encargos a medios propios supone un ejemplo más de «la utilización instrumental del acto o del contrato para cumplir con el objeto de servir al interés general. En ambos casos ha de regir el sometimiento pleno al Derecho, sin forzar ni desnaturalizar las categorías jurídicas». Esa desnaturalización o distorsión se produciría si los entes públicos se vieran obligados a crear entes de colaboración de forma innecesaria

La Directiva 2014/24, en su artículo 12.4 (ilustrado en el apartado 33 del preámbulo) recoge esa jurisprudencia –y, como veremos, la matiza y amplía de manera relevante– diciendo que no están sujetos a la normativa sobre contratación (es decir, que se pueden adjudicar sin licitación) los contratos celebrados entre poderes adjudicadores mediante los que se «establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común», siempre «que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», y «que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación» (éste es un requisito que también se aplica a los encargos a medios propios y es una concreción legislativa del criterio jurisprudencial de que el convenio no debe servir para beneficiar en el mercado al ente que recibe este encargo directo).

Cuando un convenio cumpla estos requisitos, los poderes adjudicadores podrán celebrarlo (orillando así la legislación de contratos, que les obligaría a licitar un contrato abierto a la participación de terceros), *aunque su objeto esté comprendido en el de los contratos regulados por la Directiva* (es decir, los contratos típicos). Esto, aunque no lo dice la sentencia, resulta evidente si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la propia razón de ser de la norma. Si el objeto de un convenio no se corresponde con el de ningún contrato sujeto a la Directiva, ésta no se aplica, sencillamente, y por lo tanto el convenio se puede celebrar sin que se le pueda poner cortapisa alguna (por ejemplo, la del 20%). Si el TJ ha tenido que pronunciarse (con el resultado de crear esta figura ahora recogida en la Directiva) es porque los convenios en cuestión tenían el mismo objeto que contratos sujetos a la Directiva, lo que planteaba la duda de si eran válidos o si, por el contrario, no podían celebrarse porque con ello se eludía la aplicación de los procedimientos de licitación de la Directiva. Por lo tanto, es «de esencia» a la figura del convenio, recogida en la Directiva y ahora también en el artículo 6 del Proyecto de Ley, que su objeto pueda corresponderse con el de algún contrato regulado en la Directiva y en la Ley española que la transpone²⁵. De hecho, el contrato que dio lugar a la sentencia de 9 de junio de 2009 recogía una cooperación horizontal relativamente compleja entre Administraciones locales de distinto ámbito en el sector de la gestión de residuos, pero de la que puede afirmarse que, si no hubieran podido celebrar el convenio, todas o algunas de esas Administraciones habrían tenido que licitar contratos sujetos a la Directiva para solucionar el problema de gestión de residuos.

Por esta razón, la Directiva regula conjuntamente en su artículo 12 los encargos a medios propios y los convenios de colaboración y en ninguno de los dos casos exige que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en ella. Implícitamente se reconoce lo contrario, puesto que si su objeto no estuviera comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva no tendría sentido que en ésta se dispusiera que los encargos o convenios no están sometidos a ella *cuando cumplan ciertos requisitos*, puesto que no lo estarían en ningún caso.

5. La necesidad de corregir la nueva Ley de Contratos del Sector Público y también la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

Sorprendentemente, dos textos de referencia en nuestro Derecho administrativo (la de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobada en 2015, y la recientemente aprobada Ley de Contratos del Sector Público,

para poder hacer a ésta compatible con el Derecho europeo de la contratación pública. La cooperación horizontal permite cooperar sin necesidad de crear un ente para canalizar la colaboración, simplemente mediante un convenio.

²⁵ Así lo entiende también VILALTA (2016: 109): «siempre que se cumplieran estrictamente los requisitos fijados, la nueva directiva permitiría que dos administraciones públicas (dos poderes adjudicadores, en la terminología comunitaria) pudieran acordar desarrollar en común las tareas de servicio público que tuvieran asignadas –*aunque pudieran tener contenido contractual*– sin que, para ello, tuvieran que acudir a los procedimientos de licitación previstos por las directivas europeas» (109, la cursiva es mía). En el mismo sentido, VILLAR ROJAS (2017:8). D. SANTIAGO IGLESIAS (2015: 31), también consciente de que un convenio puede ser compatible con el Derecho comunitario aunque su objeto se corresponda con el de un contrato («no parece que el objeto sea el criterio determinante de la naturaleza contractual o convencional de un negocio jurídico, puesto que todo aquello que puede ser objeto de un contrato público puede también serlo de un convenio interadministrativo», pág. 29), soluciona la antinomia acudiendo a la naturaleza jurídica: «se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes».

regulan la misma cuestión (el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos del sector público) de forma parcialmente contradictoria y además disconforme con la Directiva y con la jurisprudencia que ésta trató de incorporar.

Así, tanto la Ley 40/2015 como la Ley 9/2017 dicen que los convenios sólo estarán exentos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos cuando su objeto no se corresponda con el de un contrato, a pesar de que este requisito no lo exige la Directiva, que más bien acepta lo contrario. Además, en una clara contradicción entre ambos textos, el Proyecto de Ley de Contratos exige algo más, concretamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12.4 de la Directiva (resultantes de la jurisprudencia del TJ a partir del caso Hamburgo de 2009).

Este desajuste supone, en el caso de la nueva LCSP, la exigencia simultánea de requisitos excesivos e injustificados.

Excesivos, porque ya hemos visto que los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva se exigen allí donde el contrato, *por tener un objeto que encaja en la Directiva*, estaría sujeto a ella, de modo que sólo queda exento por cumplirse en él los criterios y condiciones de los convenios de colaboración. Si el objeto del convenio no se corresponde con el de un contrato, no está sujeto a la legislación de contratos públicos, pura y simplemente, por lo que huelga la aplicación de los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva. Por lo tanto, es excesivo exigir simultáneamente, para que pueda celebrarse un convenio interadministrativo sin licitación, que el convenio no tenga por objeto prestaciones propias de un contrato y que *además* reúna las condiciones enumeradas en el artículo 12.4.

Y se trata de una exigencia injustificada, porque, si el convenio tiene un objeto que no está comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva (y en la Ley que la traspone), entonces nada tiene que decir la Directiva (ni la Ley *de contratos* que la traspone) sobre él, de modo que estaría de más la imposición de requisitos como el del 20%.

Exigir que el objeto del convenio no se corresponda con el de ningún contrato regulado en la Directiva supone pararse en un momento jurídico anterior al reconocimiento de los convenios de colaboración por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Un tiempo (que se identifica con la sentencia de 13 de enero de 2005) en que el convenio era una figura extramuros de la Directiva, que podía servir para eludirla, de modo que era necesario recordar que estaba sometido a ella si el convenio era un auténtico contrato público (es decir, si su objeto se correspondía con el de un contrato). Pero, una vez admitida la figura del convenio de colaboración por la jurisprudencia (en 2009) y por la Directiva (en 2014), éste puede celebrarse también en el ámbito de los contratos públicos, siempre que se den los requisitos exigidos a esa figura.

En este sentido, la Ley 40/2015 es una Ley «atrasada» en el sentido de que, a pesar de haberse aprobado en 2015, ignora la jurisprudencia surgida en 2009 y la Directiva de 2014, y permanece anclada en la interpretación literal de la sentencia de 13 de enero de 2005. La LCSP de 2017, aunque es concedora de estos datos del marco jurídico comunitario, mantiene extemporáneamente el citado requisito de que el objeto del convenio no se corresponda con el de un contrato, que no es compatible con lo que dice la Directiva porque ésta ha venido precisamente a sustituirlo.

Cabe otra interpretación que salvaría el tenor literal de la Ley 40/2015, pero que llevaría a una construcción legislativa muy poco racional. Así, los convenios de colaboración cuyo objeto fuera «contractual» quedarían exentos de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y sometidos a la de Contratos. A su vez, ésta los excluye de su ámbito de aplicación cuando cumplan los requisitos equivalentes al artículo 12 de la Directiva (requisitos entre los que ya no podría estar el de que su objeto no sea contractual), por lo que habría que preguntarse qué Ley se someten esos convenios, expulsados sucesivamente de la Ley 40/2015 y de la Ley de Contratos del Sector Público. Lo más razonable es que los convenios queden sometidos a la Ley 40/2015 o a la de Contratos del Sector Público, y que, por tanto, el ámbito de aplicación de la primera termine donde empieza el de la segunda, de modo que los convenios excluidos de la Ley de Contratos sean justamente los mismos que los incluidos en el ámbito de la Ley 40/2015. Por tanto, sólo estarían sujetos a la Ley de Contratos los convenios cuyo objeto sea contractual y que no cumplan los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva. Los demás convenios (es decir, los que cumplen los requisitos del artículo 12.4, aunque su objeto sea contractual) quedarían sometidos a la Ley 40/2015.

En cuanto a la nueva LCSP, habría que interpretarla dejando en sordina la exigencia de que su «contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales» y entendiendo que los convenios que cumplan los requisitos que el precepto establece a continuación, ya no tienen un contenido comprendido en el de los contratos regulados en la Ley. En caso contrario podrían

plantearse problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario, porque los poderes adjudicadores podrían invocar su derecho a utilizar las posibilidades de celebrar convenios reconocidas en el artículo 12.4 de la Directiva, salvo que se entienda que ésta simplemente establece un mínimo en cuanto a la aplicación de los procedimientos de licitación, sin impedir a los Estados miembros ampliarlas en detrimento de la cooperación interadministrativa (aunque no parece que ésta sea la intención del legislador español).

III. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LLEGAR LA COOPERACIÓN HORIZONTAL?

1. Planteamiento: convenios cuyo objeto sí se corresponde con el de un contrato y que sin embargo pueden celebrarse sin licitación

Hasta aquí se ha realizado un análisis predominantemente formal en el que, sin necesidad de definir qué sea un convenio de colaboración o de tomar partido sobre su naturaleza jurídica, se ha visto que existen dos posturas en torno a su relación con la legislación sobre contratos públicos. Una primera postura, que viene a corresponderse con la vieja idea del «contratista interpuesto», se opone a que la Administración pueda obtener a través de convenios de colaboración prestaciones que podría conseguir a través de un contrato. Se quiere evitar que por esa vía se frustren las expectativas de quienes podrían aspirar a la adjudicación de un contrato, y ven cómo la Administración «retira» ese objeto de la licitación pública, para conseguirlo a través de un convenio de colaboración. La otra postura es la que sostiene que, siempre que se cumplan determinados requisitos (actualmente recogidos en el artículo 12.4 de la Directiva), el convenio no es un contrato, de modo que puede recurrirse a él aunque su objeto se corresponda con el de un contrato y, por tanto, sean dos instrumentos alternativos.

Expuestas estas dos posturas, es claro que no se pueden aplicar simultáneamente (como hace la nueva LCSP) y que, partiendo de la primacía del Derecho comunitario, que ha optado inequívocamente por la segunda, no puede seguir aplicándose la primera, como hace la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pero nos queda por saber en qué medida existen convenios de colaboración cuyo objeto se corresponde con el de un contrato, y cómo deben interpretarse los requisitos exigidos por la Directiva a esa clase de convenios.

2. Una discusión sobre la naturaleza jurídica de los convenios interadministrativos no resuelve el problema

En el tratamiento de esta cuestión (que es práctica, y no teórica, porque está en juego la posibilidad de celebrar determinados convenios sin abrir una licitación pública para seleccionar a la otra parte del acuerdo), se habla con frecuencia de la distinción entre «convenio» y «contrato», dando por supuesto que se trata de dos cosas diferentes, es decir, que los convenios no son contratos. Así sucede también cuando se hace referencia (hemos visto que lo hace incluso el vigente TRLCSP, de 2011), a convenios que tienen «naturaleza contractual».

A mi juicio, esta distinción entre «convenios» y «contratos» es engañosa. Los convenios jurídicamente vinculantes (que son los únicos que merecen esta denominación, de acuerdo con el artículo 47.1, párrafo 2.º, de la Ley 40/2015, y los únicos que pueden plantear problemas de delimitación con la legislación de contratos públicos) son auténticos contratos, y por eso, por ejemplo, el régimen de su ejecución –artículos 49, 51 y 52 de la Ley 40/2015– es muy parecido al de los contratos²⁶. Por lo tanto, el problema no es si son convenios o son contratos *en abstracto*, sino si se les aplica –o no– el procedimiento de licitación regulado en la legislación de contratos públicos, que es incompatible con una figura (el convenio) en la que las partes se eligen mutuamente, sin licitación.

La figura jurídica del contrato va más allá de la legislación de contratos públicos, que se refiere a unos contratos concretos (los incluidos en su ámbito objetivo de aplicación) de unos entes determinados (los incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación). Existen otros contratos, que lo son pero que no están sujetos a la legislación de contratos públicos²⁷.

²⁶ Por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 339-342).

²⁷ En este sentido, sigue existiendo una diferencia de planteamiento entre las directivas de contratación pública, ceñidas a unos determinados tipos contractuales (ciertamente amplios) y a un umbral económico mínimo, y la legislación española, que tiene, al menos desde la reforma de 1963-1965, más pretensiones dogmáticas (concretamente, la de constituir una especie de versión jurídico-admini-

Además de que existen contratos no sujetos a la legislación de contratos del sector público, no encontramos una figura jurídica alternativa al contrato que sirva para canalizar las relaciones jurídicas bilaterales entre distintos entes públicos. No se puede analizar en detalle esa cuestión en este momento, ni es necesario hacerlo, pero lo cierto es que, si dejamos a un lado aquellos casos en que la confluencia de dos declaraciones de voluntad se realiza en torno a un acto administrativo unilateral (actos administrativos necesitados de colaboración de otro sujeto, en forma de solicitud previa o de aceptación posterior), lo cierto es que el contrato constituye la figura jurídica que sirve para canalizar las demás formas de colaboración jurídicamente vinculante, también entre entes públicos.

Otra cosa es que esos contratos no estén sometidos a la legislación de contratos públicos, porque en realidad ésta es una legislación de *compras a particulares*, y los convenios interadministrativos con otra cosa. Pero en lo referido a la ejecución, a la nulidad o a la interpretación, se plantean los mismos problemas que en el resto de contratos y se resuelven, en la legislación o en la jurisprudencia, con las reglas del derecho de contratos, normalmente tomadas del Código Civil.

Por lo tanto –y con ello confirmamos los datos tomados del análisis normativo– el elemento más relevante es el objeto del convenio. Es el que nos permite detectar que algunos convenios se solapan con los contratos públicos en el sentido de que la Administración los utiliza en lugar de ellos, como una alternativa. Y a partir de ahí será necesario determinar cuándo puede hacerlo, lo que exigirá interpretar los criterios creados por la jurisprudencia del TJ a partir de 2009 y recogidos ahora (insisto: con matizaciones importantes) en la Directiva 2014/24.

3. Convenios de colaboración cuyo objeto se corresponde con el de un contrato

Tal como vamos a ver a continuación, no es extraño, en efecto, que una misma prestación pueda ser objeto de un convenio y de un contrato, alternativamente. El convenio de colaboración resulta una figura extraordinariamente ambigua y flexible (sin duda se trata de una de sus mayores virtudes), pudiendo destacarse, entre otros, los siguientes tipos²⁸:

- Convenios en los que dos entes públicos pactan o coordinan la forma en que van a ejercer sus competencias para asegurar la coherencia del resultado o la consecución de un objetivo común. En este caso no existe relación alguna con la contratación pública.
- Convenios en los que un ente público se compromete a financiar una actuación llevada a cabo por otro en el ejercicio de sus competencias. No se produce elusión alguna de la legislación de contratos públicos. De hecho, lo normal será que, para cumplir el convenio, la Administración o ente público que recibe la financiación licite uno o varios contratos.
- Convenios que sirven para canalizar un apoyo o colaboración de un ente público a otro, asumiendo el primero unas obligaciones económicas que cubran los costes en que incurre el segundo (tal como reconoce la Ley 40/2015 en sus artículos 48.6 y 52.2, que hablan de cobertura de costes y no de pago de precio)²⁹.

Una variante de esta última figura es la utilización conjunta de recursos, que es precisamente una de las finalidades legalmente previstas para los convenios (artículo 48.3 de la Ley 40/2015). Una Administración o ente público que dispone de una infraestructura que supera sus propias necesidades la pone a disposición

nistrativa del Libro IV del Código Civil), lo que la lleva, por ejemplo, a regular también los contratos atípicos (contratos administrativos especiales). Ello puede producir algunos desajustes en la incorporación de las directivas, normalmente porque los preceptos de éstas acaban aplicándose también a contratos no incluidos en su ámbito de aplicación. La alternativa es un incremento en la complejidad de la legislación española (muy visible desde 2007), al sustituirse la técnica del «traje único» (es decir, un régimen jurídico único, aplicable a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación), que era el modo de legislar hasta ese año, por la previsión de múltiples regímenes (el de los contratos SARA, el de los contratos de las Administraciones Públicas, el de los contratos de poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, que pueden ser contratos SARA o no serlo, etc.), de forma que los preceptos de las directivas no se apliquen necesariamente a todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación española. El problema se complica, por supuesto, desde el momento en que la jurisprudencia del TJ ha establecido que el Derecho comunitario de la contratación pública no se agota en las Directivas, sino que de los Tratados se derivan obligaciones que se aplican a los contratos que no llegan al umbral fijado en las Directivas.

²⁸ Para una clasificación completa de los convenios, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 143 y sigs.).

²⁹ Se trataría de lo que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 179-185) denomina «convenios para la prestación de cooperación no financiera».

de otro ente para que éste la utilice (abonando una contraprestación), en lugar de tener que construir una infraestructura propia o contratar con una empresa. En la práctica más reciente pueden ponerse ejemplos como la cesión a otras Administraciones de sistemas informáticos propios que se utilizan para el ejercicio de competencias³⁰ o los convenios de colaboración mediante los que el Servicio Jurídico del Estado puede prestar sus servicios no sólo a entidades del sector público estatal, sino también a comunidades autónomas o entidades locales (Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, artículos 15 y 16).

En este último caso existe una coincidencia de objeto con los contratos regulados en la legislación de contratación pública, en el sentido de que, de no celebrar el convenio, el ente público tendría que acudir al mercado para satisfacer esa necesidad.

De hecho, el asunto «Hamburgo», resuelto por la sentencia de 2009 en la que surgen los criterios legitimadores de la figura del convenio o de la cooperación horizontal, ahora recogidos en el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 y también en el artículo 12 de la nueva LCSP, constituye un claro ejemplo de esta clase de convenios. El convenio que, según la Comisión, tendría que haberse sacado a licitación, y que el TJ acabó diciendo que era conforme al Derecho comunitario, fue celebrado por cuatro entidades locales con la empresa de limpieza del *Land* de Hamburgo (otra entidad pública, en definitiva), y en él las cuatro entidades locales obtenían el derecho a utilizar las instalaciones de gestión de residuos de Hamburgo (cuya capacidad superaba las necesidades de ese *Land*) a cambio del pago de una contraprestación³¹. Evidentemente, en caso de no poder utilizar esa fórmula, las entidades en cuestión habrían tenido que construir sus propias instalaciones o licitar contratos públicos para que empresas privadas se hicieran cargo de sus residuos.

Por lo tanto, los convenios cuyo objeto coincide con el de un contrato público existen y, de hecho, la actual regulación de los convenios en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público se refiere a ellos de forma expresa y como uno de los principales ejemplos de aplicación de la figura. En este sentido, puede sorprender que la Ley parta de la idea de que los convenios con objeto contractual no son admisibles, cuando desde 2009 se admite su existencia, aunque sometida a determinados requisitos.

4. El fundamento de la legitimidad de los convenios interadministrativos aunque su objeto sea coincidente con el de los contratos típicos

Como hemos ido viendo, la Directiva 2014/24 admite expresamente los convenios de colaboración interadministrativos (cooperación horizontal) siempre que cumplan determinados requisitos establecidos por el TJ a partir de 2009. Los convenios no son tratados, por tanto, una forma de eludir los procedimientos de licitación de contratos públicos (como daba a entender la sentencia de 13 de enero de 2005). No se trata, por tanto, de una excepción a la aplicación de la Directiva, sino de que los convenios son *otra cosa* y, por ello, el TJ los consideró conformes con la Directiva anterior (la 2004/18) aunque la misma no los contemplaba expresamente, del mismo modo que los contratos *in house* (o encargos a medios propios) fueron admitidos desde 1999 sin necesidad de reconocimiento en las Directivas (reconocimiento que vino posteriormente).

La justificación de los convenios de colaboración no estriba en que su objeto sea distinto del de los contratos (ya hemos visto que no lo es), y tampoco en conceptos a mi juicio vagos y etéreos como el de «comunidad de intereses» que existiría entre las partes frente a la «oposición de intereses» propia de los contratos con particulares³². Todo contrato sirve para articular una colaboración (su punto de partida es, por tanto, un acuerdo) y a la vez constituye el punto de encuentro de dos o más intereses enfrentados.

³⁰ Por ejemplo, el convenio de cooperación de Navarra con Aragón, cuya firma ha sido recientemente aprobada por el Gobierno de Navarra (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?idseccion=38&), «a través de cual le cederá el uso gratuito de diversas aplicaciones informáticas en materia de Justicia por un período de cuatro años prorrogables», se supone que con el compromiso del reembolso de gastos por parte del cesionario, puesto que se indica que la cesión «no supondrá coste alguno para la Comunidad foral».

³¹ La sentencia lo deja muy claro: «el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise (...) tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los Landkreise vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas» (párrafo 38). Es una de las finalidades que la Ley 40/2015 proclama como deseables para los convenios: «mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos» (artículo 48.3).

³² En este mismo sentido, VILALTA (2016: 95). Sin embargo, es habitual utilizar conceptos como los de «lo organizativo» frente a «lo contractual» para delimitar los convenios admisibles y los vedados, por ejemplo en BERNAL BLAY (2011: 315): «La exclusión de este contrato del ámbito de aplicación de las Directivas [se refiere a la sentencia Hamburgo], al igual que en el caso de los encargos a

A mi juicio, la clave de la admisibilidad de los convenios de colaboración interadministrativos aunque su objeto sea coincidente con el de un contrato y, en ese sentido, sirvan para sustituir a un contrato, se encuentra en que el Derecho comunitario no acoge el principio del «contratista interpuesto», es decir, la idea de que la Administración deba acudir al mercado para comprar los bienes y servicios que necesite incluso si los puede obtener por sus propios medios³³. Los contratos públicos deben adjudicarse mediante los procedimientos de licitación previstos en las Directivas, sin subterfugios dirigidos a eludirlos, *pero sin que ello obligue a maximizar el uso del contrato, obligando a utilizarlo incluso cuando no es necesario para la Administración*. No existe, por tanto, un principio que proteja las expectativas de las empresas privadas obligando a los entes públicos a abrirles cualquier oportunidad de negocio que se presente en el ámbito administrativo.

Se trata, en definitiva, de reconocer a la Administración la opción entre «make or buy», entre contratar externamente un bien o servicio o producirlo internamente con sus propios medios (BURGI, 2016: 130). Una opción que tiene cualquier empresa privada. Es cierto que esa opción puede ser antieconómica, pero la forma de atender a este problema es mediante requisitos de justificación como los que se contienen en el TRLCSP, no con una prohibición total que también puede llevar a resultados antieconómicos.

Lo que dice la jurisprudencia a este respecto es que el principio *make or buy* no se detiene en el límite de la personalidad jurídica del ente adjudicador, sino que incluye fórmulas de colaboración con entidades instrumentales (a través de la figura del medio propio), y también la colaboración con otras entidades que no sean instrumentales, y esta es la vía de los convenios interadministrativos o cooperación horizontal³⁴.

5. Los límites de la admisión de la cooperación horizontal. El caso de los contratos de intercambio

a) Los requisitos de admisión de los convenios

A la luz de esta idea se deben interpretar los criterios del artículo 12.4 de la Directiva, incorporados al artículo 6 de la nueva LCSP, es decir, que se trate de «una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común», que «el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», y «que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación». Este último requisito es el que plantea menos problemas, porque se trata de una cláusula dirigida a evitar que el ente al que se permite celebrar convenios sin licitación, se beneficie de esa colaboración para ganar fuerza competitiva en el mercado, en condiciones de desigualdad con los sujetos privados que no tienen esos «clientes privilegiados» que son las demás Administraciones Públicas. Se trata de una cautela que se aplica también a los encargos a medios propios y que, por tanto, encuentra allí criterios interpretativos asentados.

medios propios, se encuentra en la consideración de su naturaleza organizativa y no contractual, habida cuenta de la concurrencia de una serie de circunstancias que permitan tal consideración».

³³ Ésta es precisamente la base de la argumentación del TJ en la sentencia Hamburgo: «el Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartados 48 y 49)» (párrafo 45).

De hecho, la legislación de contratos dice que cuando la Administración disponga de servicios suficientemente aptos para la realización de la prestación, «deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución» [art. 24.1.a) del TRLCSP, aplicable directamente al contrato de obra pero también al de suministro por remisión del 24.2]. La Ley General de Sanidad, en su artículo 90.1, párrafo 2.º, dice, antes de regular el régimen de conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas, que «las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios».

³⁴ De nuevo es transparente la proclamación de esta idea en la sentencia Hamburgo. Ante la afirmación de la Comisión de que esa colaboración interadministrativa no suscitaba ninguna duda si se hubiera realizado a través de un consorcio, el Tribunal responde que «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» (párrafo 47). El convenio interadministrativo no puede quedar «discriminado» frente a la creación de consorcios o frente a los encargos a medios propios.

A veces la construcción jurisprudencial de la figura del «medio propio» ha caído en un cierto bizantinismo precisamente por eludir la cuestión de fondo, que no es otra que el reconocimiento, o no, a la Administración, de la opción de atender sus necesidades con sus propios medios, y la cuestión que surge a continuación, de si esa opción se detiene en la persona jurídica de la propia Administración (ya sabemos que no) o si debe detenerse precisamente en el ámbito de los entes instrumentales de esa Administración o extenderse a todo el sector público. Cuestiones como si cabe entender que un ente que sólo tiene el 1% del capital de una sociedad pública ejerce sobre ella «el mismo control que sus propios servicios», que se planteó en el caso TRAGSA y que suscitó lógicamente la perplejidad de autores como J. GONZÁLEZ GARCÍA (2007: 234-237) se entienden mejor partiendo de ese punto de partida: ¿debe admitirse la utilización, como «medios propios», de los de otros entes del sector público (siempre que cumplan los demás requisitos, como el del 20%?

Siendo también claro que en un convenio de estas características la cooperación ha de servir para la consecución de objetivos comunes, lo que se traduce en que ambos entes tengan competencia en el asunto de que se trate, las dudas pueden plantearse al hilo del requisito de «que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», procedente de la jurisprudencia.

La discusión puede surgir, sobre todo, al hilo de estructuras de intercambio, en las que un ente produce un bien o servicio en beneficio de otro a cambio de una contraprestación que cubra sus costes³⁵.

b) Las dudas de la jurisprudencia

Puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque está asentada en el sentido de que ha repetido en varias ocasiones la fórmula del asunto Hamburgo o *Comisión contra Alemania* (fórmula incorporada al artículo 12.4 de la Directiva), todavía necesita ser aclarada en sus implicaciones concretas, al oscilar el Tribunal entre dos ideas subyacentes (no restar ámbito al mercado, y a la vez no privar a los poderes adjudicadores de fórmulas de cooperación interadministrativa asentadas en la práctica), cuya armonización en casos concretos dista de ser clara.

La jurisprudencia del TJ, anterior a la Directiva 2014/24, ha sido ciertamente restrictiva, aunque probablemente esas restricciones se entienden a la luz de argumentos y consideraciones que intentaré explicar y que en mi opinión no desmienten la explicación que he dado hasta ahora, es decir, la idea de que las Administraciones no tienen por qué recurrir al mercado cuando pueden satisfacer sus necesidades con los medios del sector público, sin que pueda discriminarse en función de que esos medios del sector público se encuentren en la misma persona jurídica que realiza el encargo, en otra persona sobre la que tenga dominio (encargos a medios propios) o en otra persona del sector público sobre la que no tenga dominio (cooperación horizontal).

La sentencia *Lecce* (de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11) rechaza un acuerdo por el que un ente público italiano de tipo sanitario encargó a un instituto universitario la evaluación sísmica previa a la construcción de un hospital. El acuerdo preveía el encargo directo de esa tarea al instituto universitario a cambio de una contraprestación que era una cobertura de costes, no un precio en sentido estricto. La sentencia (y el propio órgano que planteó la cuestión) destaca que el instituto universitario ofrece esos servicios en el mercado habitualmente, lo que habría permitido rechazar el uso del convenio por incumplimiento del requisito del 80%. Sin embargo, el Tribunal utiliza un argumento que resulta, a mi juicio, más discutible, al centrarse en que, como la tarea técnica en cuestión puede ser realizada también por profesionales privados, no constituye una «misión de servicio público» de la Universidad, por lo que no se cumpliría el requisito de que el convenio «tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades» (párrafos 37 y 40)³⁶. Ese terreno de juego resulta, en mi opinión, más resbaladizo y menos claro a la hora de fijar criterios orientadores para otros entes públicos. Así, si la Universidad puede prestar esta clase de servicios de acuerdo con su legislación reguladora y los mismos constituyen una aplicación de las técnicas que en ella se enseñan e investigan y una forma de obtención de fondos que faciliten la financiación de su actividad de docencia e investigación, ¿por qué la realización de esas actividades no constituye una «misión de servicio público» de la Universidad? Ello exige entrar en un debate «filosófico» sobre la «transferencia de conocimiento» como posible función de la Universidad que me parece innecesario y que en todo caso tendría que resolver el legislador italiano, no el TJ. El hecho de que esas mismas funciones puedan llevarlas a cabo profesionales privados no impide que las mismas también puedan realizarlas institutos universitarios ni excluye que, cuando éstos las realizan, constituyan «misiones de servicio público», porque la «misión de servicio público», en este caso, no se encuentra en la tarea en sí, sino en el hecho de que la lleve a cabo una entidad universitaria, lo que produce una serie de beneficios de interés público (misión de servicio público) consistentes en que facilita la investigación, contribuye a financiarla y mejora su calidad,

³⁵ Parte de la doctrina interpreta que la sentencia Hamburgo amplía las posibilidades de cooperación interadministrativa para incluir supuestos de «intercambio» en los que una parte cobre un precio a cambio de su prestación (FRENZ, 2017: 748).

³⁶ Dice la sentencia en su párrafo más relevante: «de la resolución de remisión parece desprenderse, en primer lugar, que dicho contrato incluye una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, contrariamente a lo que el Tribunal de Justicia pudo declarar en el apartado 37 de la sentencia *Comisión/Alemania*, antes citada, la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad» (párrafo 37).

además de contribuir a su utilidad pública. Por otro lado, no parece necesario que los dos entes que celebran el convenio tengan la misma «misión de servicio público»; más bien habría que entender que cabe una relación sinérgica entre entes que tienen misiones de servicio público complementarias³⁷.

La sentencia *Piepenbrock* (de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11) dice que la cooperación ha de tener por objeto «funciones públicas» más que prestaciones contractuales. Esta sentencia no considera exceptuado de la normativa comunitaria sobre contratos públicos (es decir, no considera que cumpla los requisitos de la «cooperación horizontal») un contrato por el que una entidad local supramunicipal encarga a un Ayuntamiento la limpieza de aquellos de sus edificios que se encuentran en ese término municipal, para que el Ayuntamiento se ocupe de la limpieza de esos edificios del mismo modo que hace con los suyos propios³⁸. Desde una perspectiva limitativa de la cooperación horizontal, se ha interpretado esta sentencia en el sentido de que la cooperación al margen de la legislación de contratos públicos es admisible cuando tengo por objeto el ejercicio directo de funciones públicas (por ejemplo, la limpieza de las calles), pero no cuando tenga por objeto prestaciones instrumentales como la limpieza de los edificios públicos (BRAKA-LOVA, 2013: 593). Salta a la vista que de ese modo se reduce notablemente el ámbito de la figura de la cooperación horizontal y que además van a ser pocos los casos en que opere, porque difícilmente podría ser objeto de un contrato sometido a la Directiva un convenio cuyo objeto directo sea el ejercicio de una función propia y exclusiva de una Administración. Con todo, es importante la precisión de BURGI (2016: 131) en el sentido de que la sentencia reproduce la jurisprudencia anterior, sin llevar al fallo la regla que quería dejar sentada el órgano judicial que planteó la cuestión prejudicial, mucho más restrictiva con el ámbito de la cooperación horizontal.

La más reciente sentencia *Remondis* (21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15), que no olvidemos que aplica todavía la Directiva de 2004, y no la de 2014, se refiere a un asunto «fácil», en el sentido de que difícilmente habría podido confundirse ese convenio con un contrato sujeto a la Directiva. Dos entidades crean un ente público (llamémosle consorcio) al que delegan competencias en una determinada materia, transfiriéndole fondos y también la potestad de obtener él mismo los fondos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un servicio. Me parece que en este caso ni siquiera es necesario aplicar los criterios o requisitos de la sentencia *Hamburgo* porque el convenio no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. Pero la sentencia, retomando la doctrina de *Piepenbrock*, deja claro que, si no se hubiera delegado una competencia, sino meras «tareas materiales» (lo que parece equivaler al encargo de la prestación de un servicio), el convenio sería un contrato y habría tenido que licitarse³⁹. Para establecer esa distinción, la sentencia se explaya sobre el tipo de potestades que debe tener el ente delegado, que no son incompatibles con la revocabilidad de la competencia y con el control por parte del delegante.

Me parece difícil extraer de la jurisprudencia reglas claras (imprescindibles, por otro lado, para aplicar el artículo 12.4 de la Directiva). Forzosamente hay que reconocer que los convenios interadministrativos pueden ser válidos aunque su objeto se identifique con el de un contrato público regulado en la Directiva (si así no fuera, sería ociosa la construcción de esta figura y el establecimiento de los requisitos de la sentencia *Hamburgo*). Pero también es preciso admitir que el TJ no ha llegado tan lejos como en el caso de los encargos a medios propios, cuyo objeto puede ser exactamente igual al de un contrato público⁴⁰. Se exige un matiz «de

³⁷ También destaca la sentencia, como argumento contra la legalidad del convenio, que «podría favorecer a empresas privadas si los colaboradores externos altamente cualificados que, de acuerdo con dicho contrato, la Universidad puede contratar para la realización de ciertas prestaciones incluyeran a prestadores privados» (párrafo 38). Se trata de una interpretación ampliatoria de un requisito que figura en el artículo 12.1 de la Directiva («que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada»), que aquí se extiende a la subcontratación (que el ente que celebra el convenio no subcontrate con personas privadas).

³⁸ La argumentación del TJ es lacónica: «Ahora bien, de las apreciaciones llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional remitente, se deduce que el proyecto de contrato controvertido en el litigio principal no parece tener por objeto el establecimiento de una cooperación entre las dos entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común» (párrafo 39).

³⁹ Lo resume el párrafo 50 de la sentencia: «una situación como la controvertida en el litigio principal se diferencia claramente de la que fue objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (C-386/11, EU:C:2013:385), en la que una entidad territorial se limitaba a confiar a otra entidad territorial, mediante una compensación financiera, la realización de determinadas tareas materiales de las que se reservaba la facultad de controlar la ejecución como observó el Tribunal de Justicia en el apartado 41 de dicha sentencia».

⁴⁰ La comparación con el régimen de los encargos a medios públicos la aborda expresamente GIMENO FELIU (2016: 85): «es condición indispensable [de la “cooperación horizontal” admitida por el TJUE en la sentencia *Hamburgo* y sucesivas] que la prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros,

interés público» en la tarea que un ente público se compromete a realizar en favor de otro. Cuando resulta demasiado claro que un ente público presta un servicio a otro, a cambio de una compensación de costes, del mismo modo que lo haría un empresario privado, el Tribunal vacila y tiende a dar una respuesta negativa, con justificaciones variadas. Se resquebraja con ello la idea (acogida por el propio Tribunal, por cierto), de que un ente público no está obligado a contratar si puede satisfacer sus necesidades con sus propios medios y que en ese concepto de «sus propios medios» no debe discriminarse entre fórmulas jurídicas, siendo válido y equiparable el uso de medios estrictamente propios, la constitución de entes consorciales, el recurso a entes instrumentales («medios propios») y la cooperación con otros entes públicos («cooperación horizontal»).

Estas dudas no dejan de reflejarse en la práctica de distintos Estados miembros, como demuestran algunos ejemplos⁴¹.

En Italia reviste especial interés el dictamen de 11 de marzo de 2015 del Consejo de Estado (Sección 2.ª, asunto 00972/2013). La *Agenzia del demanio* es un ente público económico del sector público estatal que tiene la «finalidad de administrar y gestionar en nombre y por cuenta del Estado los bienes inmuebles de su propiedad así como racionalizar y obtener valor de su utilización». A este ente recurren otras Administraciones (locales, provinciales, regionales) para que preste sus servicios en relación con sus propios bienes demaniales, a cambio de una contraprestación que cubra los costes en que incurre. Se le plantea al Consejo de Estado la compatibilidad con la Directiva; el cumplimiento, en suma, de los requisitos de su artículo 12.4. Hablamos de prestaciones como «la cooperación, a través de diversas fórmulas, en las operaciones de venta o cesión en arrendamiento de inmuebles». Es difícil ocultar que esas prestaciones pueden ser ofertadas también por empresarios privados y que la *Agenzia* constituye un típico «medio propio» del Estado, alternativo para éste a la celebración de contratos para el asesoramiento en cada una de sus operaciones. El dictamen, tras repasar los hitos de la jurisprudencia comunitaria (*Hamburgo*, *Lecce*, *Piepenbrock*) y los preceptos de la Directiva, concluye en la legalidad de la fórmula, que no requiere licitación alguna.

Por otro lado, en Alemania, que es el país que probablemente más ha impulsado en el ámbito comunitario el reconocimiento de las técnicas de cooperación, también existen dudas y posiciones enfrentadas en la jurisprudencia.

Así, un auto de 3 de diciembre de 2014 del tribunal (civil) de apelación de Koblenz (recordemos que estos tribunales civiles son los competentes para conocer de los recursos judiciales contra los órganos administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación) considera que un convenio interadministrativo por el que un ente local encarga la gestión de determinados residuos (que hasta ese momento venía contratando con una empresa privada previa licitación) a otro ente local, dotado para ello de la infraestructura necesaria, no es compatible con el Derecho de contratos, porque la excepción de la «cooperación horizontal» no incluye los supuestos de intercambio de prestaciones, es decir, un ente que presta el servicio y otro que abona los costes⁴².

c) Cambios introducidos por la Directiva

Aunque es cierto que el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 se basa en la jurisprudencia del TJ a partir de la sentencia *Hamburgo*, lo cierto es que introduce algunas precisiones que pueden llevarnos a la conclusión de que la Directiva va más allá de lo que apunta la jurisprudencia del Tribunal. También es importante destacar cómo en la elaboración de la Directiva se introdujeron algunos cambios no indiferentes.

Un matiz importante es introducción expresa por parte de la Directiva del criterio de la «esencialidad» o del 80% para la cooperación horizontal en los mismos términos en que venía aplicándose a los encargos

pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan». Efectivamente, hay una diferencia en la jurisprudencia del TJUE entre el ámbito reconocido a los encargos a medios propios y el reconocido a la cooperación horizontal. Creo que esa diferencia no se encuentra tanto en el requisito de la «esencialidad», que se exige en idéntica medida en ambos casos [artículos 12.1.b), 12.3.b) y 12.4.b)], sino en el objeto, porque en el caso de los encargos a medios propios nadie duda de que su objeto puede ser idéntico al de los contratos regulados en la Directiva, y en el caso de la cooperación horizontal la jurisprudencia, como vemos, es más restrictiva. La pregunta –no respondida– es el porqué de esa diferencia de trato.

⁴¹ Como dice GIMENO FELIU (2016: 83), «la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interpreta de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores».

⁴² Sentencia del Oberlandesgericht (OLG) Koblenz, 3 de diciembre de 2014, publicada, entre otros lugares, en *BauR*, 2015, pág. 728.

a medios propios⁴³. Este dato es muy importante porque, como hemos visto, buena parte de las reticencias de la jurisprudencia (sentencia *Lecce*, por ejemplo) y de la doctrina a que la cooperación horizontal tenga el mismo ámbito potencial que los encargos a medios propios, tiene que ver con el miedo a que el *partner* público resulte favorecido en el mercado, al obtener con estos encargos directos una fortaleza financiera, comercial o técnica (*know-how*) que le coloque en una posición de privilegio cuando intervenga en el mercado en competencia con los operadores privados⁴⁴. Tal objeción desaparece con la aplicación a la cooperación horizontal del requisito de la esencialidad.

También es importante el párrafo 33 del preámbulo de la Directiva. En él se dice que «[l]os servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios». Por tanto, el legislador comunitario no está pensando sólo en el convenio por el que dos poderes adjudicadores acuerdan gestionar conjuntamente una competencia (acuerdo por el que dos «demandantes de servicios» acuerdan actuar conjuntamente). Sería también admisible, por tanto, una cooperación sinérgica en la que un ente, cuya misión de interés público le permite disponer de determinados recursos o capacidades, las pone al servicio de otro que las necesita para cumplir su propia misión de interés público⁴⁵. Esto abre, indudablemente, un campo más amplio al convenio. También se lee en ese párrafo 33, en esta misma línea, que «no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales», lo que incide en la idea de admitir estructuras de intercambio.

Resulta igualmente muy significativa la frase: «Además, la ejecución de la cooperación, *incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes*, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público». Este inciso parece ir en la dirección de que el contrato y el convenio se distinguen porque en el primero hay *precios* y en el segundo hay *cobertura de costes* (artículos 48.6 y 52.2 de la Ley 40/2015, con importantes repercusiones en materia de liquidación), distinción en la que se plasmaría la exigencia de que el contrato se rija por «consideraciones de interés público»⁴⁶. Pero, en definitiva, se admitirían convenios en los que una parte satisface una necesidad de la otra (haciendo innecesaria, posiblemente, la celebración de un contrato).

El precepto análogo de la propuesta de Directiva (artículo 11), que –por cierto– colocaba el umbral de la esencialidad en el 90%, incluía un requisito eliminado a lo largo de la tramitación: «que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros». Si tenemos en cuenta que la nota característica de los convenios que hemos llamado «de intercambio», con prestaciones más cercanas a los contratos con particulares, es precisamente la presencia de transferencias económicas que eviten que el ente público «prestador» sufra pérdidas, parece claro que la eliminación del inciso que prohibía dichas transferencias debe ser interpretada como una admisión de la figura⁴⁷. Todo ello sin perjuicio de subrayar que incluso en la propuesta inicial se admitía el reembolso de costes, que es a lo que deben reducirse, en buena lógica, las transferencias económicas pactadas en los convenios, como recuerda la Ley 40/2015. Téngase en cuenta, igualmente, que todas las precisiones del párrafo 33 del preámbulo de la Directiva que he citado hace un momento para argumentar que ésta es favorable a la cooperación horizontal en términos relativamente amplios, se incorporaron durante la tramitación y no estaban en el párrafo 14 del preámbulo de la propuesta de Directiva.

⁴³ Se trata de una innovación especialmente destacada por BURGI (2016: 132).

⁴⁴ Recordemos que cuando autores como GIMENO FELIU o BERNAL BLAY se plantean por qué los encargos a medios propios pueden tener un objeto que se corresponda exactamente con el de un contrato típico, mientras que ello es menos claro en la cooperación horizontal, el argumento que surge es que en el primer caso se exige que el medio propio trabaje esencialmente para el ente que hace el encargo, mientras que en la cooperación horizontal no se exigiría. Ese argumento desaparece con la Directiva.

⁴⁵ Recurriendo a la clasificación de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 147), no se incluirían sólo los convenios «para el ejercicio coordinado por cada una de las partes de sus propias competencias», sino también «los convenios de cooperación al ejercicio de tareas ajenas», aunque en el bien entendido que la Administración que «coopera» también está ejerciendo una competencia propia al prestar esa cooperación o colaboración. Admite esa colaboración entre entidades con misiones de servicio público complementarias, MONTERO PASCUAL (2014:125).

⁴⁶ De nuevo encontramos que la Ley 40/2015 llega a la misma conclusión que la jurisprudencia comunitaria, que también subraya, en la sentencia *Hamburgo*, esta ausencia de «precio» como uno de los elementos que llevan a reconocer la legitimidad de los convenios incluso cuando su objeto es similar al de un contrato: «de las estipulaciones del contrato controvertido se desprende que la cooperación que éste establece entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro Landkreise de que se trata *no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos Landkreise*».

⁴⁷ En este mismo sentido, BURGI (2016: 133).

d) La equiparación con los encargos a medios propios y sus dificultades

La cuestión que debe plantearse, por tanto, es si la cooperación horizontal puede tener el mismo ámbito que los encargos a medios propios. Si estos encargos pueden tener por objeto cualquier clase de prestaciones, incluidas las que se correspondan íntegramente con las de un contrato público de servicios, obra o suministro, ¿por qué habrían de aplicarse criterios diferentes (y requisitos más restrictivos) cuando la cooperación sea horizontal y no vertical? En definitiva: ¿por qué una Administración puede encargar servicios de copistería a un medio propio, de forma directa, y en cambio podrían surgir dudas si encarga esos mismos servicios a un medio propio de otra Administración, con arreglo a la jurisprudencia *Piepenbrock* y *Remondis*?

La jurisprudencia del TJ no reconoce esa equiparación, aunque, como hemos visto, es anterior a la Directiva, que ciertamente introduce novedades relevantes, también examinadas. En la doctrina existen posiciones enfrentadas⁴⁸. En todo caso, me parece que la cuestión relevante es ésta, sin que deba ocultarse con consideraciones laterales como la naturaleza jurídica o el examen de requisitos jurisprudenciales como el del control análogo al que se dispone sobre los propios servicios⁴⁹.

El único argumento que respalda un trato diferente y más restrictivo a la cooperación horizontal es el de que la misma puede tener un ámbito mucho más amplio que los encargos a medios propios, reduciendo el mercado de la licitación pública (no olvidemos que, como recuerda la sentencia *Hamburgo*, párrafo 47, «el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública» es «la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros»). Es un argumento que el TJ no ha utilizado expresamente y que se acerca al dogma del contratista interpuesto. En todo caso, la exigencia de que los entes que participan en la cooperación horizontal no ofrezcan sus servicios en el mercado (regla del 80%) cierra la vía al falseamiento de la competencia. Por otro lado, siendo cierto que en la cooperación horizontal no se cumple el requisito de que uno de los entes disponga sobre el otro del mismo poder que sobre sus propios servicios, es cierto que ese requisito se ha desarrollado sobre todo para evitar que por esa vía se favorezca a empresas privadas, y de ahí que la jurisprudencia lo haya desarrollado/deformado para excluir los encargos a empresas que tengan un accionista privado (incluso con el 0,01% del capital), a pesar de que sigue existiendo control público, y que se admitan los encargos inversos o el control compartido del medio propio, aunque en esos casos de control no puede hablarse en sentido estricto.

Un argumento favorable a la admisión generosa de la cooperación horizontal, especialmente desarrollado por BURGI (2016: 131) es la necesidad de evitar que los Estados descentralizados sean tratados de forma discriminatoria frente a los unitarios o centralizados, en los que el sector público puede autoabastecerse sin celebrar convenios, mediante procedimientos puramente internos.

En esta misma línea, la restricción de la cooperación horizontal no evitaría sus efectos perniciosos, sino que únicamente distorsionaría el tráfico jurídico al obligar a los entes intervinientes a crear o utilizar sujetos interpuestos que permitieran canalizar el convenio bajo la fórmula de los encargos a medios propios.

⁴⁸ Aunque la cuestión no suele plantearse formalmente porque la oculta la interpretación literal de la jurisprudencia comunitaria, no faltan tomas de postura al respecto. Así, REBOLLO PUIG (2003: 387) dice que en estos casos no se cumplen los requisitos de los encargos a medios propios pero que ello «no debe llevar a una exclusión radical de esta práctica. Aunque en este caso no estamos ante una simple manifestación de la descentralización funcional, que es lo que en general justifica la utilización de los entes institucionales como medios propios, lo que hay es una específica organización para canalizar la colaboración y, sobre todo, la cooperación entre Administraciones, aunque una de ellas –la que coopera el ejercicio de las competencias de las otras– lo haga a través de un ente instrumental. Lo que hay en estos supuestos no es tampoco un fraude para evitar el cumplimiento de la legislación de contratos, sino formas de canalizar la colaboración o la cooperación entre Administraciones». Claramente a favor de que las Administraciones utilicen los recursos de otros entes públicos, sin necesidad de contratar con particulares, SOSA WAGNER (2003: 1321). Al hablar de la ejecución de obras por la propia Administración dice: «Conviene para mientes asimismo en el hecho de que no se aclara en el precepto si las fábricas, arsenales, etc., han de ser de la misma Administración o pueden pertenecer a otra, lo que sería el caso, por ejemplo, si una Comunidad autónoma pretendiera utilizar los servicios de una empresa estatal. Nada parece excluirlo siempre que medie entre las Administraciones implicadas un convenio de colaboración o uno de los consorcios a los que se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley 30/1992».

En contra, aunque tal vez más desde una interpretación literal de la jurisprudencia que por razones de fondo, PERNAS GARCÍA (2008: 183-184), para quien el «control análogo» que exige el TJ a los encargos a medios propios debe ser ejercido por la propia entidad encomendada, no por otra autoridad pública.

⁴⁹ Este estado de jurisprudencia vacilante y de principios subyacentes no explicitados en las sentencias recuerda a la evolución que, en el concepto de «medio propio», se vivió desde la sentencia *Teckal* al caso *TRAGSA* (GONZÁLEZ GARCÍA, 2007; BERNAL BLAY, 2008; HUERGO LORA, 2008: 1-6).

Por tanto, la admisión de la cooperación horizontal con la misma amplitud que los encargos a medios propios resulta coherente, aunque no cabe ocultar que nos hallamos ante uno de los puntos de tensión de esa estructura crecientemente compleja y no siempre racional que es el Derecho europeo de la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ORIVE, José Luis, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*”, *REDA*, 137 (2008), págs. 115-138.
- (2011) “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (coord.), *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 311-325.
- BRAKALOVA, Maria, “Comentario (Anmerkung) a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/2011, Piepenbrock)”, *EuZW*, 2013, págs. 591-594.
- BURGI, Martin, *Vergaberecht*, Beck, München, 2016.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Los convenios”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) / FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.) / VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. I, págs. 1.057-1.087.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras varias: ¿Convenio o contrato administrativo?”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 377-394.
- FRENZ, Walter, “In-House-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit nach der Vergaberechtsreform”, *DVBl*, 2017, págs. 740-749.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)”, págs. 81-122.
- GIMENO FELIÚ, José María, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- (2016) “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (la orientación estratégica de la contratación pública)”, en RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcia Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 15-127.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *RAP*, 173 (2007), págs. 217-237.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, “Los convenios administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016, págs. 265-305.
- HERNANDO RYDINGS, María, “La colaboración interadministrativa local: novedades del nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, en CAMPOS ACUÑA, M. C. (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 735-762.
- HUERGO LORA, Alejandro, (2001) “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *RAP*, 154 (2001), págs. 129-171.
- (2008) “Comentario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratación administrativa: preparación y adjudicación del contrato. Ejecución del contrato”, *RGDA*, 18 (2008).
- MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, lustel, Madrid, 2008.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, “La contratación entre Administraciones a la luz del nuevo régimen de la Unión Europea en materia de contratación pública”, *REDA*, 167 (2014), págs. 111-126.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, BOE, Madrid, 2015.
- PASCUAL GARCÍA, José, “Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados”, BOE, Madrid, 2012.
- PERNAS GARCÍA, Juan José, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, lustel, Madrid, 2008.
- PIZARRO NEVADO, Rafael, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 15-152.
- REBOLLO PUIG, Manuel, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, 161 (2003), págs. 359-393.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana, “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, *RGDA*, 38 (2015).
- SOSA WAGNER, Francisco, “El empleo de ‘los recursos propios’ por las administraciones locales”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coor.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. don Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 1.309-1.342.
- STRUVE, Tanja, “Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit”, *EuZW*, 2009, pág. 805 y ss.
- VILALTA REXACH, Marc, “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15 (2016), págs. 83-114.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *REALA. Nueva Época*, 7 (2017), págs. 5-18.
- VORMIZEELE, Voet van, comentario al artículo 14 del TFUE en VON DE GROEBEN/SCHWARZE/HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015 (7.ª ed.).
- WERNICKE, comentario el artículo 14 del TFUE en GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, *AEUV*, comentario al artículo 14 (octubre de 2016).



El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia

The access of political representatives to information and the new laws on transparency and access to public information. In particular, their capacity to file claims with the transparency authorities

Emilio Guichot
Universidad de Sevilla
eguichot@us.es

RESUMEN

Las nuevas Autoridades independientes de transparencia han adoptado posiciones enfrentadas sobre cuál sea la normativa aplicable a las solicitudes de información realizadas por los representantes políticos y acerca de su propia competencia para conocer las reclamaciones que éstos puedan plantear. El derecho de acceso a la información de los representantes políticos no puede tener un alcance menor en su contenido sustantivo, procedimental y de garantías que el que la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información reconoce a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha afirmado de forma rotunda. Contribuiría a la seguridad jurídica que este criterio se asentara en la doctrina de las Autoridades independientes de transparencia y que una reforma legislativa lo contemplara expresamente.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas, representantes políticos, concejales, parlamentarios, artículo 23.2 Constitución española, artículo 77 lbrl, autoridades de transparencia.

ABSTRACT

The new public independent authorities in charge of access to information's claims have adopted conflicting positions on the rules applicable to requests for information made by political representatives and on their own competence to hear complaints they may raise. The right of access to the information of the political representatives cannot have a smaller scope in its substantive, procedural and guarantees content than the one that the new regulation on transparency and access to the information recognizes to any person. The case law of the Supreme Court has consistently affirmed this. It would contribute to legal certainty if this criterion was followed by every new public independent authorities and it was expressly established by a future legislative reform.

KEYWORDS

Access to information, freedom of information, transparency, accountability, political representatives, article 23.2 Spanish constitution, article 77 local government act, transparency authorities.

SUMARIO

I. APROXIMACIÓN GENERAL: UNA CIERTA PERPLEJIDAD. II. LAS DIFERENTES POSICIONES DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES DE TRANSPARENCIA. 1. La plena libertad de los representantes políticos para determinar el bloque normativo aplicable, con admisión de las reclamaciones solo en los casos en que se ha invocado expresamente la normativa sobre transparencia, y sin posibilidad de recurrir al «espiguelo» para pretender la aplicación de las previsiones más favorables de uno y otro bloque normativo. 2. Una vuelta de tuerca: la limitación de la posibilidad del representante político para acogerse a la normativa general y la consiguiente inadmisión de las reclamaciones cuando antes se solicitó la misma información en calidad de representante político. 3. La competencia de las Autoridades de transparencia para conocer las reclamaciones presentadas por representantes políticos, también cuando se invoca la normativa especial, por la aplicación supletoria de la normativa general sobre transparencia y acceso a la información y la procedencia del «espiguelo» a la hora de aplicar las normas sustantivas o procedimentales de la normativa general si son más favorables al derecho de acceso. III. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES. 1. La competencia de las Autoridades de transparencia para conocer de las reclamaciones interpuestas por representantes políticos en su condición de tales. 2. La aplicación a los representantes políticos de su normativa específica sólo en lo que sea más favorable al derecho de acceso que la normativa general. Acerca del del «espiguelo».

I. APROXIMACIÓN GENERAL: UNA CIERTA PERPLEJIDAD

En este trabajo voy a abordar un tema concreto y actualmente polémico, cual es el de si los representantes políticos, cuando solicitan acceso a la información para el ejercicio de sus funciones, pueden acudir a la vía de reclamación ante las Autoridades independientes de transparencia previstas en la normativa general sobre transparencia y acceso a la información, estatal y autonómica, que se ha ido aprobando en estos últimos años. Haré también una reflexión inicial y final más amplia sobre la incidencia de esta nueva normativa en la interpretación de la normativa especial que regula el acceso de los representantes políticos a la información.

Hemos de partir de que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia y acceso a la información y buen gobierno (LTBG), que establece la regulación básica estatal sobre la materia, dispone en el segundo apartado de su disposición adicional primera, titulada «regulaciones especiales del derecho de acceso a la información», que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información»¹. La LTBG no desvela cuáles sean estas normativas específicas, a diferencia de lo que hacía el propio art. 37 de la Ley 30/1992, en su apartado sexto, en el que se enumeraban las materias que se regían por su normativa específica, entre las que se encontraba la que ahora estudiamos, sin referencia alguna a la supletoriedad.

En trabajos anteriores, ya reflexioné sobre cuál había de ser la influencia que la aprobación de esta normativa habría de tener sobre la interpretación de la normativa sobre acceso de los representantes a la información pública². Me planteaba en ellos la posibilidad de una «relectura» de la regulación sustantiva y procedimental contenida en la normativa local a la luz de la nueva normativa general sobre transparencia y acceso a la información. Sintetizando lo entonces expuesto, la exigua legislación estatal básica se contiene en el art. 77 LBRL, desarrollada por la legislación autonómica y en lo no previsto en ésta por los también limitados arts. 14 al 16 ROF. Mi conclusión en estos trabajos era que esta normativa había de ser ahora coherente con la normativa sobre transparencia, a partir del principio de que, en ningún caso, los concejales, como representantes de los ciudadanos democráticamente elegidos, podían entenderse situados en una peor condición para acceder a la información municipal que los propios ciudadanos. Esta regla, consideraba y considero, debía proyectarse sobre cualquier interpretación de las reglas establecidas en la LBRL o en el ROF (o en la legislación autonómica respectiva). Por ejemplo:

¹ El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal (CTBG) fijó su doctrina general en torno a la aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública en su Criterio interpretativo 8/2015, de 12 de noviembre. Pone de relieve que las únicas excepciones a la aplicación directa de la LTBG son las previstas en la disposición adicional primera, que vincula la aplicación supletoria de la Ley a la existencia de una normativa específica que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico, en una determinada materia o área de actuación administrativa.

² «La aplicación de la Ley Andaluza de transparencia en las entidades locales», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, 2014, págs. 15-55, en particular págs. 51-55; «La aplicación de la Ley de Transparencia en las entidades locales», en VILLORIA MENDIETA, M. (dir.), *Buen Gobierno, Transparencia e integridad institucional en el Gobierno local*, Tecnos-Diputación de Barcelona, Madrid, 2016 (primera edición en catalán, 2015), págs. 105-124, en particular págs. 120-123; o en «Transparencia y acceso a la información en las entidades locales vascas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, 2017, págs. 469-495, en particular págs. 491-495.

- Los concejales no han de motivar la solicitud de información, al igual que no tienen por qué hacerlo los ciudadanos, como hemos visto, según la LTBG. Esta era ya la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia, que considera que la conexión de la información solicitada con las funciones ha de entenderse implícita³.
- Sólo pueden rechazarse peticiones abusivas, lo que debe interpretarse en un sentido muy limitado, como también ha destacado la jurisprudencia⁴, pues el propio art. 18.1.e) LTBG sólo permite la inadmisión, mediante resolución motivada, de las solicitudes que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia que se persigue.
- La limitación del derecho a obtener copias de la información a una serie de casos tasados o al supuesto en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno (léase, Junta de Gobierno Local), establecida en el ROF, resulta muy discutible, pues parece inconsecuente que los ciudadanos tengan derecho a solicitar el acceso mediante envío de copias, de forma gratuita si son en formato electrónico, y se le niegue a sus representantes locales, por lo que esta disposición podría entenderse superada, siempre, claro, que no se ejerza el derecho de forma abusiva pidiendo copias de series documentales extensísimas no justificadas por la finalidad de transparencia, límite que también es válido para los ciudadanos.
- La indefinición sobre los límites al derecho de acceso acompañada de esta libertad de decisión de los Alcaldes o Presidentes colisiona desde luego con los principios elementales de nuestra Constitución (interdicción de la arbitrariedad, reserva de ley para la limitación de los derechos, necesidad de que los posibles límites establecidos por la ley tengan fundamento en preceptos constitucionales y sean proporcionados...). Al respecto, el catálogo de límites establecidos en la LTBG ha de entenderse vigente también en el acceso de los concejales, pues responden a derechos y bienes constitucionales que han de ser compatibilizados con el derecho de acceso. Pero cabe plantearse si respecto de éstos han de jugar de una forma más atenuada, en la medida en que la función política de los concejales conecta directamente con el art. 23.2 CE. En particular, el límite más habitual es el relativo al derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los que en síntesis, el principio más general es que cuando se trata de datos personales no especialmente protegidos hay que ponderar el perjuicio que supondría para el afectado su revelación y el interés público para la transparencia (*ergo*, para la participación y control ciudadanos, en este caso a través de sus representantes) y debe prevalecer, como regla general, cuando sea información directamente atinente a la organización, la actividad o el gasto público. Además, a diferencia de la LTBG, que permite al ciudadano difundir cualquier información que obtengan a través del ejercicio del derecho de acceso (es más, se potencia la publicidad activa por la propia Administración de toda información que haya sido facilitada por esta vía), la normativa local impone a los miembros de la Corporación el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio. Todo ello lleva a concluir que la protección de datos no puede suponer una «excusa» para ocultar información relevante para el ejercicio de la función del concejal conectada con el art. 23.2 CE⁵.

Todas estas cuestiones me parecían entonces necesitadas de aclaración por cuando se trataba de «reinterpretar» cuestiones reguladas en un sentido más restrictivo a la luz de la jurisprudencia y de la nueva normativa general sobre acceso.

³ Por todas, SSTS de 26 de junio de 1998, Ar. 6288, de 5 de noviembre de 1999, 2000/2013, o de 27 de noviembre de 2000, 2001/1328.

⁴ Por todas, STS de 28 de mayo de 1997, Ar. 4286.

⁵ En ese sentido, la propia jurisprudencia viene reconociendo el derecho de los concejales (a diferencia del común de los ciudadanos) a acceder a datos del padrón para poder ejercer su labor de control y crítica. Un tanto más restrictiva, como suele ocurrir, es la visión de la Agencia Española de Protección de Datos, que considera que en las transmisiones de información a los concejales hay una cesión de datos (lo que es discutible pues se trata de miembros de la propia corporación y no de terceras personas) y por ende cualquier transmisión debe estar justificada conforme al principio de proporcionalidad (así, en el Informe 0016/2013, en un caso de solicitud de un concejal del acceso a información sobre la identidad de las personas que tienen asignados teléfonos móviles corporativos así como el registro de llamadas entrantes y salientes, considera que la primera es proporcionada pero la segunda no).

El tema que, sin embargo, ni me planteaba siquiera, era el de la posibilidad de los representantes locales de hacer uso de la nueva vía de garantía del derecho de acceso creada por la normativa sobre transparencia: un recurso ágil, gratuito y eficaz ante una Autoridad independiente especializada. Que una vez creada esta garantía adicional, materias que por su relevancia tenían una regulación previa como el acceso a la información ambiental o el acceso de los representantes políticos a la información se beneficiarían de esa garantía me parecía evidente, y la razón primera de la referencia a la supletoriedad de la normativa general sobre acceso a la información en lo no regulado en la normativa específica que ya se encontraba en el anterior Anteproyecto de Ley del Gobierno socialista y que adoptó también la actual LTBG⁶.

Sin embargo, he asistido con perplejidad a cómo por parte del CTBG y de algunos Consejos autonómicos se ha interpretado que la garantía de la que goza cualquier ciudadano de interponer una reclamación ante las autoridades independientes especializadas les queda vedada, salvo que oculten su condición de representantes políticos y no aludan a su normativa especial, sino a la normativa general sobre acceso a la información. Aún más, alguna autoridad autonómica también inadmite las solicitudes formuladas por los representantes políticos apelando a la normativa general y «ocultos» como ciudadanos de a pie si llega a advertir que primero solicitaron infructuosamente la información en su condición de representantes conforme a la normativa especial. Se les pone de relieve, en ambos casos, que su condición de representantes políticos les impide acudir a esta garantía (rápida, gratuita; eficaz, en suma) pero que, «en compensación», les abre la garantía de los recursos administrativos y contencioso-administrativo por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales. Se obvia que estas vías se han revelado ineficientes para posibilitar la función de control y rendición de cuentas de los representantes políticos en la oposición, pues estas funciones exigen inmediatez en la respuesta⁷. No hay mayor prueba de ello que constatar, como veremos, que los representantes políticos no han visto el beneficio de esa «compensación» y se han apresurado a plantear reclamaciones ante las nuevas Autoridades administrativas independientes de garantía del derecho de acceso, obteniendo un resultado dispar, pues otras Autoridades autonómicas, por el contrario, sí han afirmado con rotundidad su competencia.

La perplejidad se acentúa si se tiene en cuenta que, en 2015 (por tanto, ya aprobadas la Ley estatal y buena parte de las Leyes autonómicas de transparencia, pero en el año anterior a los primeros pronunciamientos sobre este tema por parte de las Autoridades de control), el propio Tribunal Supremo aportó una argumentación que por su claridad y rotundidad resultaba esclarecedora, y que, como veremos, ha sido una referencia clave en las resoluciones favorables a admitir las reclamaciones por algunas Autoridades de transparencia y para la doctrina. En efecto, en dos sentencias del mismo día⁸, el Alto Tribunal resolvió sendos recursos interpuestos por parlamentarios autonómicos valencianos ante la negativa del Gobierno de la Generalitat a remitirles documentación relacionada con casos de gran repercusión como la situación financiera y cierre de la radio televisión valenciana o el aeropuerto de Castellón. El Tribunal Supremo enmarcó la solicitud de información en el artículo 23.2 CE y precisó que:

«Y, en cuanto a la posibilidad de que los diputados puedan optar entre seguir la vía ofrecida por el Reglamento de la cámara a la que pertenecen o pedir tutela judicial al derecho que les reconoce y que se integra en las atribuciones propias de su cargo público representativo, hay que recordar que *son diversos los supuestos en que los interesados tienen varios caminos a su disposición para buscar la satisfacción de sus pretensiones sin que eso suponga quiebra de*

⁶ En el caso del acceso a la información ambiental se podía aún encontrar un motivo para la duda y no ser pacífico al remitirse expresamente el artículo 20 de su Ley reguladora a las vías generales de recurso, administrativa y contenciosa, como expresé en mi trabajo *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 54-55. No obstante, también en este caso expuse de forma razonada y con detalle mi juicio acerca de la pertinencia de la aplicación supletoria de la garantía en un trabajo monográfico, “El acceso a la información ambiental. Relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, 2016, págs. 125-162.

⁷ M. A. BLANES CLIMENT (<https://miguelangelblanes.com/2017/02/08/los-concejales-pueden-presentar-la-reclamacion-previs-ta-en-las-leyes-de-transparencia/>) subraya la inutilidad del procedimiento preferente judicial para acceder a la información en un plazo razonable, ya que se trata de un procedimiento preferente en primera instancia, pero no en las posteriores, de tal manera que se puede tardar una media de 2 años en obtener una sentencia firme, a lo que se suma el que tarda la Corporación en facilitar la información, con lo que la información puede no ser ya útil ni de interés. Se le suma el coste económico de abogado, procurador y posible condena en costas si se pierde el litigio.

⁸ SSTs de 15 de junio de 2015, Ar. 4591 y 4815.

ningún principio o regla que deban ser observados. Basta con pensar en la posibilidad siempre existente de solicitar la intervención del Defensor del Pueblo o de acudir a vías diferentes de las judiciales para lograr el propósito que se desea. E, incluso, para obtener la tutela judicial hay casos en que son varios los caminos que se pueden emprender como, por ejemplo, sucede cuando cabe ensayar, incluso simultáneamente, el recurso especial para la protección de derechos fundamentales y el ordinario.

Ya al margen de las circunstancias propias de este litigio y como consideración de futuro, hay que decir que, tras la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y para la Comunidad Valenciana, tras la Ley 2/2015, de 2 de abril, de transparencia buen gobierno y participación ciudadana de la Comunidad Valenciana, el derecho de los parlamentarios a la información pública no puede sino verse fortalecido. En efecto, a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto al acceso a la información y a los documentos públicos *no sólo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer el plus añadido imprescindible.*»⁹.

En estos breves párrafos se sintetizan dos ideas que parecen elementales y básicas: que las vías de protección de los derechos a menudo son diversas y acumulativas, y que los medios de los representantes políticos para obtener información para el desempeño de su tarea de representación política no podrán en ningún caso ser inferiores a los que están a disposición de sus propios representados (como he venido defendiendo desde la aprobación de la LTBG) sino que deben ser superiores.

Pues bien, en las líneas que siguen expondré las resoluciones recaídas sobre este asunto y cuál es mi propia valoración jurídica.

II. LAS DIFERENTES POSICIONES DE LAS AUTORIDADES INDEPENDIENTES DE TRANSPARENCIA

En el aún inicial corpus doctrinal de las Autoridades independientes de transparencia, estatal y autonómicas, pueden encontrarse posturas diferentes, que pasamos a sintetizar.

1. La plena libertad de los representantes políticos para determinar el bloque normativo aplicable, con admisión de las reclamaciones sólo en los casos en que se ha invocado expresamente la normativa sobre transparencia, y sin posibilidad de recurrir al «espiguelo» para pretender la aplicación de las previsiones más favorables de uno y otro bloque normativo.

La posición del CTBG fue fijada a raíz de una Consulta que le elevó el Consejo de Transparencia murciano. En síntesis, interpreta que ante una solicitud de información formulada por un representante local, son de aplicación *alternativa* dos bloques normativos: el que regula el derecho de acceso a la información por parte de los representantes locales, en su calidad de tales, con las condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías establecidas en la normativa local; y el que regula el derecho de acceso a la información por los ciudadanos, entre los que se encuentran, también, los representantes políticos en su cualidad de ciudadanos, con las condiciones procedimentales, sustantivas y de garantías establecidas en la normativa sobre transparencia. La primera será la vía «habitual y ordinaria», habida cuenta el alcance del acceso y las garantías jurisdiccionales con las que cuenta. El representante local goza de plena libertad para determinar el bloque normativo aplicable, bastándole para ello decidir si actúa como representante político o como ciudadano, y cuál haya sido su decisión se extrae de qué normativa haya invocado. Si actúa como representante político, en definitiva, carecerá de la garantía de la reclamación ante una Autoridad independiente de transparencia¹⁰.

⁹ La cursiva es mía.

¹⁰ "Consulta sobre aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno a Concejales", formulada por el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia, de 18 de febrero de 2016. El CTBG recuerda que el derecho de acceso a la información por los cargos representativos locales forma parte del derecho fundamental acogido en el arti-

Con posterioridad, ha tenido ocasión de aplicar este criterio al hilo de reclamaciones interpuestas por diversos representantes locales de entidades locales pertenecientes a Comunidades Autónomas que han suscrito convenio con el CTBG para que sea éste el que ejerza la competencia para la resolución de reclamaciones frente a decisiones de sujetos de ámbito autonómico o infra autonómico, todo ello en aplicación de la disposición adicional cuarta de la LTBG.

La aplicación de esta doctrina ha sido la siguiente:

- En las primeras resoluciones dictadas una vez formulado el criterio general, un concejal de un mismo municipio pedía información en representación de su Grupo municipal, sin invocar normativa alguna, a las que el Ayuntamiento no dio respuesta y posteriormente en alegaciones el propio Ayuntamiento manifestó que debían entenderse interpuestas conforme a la normativa local y estimadas por silencio positivo. El CTBG no inadmitió las reclamaciones, ni las consideró estimadas por silencio, sino que entró a conocer sobre el fondo, en aplicación de la LTBG, para estimarla, en un caso, y desestimarlas, en otros¹¹.
- Posteriormente, ha inadmitido las reclamaciones provenientes de solicitudes presentadas por el representante local invocando la normativa local (incluso si el Ayuntamiento las ha tramitado conforme a la LTBG), y admitido las presentadas apelando a la LTBG¹².

culo 23.2 de la Constitución española y reconocido en el artículo 77 de la LBRL. Su desarrollo corresponde a la normativa autonómica sobre régimen local y, en su defecto, se encuentra en los artículos 14 a 16 del ROF. Este derecho tiene dos vías de protección ordinaria (el recurso potestativo de reposición y el recurso contencioso-administrativo) a las que hay que sumar dos garantías adicionales (el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los artículos 114 a 121 LJCA y la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional). Tras la entrada en vigor de la LTBG existen de este modo dos vías en que los concejales pueden ejercer su derecho de acceso. Una la reseñada, que «será la vía habitual y ordinaria de ejercicio del derecho fundamental de referencia debido, sobre todo, tanto al alcance del acceso a la información como a las garantías jurisdiccionales que incorpora», y otra la de la LTBG, conforme a sus reglas y sus propios mecanismos de recurso, incluida la reclamación ante la autoridad independiente.

¹¹ En la Resolución RT 51/2016, de 15 de junio de 2016, se trataba de la solicitud de información acerca del destino de los ingresos obtenidos por el bar ubicado el campo de fútbol municipal, así como de la entrada al campo en los días de competición. La solicitud se presenta sin invocar la normativa de aplicación. Ante la falta de respuesta en el plazo de un mes previsto en la LTBG optó por reclamar ante el CTBG. El Ayuntamiento exponía en sus alegaciones que el solicitante no había invocado la LTBG, sino de su solicitud se deducía que formulaba una pregunta escrita para ser contestada en sesión plenaria en el capítulo de ruegos y preguntas de conformidad con el artículo 97 del ROF. El CTBG reitera la doctrina antes reproducida y señala que «en cuanto respecta al fondo del asunto planteado hay que partir, para su resolución, del objeto del mismo, así como del objeto de la LTAIBG y de su ámbito subjetivo de aplicación». Constata que los clubes de fútbol no están entre los sujetos obligados por la norma, por lo que desestima la reclamación. Obsérvese, no se inadmite por aplicación de la Disposición adicional primera en el entendimiento dado en la Consulta antes comentada. En la Resolución RT 56/2016, de 15 de junio de 2016, se trataba de la solicitud de información acerca de los ingresos obtenidos en concepto de precio público por las escuelas deportivas municipales en un período determinado. La solicitud se presenta sin invocar la normativa de aplicación. Ante la falta de respuesta en el plazo de un mes previsto en la LTBG optó por reclamar ante el CTBG. El Ayuntamiento exponía en sus alegaciones que el solicitante no había invocado la LTBG, sino de su solicitud se deducía que la formulaba de conformidad con la normativa local, por lo que debió entender la solicitud estimada por silencio. El CTBG se remite a la doctrina reproducida en su Resolución RT 51/2016, de 15 de junio de 2016. Estima que al no haberse aplicado precios públicos y no haber, pues, ingresos, no existía información y por ello objeto sobre el que ejercer el derecho de acceso, por lo que desestima la reclamación. Admitida la reclamación, la respuesta debería haber sido, creemos, otra: que procedía dar la información que en este caso era precisamente que no había ningún ingreso. Finalmente, en la Resolución RT 57/2016, de 20 de junio, se presentaron dos solicitudes de información en relación con dos contratos menores, sin obtener contestación. En las alegaciones, el Ayuntamiento adujo que no se había invocado la normativa de transparencia, por lo que era de aplicación la normativa local y debía entender concedida la información por silencio positivo. El CTBG alude a sus Resoluciones 51 y 56/2016. Recuerda que la información sobre contratos debe ser objeto de publicidad activa, lo que no obsta para que pueda solicitarse, y declara el derecho a obtenerla estimando la reclamación.

¹² En la Resolución RT 71/2016, de 12 de julio de 2016 se trataba de dos solicitudes de información presentadas por un concejal de un ayuntamiento asturiano en relación con dos expedientes administrativos: uno, un plan de carreteras y otro, un expediente de contratación. La solicitud se formula con invocación del ROF. Transcurridos los cinco días a los que se refiere el artículo 14.2 ROF, entendió que se había producido el silencio positivo y acudió a los servicios municipales a consultar el expediente pero se le denegó el acceso, ante lo cual dirigió un escrito al Alcalde invocando la vulneración del artículo 23.2 CE. Finalmente, se le concedió el acceso al plan de carreteras y respecto del expediente de contratación se le dirigió un escrito en el que se le informó de que su solicitud se había tramitado conforme a la LTBG, atendiendo que en otras ocasiones había solicitado información, unas veces como concejal conforme al ROF y otras como ciudadano conforme a la LTBG, al no haber invocado la condición de concejal. Concedido el acceso, el solicitante pidió que la información se le remitiera por correo electrónico y en un plazo de diez días, aplicando lo dispuesto en la LTBG. Ante la falta de contestación a su petición, interpuso reclamación ante el CTBG pidiendo que se ordenara la entrega de la información. El CTBG invoca sus resoluciones 51 y 56/2016 y reproduce su doctrina general. Considera que las solicitudes se habían formulado en este caso en la condición de concejal y en conclusión «no cabe presentar una solicitud de acceso a la información de acuerdo con un régimen jurídico y tramitarlo en función de las especificaciones de otro régimen jurídico», por lo que inadmite la reclamación. En la Resolución 205/2016, de 2 de noviembre, estima la reclamación del Alcalde-Presidente de la Junta Vecinal de Bolmir (Cantabria) que

- En sus resoluciones más recientes, en supuestos en que el concejal ha invocado la LTBG y el Ayuntamiento ha alegado que debía aplicarse la normativa local¹³, tras apelar al criterio general antes comentado, ha añadido toda una declaración de principios, en la que pone de relieve la necesidad de determinar el régimen jurídico aplicable «a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar cualquier confusión en el uso de las distintas vías de acceso a la información de que disponen los cargos representativos locales». Y ello por cuanto la vía de la normativa de régimen local y la de la normativa de transparencia «obedecen a lógicas y presupuestos distintos». La primera, a la función de control político en el marco de la democracia representativa, y la segunda a la de control y participación ciudadanos. Cada una de ellas tiene un régimen acabado de procedimiento y garantías procesales y jurisdiccionales, por lo que hay que optar entre ambas, sin que quepa, por parte del representante político solicitante ni de la Administración, recurrir a la técnica del «espiguelo» seleccionando la norma más favorable de cada uno de los grupos normativos, todo ello por un principio de seguridad jurídica¹⁴. De este modo, y en el caso concreto, habiendo invocado el solicitante la LTBG, admite las reclamaciones y aplica ésta y no la normativa local.

Alguna Autoridad autonómica han asumido la doctrina estatal acriticamente, sin aportar un razonamiento propio. Es el caso de la Comisión de Transparencia de Castilla y León, cuyas resoluciones se remiten a la doctrina del CTBG estatal, con expresa alusión a la respuesta que dio a la Consulta 105/2015, de 18 de febrero, y que antes expusimos, y precisan que sólo será de aplicación la normativa sobre transparencia en el caso en que así se indique expresamente en la solicitud¹⁵.

previamente había realizado una solicitud de información con invocación de la LTBG ante el Ayuntamiento de Campoo de Enmedio sobre una subvención para una fiesta vecinal, sin obtener contestación alguna. En la Resolución 282/2016, de 20 de diciembre, presenta la reclamación un vocal de la junta vecinal que había invocado en su solicitud la normativa local, lo que hace la que el CTBG inadmita su reclamación.

¹³ Las Resoluciones RT 192, 194, 195, 196 y 201/2016, de 5 de diciembre de 2016, 198/2016, de 7 de diciembre, 202/2016, de 16 de diciembre, 193, 197/2016, de 27 de diciembre, 199, 200 y 203/2016, de 28 de diciembre, 216/2016, de 17 de enero de 2017, comparten el supuesto de un mismo concejal que remite un escrito a un Ayuntamiento apelando a la LTBG y solicitando diversa información. Ante la falta de respuesta en el plazo de un mes, presenta reclamación ante el CTBG. En las alegaciones el Ayuntamiento aducía que la normativa de aplicación era la de régimen local y que la información solicitada era irrelevante para el control y fiscalización de la actuación municipal puesto que no iban a ser objeto de votación alguna, aparte de que sería una solicitud abusiva porque paralizaría el funcionamiento municipal.

¹⁴ Ambas vías, a pesar de compartir un vínculo común con la cláusula de Estado democrático ex artículo 1.1 de la Constitución, obedecen a lógicas y presupuestos distintos. Por una parte, la vía de acceso a la información contemplada en la legislación de régimen local –Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, legislación autonómica de desarrollo y artículos 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales– se enmarca en la función de «control político» que corresponde al binomio minoría que controla/mayoría que gobierna derivada del principio representativo. Esto es, la idea de control llevado a cabo a través de la minoría en la asamblea representativa local –el pleno municipal– se ubica en la democracia constitucional en un sistema que pretende, entre otras cuestiones, construir la representación política mediante el juego de los principios de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, la vía del acceso a la información contemplada en la LTAIBG se enmarca en el binomio ciudadano/gobierno y administración, configurándose tal vía de acceso como un derecho en virtud del cual «los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones» a fin de, por un lado, someter a escrutinio ciudadano a los responsables públicos, según se proclama en el preámbulo de la LTAIBG y, por otro lado, formar y construir un conocimiento cabal y completo de los asuntos públicos que es permita formar una opinión y participar en el juego político a través de su intervención en los procesos electorales. Tomando en consideración la distinta naturaleza de tales vías cabe advertir que ambas disponen de un régimen jurídico completo y acabado caracterizado por la regulación de un procedimiento de ejercicio del derecho de acceso –solicitud, plazos, formalización del acceso, etc.– y la previsión de diferentes técnicas para garantizar el ejercicio del derecho de acceso que incorporan –garantías procesales y jurisdiccionales–. De este modo, este Consejo considera que no resulta posible acudir por el ciudadano o por la administración a la técnica del «espiguelo» consistente en seleccionar las normas más favorables de distintos cuerpos normativos para dotarse, así, de un régimen jurídico ad hoc y desvinculado de los cauces legalmente establecidos para la creación de un derecho. Entre otros fundamentos de tal aseveración se encuentra la garantía del principio de seguridad jurídica, principio que se entiende como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa», así como «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho. –SSTC 46/1990, de 15 de marzo, F. J. 7, de 14 de febrero, F. J. 5; y 37/2012, de 19 de marzo, F. J. 8, entre otras–».

¹⁵ Así, en las Resoluciones 12 y 13/2016, de 9 de junio, se ventilan dos reclamaciones que traen causa de sendas solicitudes de un Vocal de una Junta Vecinal ante el órgano de gobierno de esta entidad local menor, pidiendo el acta de una sesión y una copia de la grabación, en la primera, y los criterios para el otorgamiento de beneficios a vecinos, en la segunda. La Comisión constata que la petición se realizó en calidad de vocal sin señalar que se optaba por realizar la petición por la vía de la normativa de transparencia, por lo que se aplica el régimen de la legislación local y, por ello, inadmite la reclamación. En la Resolución 21/2016, de 21 de julio y la 25/2016, de 8 de agosto, concejales de un grupo municipal piden información diversa apelando a la normativa local y reclaman por

Paradójicamente, la Autoridad murciana, que formuló la consulta que dio origen al establecimiento de la doctrina comentada, la ha aplicado en sentido contrario, admitiendo su competencia para conocer de las reclamaciones relativas a solicitudes formuladas conforme a la normativa local¹⁶.

2. Una vuelta de tuerca: la limitación de la posibilidad del representante político para acogerse a la normativa general y la consiguiente inadmisión de las reclamaciones cuando antes se solicitó la misma información en calidad de representante político

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA) ha dado un paso más, endureciendo la doctrina estatal. Si ésta parte de la libertad de determinación por el representante político del bloque normativo aplicable, para el Consejo andaluz hay una limitación a dicha libertad, conforme a la cual éste no puede solicitar por la vía de la normativa la información que no obtuvo por la vía de la normativa local o de las peticiones de información a través de la Mesa del Parlamento, en el caso de los parlamentarios autonómicos. Y ello, incluso, si la no obtención no fue debida a la concurrencia de un límite legal, sino a la falta de contestación.

El CTPDA se acercó por primera vez al tema en su respuesta a la Consulta 1/2016, de 11 de mayo de 2016, formulada por un Ayuntamiento, sobre la procedencia de dar información a un concejal sobre las ayudas sociales percibidas por los demás concejales del municipio en cuestión. Se trataba de una cuestión sobre el límite derivado de la protección de datos, pero para resolverlo el CTPDA consideró necesario cuestionarse previamente si las solicitudes de información de los concejales a sus órganos de gobierno están sujetas a la normativa sobre transparencia y, en relación a este tema, cuál es el alcance de la remisión a la normativa específica y a la supletoriedad de la normativa sobre transparencia. Nótese que el Consejo andaluz evacúa su consulta poco tiempo después de que el Consejo estatal haya fijado su doctrina en su respuesta a la Consulta de 18 de febrero de 2016. El CTPDA recuerda el contenido de la normativa estatal sobre acceso a la información por los representantes locales. Aprecia que la remisión a regímenes jurídicos específicos se refiere a «materias» («un criterio estrictamente objetivo o material») y no a sujetos, como ocurriría con los concejales, interpretación abonada por una interpretación sistemática de la propia normativa sobre transparencia, «que en ningún caso prevé una restricción o matización del derecho de acceso a la información pública de índole personal o subjetiva». Concluye que los concejales tienen una doble vía, la de la normativa local, que sería la «habitual y ordinaria» por cuanto cuenta con mayor garantía judicial y no está sometida a las restricciones de la normativa sobre transparencia, y ésta segunda, como ciudadanos que son, con la posibilidad de formular en este caso reclamaciones¹⁷.

haber obtenido sólo información oral. La Comisión inadmite la reclamación habida cuenta de que las solicitudes fueron presentadas en la condición de concejales y con invocación de la normativa local. En la Resolución 30/2016, de 7 de septiembre, un concejal pide información, identificándose en su condición de tal. La denegación apela a la normativa local. La Comisión considera que las solicitudes fueron realizadas en la condición de concejal, sin que el solicitante hubiera señalado que se optaba por realizar la petición de información al amparo de lo dispuesto en la LTBG, por lo que inadmite la reclamación. En la Resolución 61/2016, de 13 de diciembre, cuatro concejales del mismo grupo municipal, incluido su portavoz, solicitan información de gastos e ingresos de las piscinas municipales. La Comisión constata que las solicitudes fueron realizadas en la condición de concejales, sin que se señalara que se optaba por realizar la petición al amparo de la ley de transparencia y por ello inadmite la reclamación.

¹⁶ Resoluciones 30 y la 36/2015, de 17 de mayo, que estiman sendas reclamaciones.

¹⁷ «A la vista de estas consideraciones, y a fin de hallar una lectura integradora de los diversos preceptos en juego, cabe llegar a la conclusión de que el régimen de acceso previsto específicamente por la normativa local no rige de forma única y exclusiva en este ámbito –lo que conllevaría el consiguiente desplazamiento de la LTPA–, y por tanto que no está completamente cerrada a los miembros de las corporaciones locales la fórmula del derecho de acceso ex legislación de transparencia, sin que en modo alguno ésta quede limitada a operar como mero derecho supletorio. Así pues, desde la entrada en vigor de esta legislación, los cargos públicos representativos locales tienen a su disposición dos vías alternativas para canalizar las peticiones de información a los órganos de gobierno. De una parte, en su condición de cargo público, a través de la normativa de régimen local (art. 77 LrBRL y arts. 14-16 ROF), en la que se plasmaría el derecho fundamental ex art. 23.2 CE y, consecuentemente, permitiría acudir al procedimiento preferente de tutela de los derechos fundamentales (arts. 114-121 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) y, en última instancia, interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. O bien, en cuanto ciudadanos, pueden ejercitar el derecho de acceso a la información pública regulado en el art. 24 y siguientes de la LTPA, en cuyo caso, obviamente, podría interponerse ante este Consejo con carácter potestativo la correspondiente reclamación (art. 33 LTPA). La primera de las mencionadas puede considerarse la vía habitual y ordinaria a seguir por los concejales, pues, además de ejercerse a través de ella el repetido derecho fundamental con la aplicación de las correspondientes garantías jurisdiccionales, conduce a un régimen de acceso más amplio en cuanto no está sujeto a las específicas restricciones establecidas en la legislación de transparencia en relación con las solicitudes de información.»

Posteriormente se ha enfrentado al tema en diversas resoluciones.

- En la primera de ellas, el asunto trae causa de una solicitud de información por un concejal actuando como tal, reconducida por el Ayuntamiento a la normativa sobre transparencia. El propio concejal alegaba que interponía reclamación siguiendo el pie de recurso pero que consideraba aplicable la normativa local. El CTPDA parte de su criterio en la Consulta antes expuesto y estima que la elección del bloque normativo efectuada por el solicitante vincula a la Corporación, y por tanto, no puede aplicársele causas de inadmisión de la normativa sobre transparencia. Lo curioso del caso es que, de forma incoherente con su criterio general, y siendo la normativa aplicable la LBRL y el ROF, el CTPDA no inadmite la reclamación sino que la estima, retrotrayendo, por así decirlo, las actuaciones¹⁸.
- En la segunda y en la tercera, el concejal había pedido información como cargo público utilizando un papel con el membrete oficial del Grupo municipal, sin aludir a la normativa de aplicación, en el primer caso, y aludiendo a la normativa local, en el segundo. El CTPDA se remite a la Consulta y a la anterior resolución e insiste «en lo determinante que resulta evitar toda posible ambigüedad o confusión en torno a la vía que el interesado quiere realmente transitar», advertencia dirigida a los solicitantes. En ambos casos, se considera que se había solicitado información como concejal conforme a la normativa local y se inadmite la reclamación¹⁹.
- En la cuarta, el concejal había invocado la normativa autonómica de transparencia y pedía información sujeta, de hecho, a publicidad activa. Previamente había solicitado la misma información invocando la vía local, sin obtener copia de la información sino sólo posibilidad de consulta *in situ*²⁰. El CTPD apela a la Consulta 1/2016, y a las Resoluciones 56 y 82/2016. Recuerda que

¹⁸ Resolución 56/2016, de 13 de julio, un concejal solicita información en materia de nóminas, «en lo que la legislación me ampara como representante público y a los efectos de la labor del control del equipo de gobierno». El Alcalde inadmitió la solicitud más de cinco meses más tarde de su presentación amparándose en la causa de inadmisión de necesidad de previa reelaboración de la Ley de Transparencia y dando como pie de recurso la reclamación potestativa ante el CTBG o en su caso ante el Consejo de Transparencia autonómico (*sic*). Casi tres meses más tarde, el Concejal interpuso reclamación, en la que hacía valer que la normativa aplicable era la normativa local y que no cabía acudir ante el Consejo de Transparencia, lo que hacía sólo «por indicación puesta al pie de la notificación». En sus alegaciones, el Ayuntamiento alegaba, además, que «tampoco queda suficientemente justificada la finalidad legítima de control de gobierno que pretende ejercer el Concejal solicitante» con base en el art. 77 de la LBRL, «teniendo en cuenta que la información que solicita se refiere a situaciones laborales y retribuciones de personal de años atrás y firmes». El CTPDA retoma aquí la Consulta 1/2016, de 11 de mayo. Y extrae como conclusión la siguiente: «Ahora bien, una vez que el cargo representativo local en cuestión ha optado por uno de los referidos bloques normativos que permiten su acceso a la información obrante en su Corporación, esta elección vincula al órgano de gobierno, el cual debe, en consecuencia, aplicar en su integridad dicho grupo normativo, sin que en ningún caso quede a su disposición recurrir, a su albur, al sistema de límites o al régimen de garantías propios del bloque normativo que el solicitante declinó seguir. Tiene, pues, razón el ahora reclamante cuando sostiene que, en la medida en que su petición de información la realizó en su condición de cargo público y en ejercicio del derecho fundamental ex art. 23 CE, la misma debe sustanciarse de conformidad con lo previsto en la LBRL y en el ROF y, por tanto, que su solicitud no puede ser inadmitida a trámite por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz) con base en una causa de inadmisión propia de la legislación en materia de transparencia».

¹⁹ En la Resolución 82/2016, de 3 de agosto, se trata de la solicitud de información por un concejal ante el mismo Ayuntamiento de San Roque sobre datos laborales de un trabajador de una empresa municipal. Se le denegó arguyendo protección de datos personales, con invocación del ROF. El CTPDA se remite a la Consulta 1/2016 y a la Resolución 56/2016. Destaca, en línea con la Resolución 56/2016, que una vez que el cargo representativo opta por uno de los referidos bloques, la elección vincula tanto al órgano de gobierno como al representante local, debiendo en lo sucesivo aplicarse en su integridad dicho grupo normativo, «sin que en ningún caso quede a disposición de las partes recurrir al sistema de límites o al régimen de garantías propios del bloque normativo que el solicitante declinó seguir inicialmente. Y habida cuenta de que la conformación del derecho a la información es muy diferente en los reiterados bloques normativos, al diferir en cuestiones esenciales tales como el trámite de admisión, el sistema de límites y el régimen de recursos, huelga insistir en lo determinante que resulta evitar toda posible ambigüedad o confusión en torno a la vía que el interesado quiere realmente transitar». En este caso la petición se hizo en la condición de cargo público —en papel con el logotipo y el membrete del partido y haciendo constar la condición de concejal, sin invocar la Ley de Transparencia— y se canalizó por la legislación de régimen local —en la reclamación sí se alude a la Ley de Transparencia estatal pero también al ROF y se habla del control «político y jurídico»—. El Ayuntamiento, por ello, la tramitó correctamente por la legislación local y, por ende, las vías de recurso son las ordinarias y no cabe reclamación ante el Consejo de Transparencia autonómico, por lo que se inadmite la reclamación. En la Resolución 86/2016, de 7 de septiembre, un concejal solicita información sobre contratación laboral por el Ayuntamiento, invocando la LBRL y el ROF. El CTPDA apela de nuevo a la Consulta 1/2016 y a las Resoluciones 56 y 82/2016 y se alude a «lo determinante que resulta evitar toda posible ambigüedad o confusión en torno a la vía que el interesado quiere realmente transitar». Por ello, habiendo invocado la normativa local y sólo en la reclamación la Ley de Transparencia, se inadmite la reclamación.

²⁰ Resolución 89/2016, de 14 de septiembre. El concejal solicitó copia de un informe de auditoría externa sobre la gestión y las finanzas del Ayuntamiento de El Ejido, invocando la Ley autonómica de transparencia y la obligación de publicidad activa de ese tipo de informes. Se le ofrece consulta *in situ*. En las alegaciones el Ayuntamiento manifestó que la solicitud era reiteración de otra presen-

en las resoluciones más recientes ha puesto el acento en la necesidad de que se evite cualquier posible confusión o ambigüedad en la utilización de las dos referidas vías alternativas²¹. Añade ahora que «la conveniencia de rehuir todo atisbo de ambigüedad o confusión en el empleo de las reiteradas vías alternativas responde asimismo a exigencias de orden institucional», que se traducirían en la necesidad de evitar a toda costa que el derecho de acceso de la normativa sobre transparencia sea utilizado por el representante público como vía de ejercer su control político que no pudo llevar a cabo a través del cauce *ad hoc*²². En el caso en cuestión, estima que no se aprecia ningún motivo que induzca a confusión: tanto en la solicitud dirigida al Ayuntamiento como en la reclamación presentada ante este Consejo, el solicitante fundamentó su petición única y exclusivamente en la legislación de transparencia y a este marco normativo ciñó toda su argumentación. De hecho, ni siquiera mencionó en dichos escritos que había recabado la información con base en la legislación de régimen local. La solicitud, considera, se presentó, pues, enteramente desvinculada de la anterior petición de información que el reclamante había formulado en ejercicio de su derecho fundamental al ejercicio del cargo público derivado del art. 23.2 CE. Admite, pues, la reclamación, si bien considera que es de aplicación el límite de la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales y que se actuó de forma proporcionada al facilitar la vista de la información pero no su copia. Es decir, la admisión careció, en fin, de consecuencias favorables para el solicitante.

- Las posteriores resoluciones tienen como protagonista no a un representante local, sino autonómico. Se trataba de una parlamentaria del grupo mayoritario de la oposición que solicita información sobre temas de la máxima repercusión política, mediática y judicial relacionado con presuntos casos de corrupción que afectan a la Administración autonómica (ERES y cursos de formación). Formuló la solicitud conforme a la normativa de transparencia y la presentó a través del Portal de Transparencia autonómico. La Consejería afectada decretó la ampliación del plazo para resolver, habida cuenta de la complejidad y el volumen de la información solicitada y, no obstante, tampoco resolvió en el plazo ampliado de tal forma que la parlamentaria interpuso reclamación, en la que expuso que previamente había tratado de obtener la información por diversas vías parlamentarias, sin obtener respuesta pese al compromiso del Gobierno andaluz de facilitarla. Solicitó además que se ordenara la incoación de procedimientos disciplinarios y sancionadores, como prevé la normativa autonómica en caso de falta de resolución en plazo²³. La Administración no alegó en

tada con base en los artículos 23 CE, LBRL y ROF, que se desestimó dando la posibilidad de consulta *in situ*. Además, argumentó esa desestimación en el límite de la protección de datos y, añadió, apelando ya a la Ley de Transparencia autonómica, que estaba en juego el carácter reservado de las diligencias sumariales a las que se había incorporado dicho informe por lo que ponderando se había otorgado el acceso habida cuenta de la condición de concejal pero con denegación de la entrega en formato digital o papel. Un resumen ejecutivo de este informe se había puesto a disposición del público en la web municipal.

²¹ Aquí trae a colación las Resoluciones 82 y 86/2016.

²² «Pero, de otra parte, la conveniencia de rehuir todo atisbo de ambigüedad o confusión en el empleo de las reiteradas vías alternativas responde asimismo a exigencias de orden institucional. Frente a la legislación de régimen local, en la que el derecho al acceso a la información se regula como integrante del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo –y, por tanto, se desenvuelve en el marco de las relaciones políticas e institucionales entre éste y el gobierno municipal–, el derecho conformado en la legislación de transparencia responde a una diferente finalidad institucional, por cuanto se dirige a los ciudadanos en general al objeto de que “puedan juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables políticos y decidir en consecuencia” (Preámbulo de la LTAIBG, apartado I). Se trata este último, pues, de un derecho ajeno a la función de control político que a los concejales corresponde ejercer sobre la acción de gobierno. Por consiguiente, so pena de distorsionar el entero sistema institucional, el derecho de acceso a la información pública configurado en la legislación de transparencia no debe ser instrumentalizado a modo de fórmula para prolongar o extender artificialmente las vías de control político del gobierno municipal por parte de los concejales. En suma, como adelantamos, también por razones de índole institucional, el concejal que, en su condición de ciudadano, decida canalizar su petición de información a través de la LTPA, ha de evitar toda ambigüedad que pueda hacer entender que la misma se despliega en el ámbito de las relaciones políticas entre los cargos electos locales y los órganos de gobierno municipal.»

²³ Resoluciones 96 y 97/2016, de 19 de octubre de 2016, conocen la reclamación de una Parlamentaria andaluza, que formuló su solicitud a través del Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía, en relación, en el primero de ellos, con el dinero recuperado de subvenciones al programa de formación profesional para el empleo (en ejecución de las resoluciones de reintegro por importe de 72 millones de euros), y en el segundo, respecto del dinero reclamado y recuperado de los Expedientes de Regulación de Empleo. Ambas solicitudes se dirigieron a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, como responsable del control de ingresos pero se redirigieron por ésta a la Consejería de Empleo. Ésta acordó prorrogar el plazo para resolver, «debido al volumen y complejidad de la información solicitada», pero no resolvió siquiera en el plazo prorrogado al doble. En la reclamación, la solicitante expone que se trata de una persistencia en la denegación de información, puesto que la había solicitado también desde un año antes en sede parlamentaria con una proposición no de Ley que había culminado con el compromiso expreso del Gobierno andaluz de ofrecer la información, que no se cumplió. Tampoco la había obtenido en las comparecencias parlamentarias de los Consejeros de Hacienda y de

ningún momento la incompetencia del CTPDA. Sin embargo, éste se lo plantea *motu proprio*²⁴. El CTPDA acude al Reglamento del Parlamento autonómico, que prevé diversos cauces para solicitar información en el marco del control político. Reconoce a continuación que conforme a su doctrina elaborada respecto de los concejales, que cabe proyectar a este supuesto *mutatis mutandi*, el cargo político puede también actuar por la vía de la normativa de transparencia «en su condición de simple ciudadano». Trae a colación al respecto la doctrina que hemos venido exponiendo, establecida en la Consulta y precisada en las anteriores resoluciones, incluyendo la necesidad de evitar toda ambigüedad y confusión²⁵. El salto respecto de ellas es que aquí se inadmite la reclamación pese a haber presentado la solicitud conforme a la normativa de transparencia, sin ambigüedad alguna por la vía del Portal de Transparencia autonómico. Es el dato de haber acudido previamente sin respuesta a la vía parlamentaria, expuesto por la propia solicitante en sus alegaciones para justificar el porqué de su posterior uso de la vía general, el que se utiliza argumentalmente para inadmitir la solicitud, de tal modo que, y he aquí el salto, la proscripción de ambigüedad ya no se predica de la normativa invocada por el solicitante, como hasta ahora, sino que el haber acudido previamente a la vía de acceso a la información como representante político (la «habitual y ordinaria», en palabras del propio Consejo, y supuestamente más garantista), sin resultados, por un reiterado incumplimiento de la obligación de dar información necesaria para el control político, lo que se convierte ahora en un impedimento para el ejercicio del derecho de acceso a la información que al representante político le está abierto, como a cualquier persona –nacional o extranjero,

Empleo, ni en el control ordinario ni en la correspondiente Comisión de Investigación ni en las solicitudes de información presentadas como Parlamentaria a través de la Mesa del Parlamento. En la segunda solicitud añadía que «siendo consciente de que ese Consejo de Transparencia carece de competencias sobre la falta de información del Parlamento de Andalucía, estos hechos circunscritos a la labor parlamentaria de la recurrente se detallan brevemente como complemento a la circunstancia de la imposibilidad de acceder por ninguna vía a la información solicitada [...] Estas dificultades han hecho que tuviera que acudir al portal de transparencia de la Junta de Andalucía para obtener, lamentablemente, otra negativa más al acceso a la información requerida». Solicitaba que se ordenara a la Junta de Andalucía que contestara la solicitud y se incoaran expedientes disciplinarios y sancionadores conforme a la Ley autonómica de Transparencia. En ambos casos, en las alegaciones, el órgano competente de la Consejería de Empleo adjuntó una resolución de inadmisión –dictada una vez recibida notificación del CTPDA para la presentación de alegaciones– por la que se inadmite la solicitud al requerir de una acción previa de reelaboración, alegando incluso la obligación, contemplada en la Ley autonómica, de «realizar el acceso a la información de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, concretándose lo más posible la petición» (pese a que como se indicó la solicitud era manifiestamente concreta). A lo que añadía que la inadmisión se llevaba a cabo sin perjuicio de que pudieran concurrir límites al derecho de acceso. Dos meses más tarde, se remitió un informe complementario –la resolución no precisa quién lo emitió– dando cuenta de la comparecencia de la Consejera de Hacienda y Administración Pública en Comisión parlamentaria, a la que asistió la solicitante, ofreciendo información de las sumas recaudadas en los cursos de formación y asimismo, días más tarde, un escrito del Secretario General de Empleo, en el que se adjuntaba la notificación a la solicitante del informe complementario, con el que se daba «respuesta a su solicitud de acceso a la información pública». Respecto de los ERES, la Consejera informó que no tenía la información que se le pedía por cuanto se trataba de procedimientos en los que intervenía también la Agencia estatal tributaria.

²⁴ «Esta reclamación presenta una singularidad que exige que nos planteemos, como cuestión previa, la propia aplicabilidad de la legislación de transparencia al supuesto sometido a nuestra consideración. De esto tendremos ahora que ocuparnos. Ésta es, en efecto, la primera vez que se suscita ante nosotros un caso relativo a una petición de información formulada por un miembro del Parlamento que reproduce una cuestión que ya había dirigido al Gobierno en ejercicio de sus funciones parlamentarias. En consecuencia, el interrogante previo que hemos de resolver estriba en determinar si resulta de aplicación al presente supuesto lo previsto en el segundo apartado de la Disposición adicional cuarta de la LTPA; precepto que reproduce literalmente el segundo apartado de la Disposición adicional primera de la LTAIBG.»

²⁵ Considera que «por obvias razones, este criterio doctrinal acuñado en el marco de las Corporaciones locales resulta, si cabe, aún más clara y estrictamente aplicable cuando se proyecta al ámbito parlamentario», pues «a este respecto, no debe soslayarse que el Tribunal Constitucional ha destacado el carácter autónomo de la esfera propia de las relaciones políticas entre Ejecutivo y Legislativo cuando ha tenido que resolver recursos de amparo planteados frente a la falta de contestación o la respuesta insatisfactoria por parte del gobierno de peticiones de información efectuadas por parlamentarios», lo que apoya en cita de dos sentencias del Tribunal Constitucional de principios de los noventa que inadmiten sendos recursos de amparo considerando que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión por el Tribunal Supremo en los años ochenta de los recursos interpuestos por parlamentarios a los que se les denegó información (SSTC 196/1990, de 29 de noviembre y 220/1991, de 25 de noviembre). El argumento probablemente no es afortunado, por cuanto se trata de sentencias anteriores a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa que prevé expresamente en su artículo 2.a) la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, «todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos» y, es más, como veremos con detalle más adelante, el propio Tribunal Supremo ha insistido en la idea de la protección reforzada del derecho de acceso a la información de los parlamentarios autonómicos, precisamente por su vinculación con el artículo 23 CE, en su Sentencia de 15 de junio de 2015, Ar. 4815. Es más, tanto el CTBG estatal como el CTPD de Andalucía parten de que el derecho a la información de los representantes políticos goza de la protección judicial preferente y sumaria como un plus añadido a la protección judicial del derecho a la información del común de los ciudadanos...

pública o privada, física o jurídica, ni siquiera necesariamente ciudadano— por la normativa sobre transparencia²⁶. Inadmite, en fin, la reclamación²⁷.

- La última de las reclamaciones sobre este tema resuelta por el CTPDA a la hora de redactar estas líneas tiene como presupuesto la solicitud de información de un concejal, realizada primero verbalmente en el Pleno y posteriormente, a instancias del Alcalde, por escrito, con la firma de los tres concejales del grupo municipal. Se tramitó por el Ayuntamiento conforme a la normativa sobre transparencia, si bien en realidad se consideró que no se trataba de información pública a los efectos de esta normativa. Reclamó entonces ante el CTPDA²⁸. Sin que el Ayuntamiento lo hubiera alegado,

²⁶ «Tras el examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso, no puede sino llegarse a la conclusión de que con la solicitud de información formalmente presentada al amparo de la LTPA no se pretendía sino proyectar, prolongar o extender artificialmente a un ámbito institucional ajeno la función de control político del gobierno que corresponde a la ahora reclamante en cuanto miembro del Parlamento.». Las circunstancias en cuestión son las infructuosas actuaciones precedentes y coetáneas de la diputada para obtener la información en vía parlamentaria, manifestadas por la propia reclamante en su escrito de reclamación: «Así se desprende ya del propio escrito de reclamación, en donde se revela explícitamente que la presentación de la solicitud responde a la ineficacia mostrada por las diversas iniciativas que había emprendido la solicitante en su condición de Diputada del Parlamento de Andalucía para acceder a la información pretendida; fundamentalmente, una Proposición no de Ley en Comisión, que fue aprobada el 10 de marzo de 2016, y diversas comparecencias sustanciadas en sede parlamentaria de la Sra. Consejera de Hacienda y Administración Pública y del Sr. Consejo de Empleo, Empresa y Comercio (véase Antecedente 4.º). Si esta circunstancia ya pone de manifiesto una inadecuada utilización del derecho de acceso ex art. 24 LTPA ajena a su finalidad institucional, por cuanto la solicitud vendría a insertarse como un elemento más en la actuación de control del gobierno, otros factores no vienen sino a ratificar esta apreciación. Pocos días antes de que formulara la solicitud de información que está en el origen de esta reclamación (15 de mayo), la solicitante había presentado una iniciativa parlamentaria que tenía por objetivo recabar la misma información (9 de mayo) y que sería admitida a trámite por la Mesa del Parlamento el día 11 de mayo, a saber, una pregunta oral en Comisión dirigida a la Consejería de Hacienda y Administración Pública (BOPA, núm. 233, de 23 de mayo de 2016, pág. 41). Y ese mismo día 9 de mayo el Grupo Parlamentario al que pertenece la ahora reclamante había asimismo registrado una solicitud de comparecencia ante la Comisión de Hacienda y Administración Pública de la Consejera de Hacienda y Administración Pública relativa al mismo asunto (BOPA, núm. 231, de 19 de mayo de 2016, pág. 92). Así pues, la reclamante recurrió a la legislación de transparencia cuando aún no habían podido sustanciarse las referidas iniciativas parlamentarias, provocando así que se mantuvieran simultáneamente abiertas las dos vías alternativas de acceso a la información cuya estricta separación venimos sosteniendo en nuestras Resoluciones. Y una vez presentada la solicitud de información, formularía más preguntas relativas al reintegro de las reiteradas subvenciones, que serían admitidas a trámite por la Mesa del Parlamento los días 22 de junio y 6 de julio de 2016 (BOPA, núm. 263, de 5 de julio de 2016, pág. 90 y BOPA, núm. 269 de 15 de julio de 2016, pág. 10, respectivamente). Pero es que, además, cuando ya se encontraba en tramitación esta reclamación (presentada el 22 de julio), la solicitante registraría el 31 de agosto una pregunta para respuesta oral en Pleno «relativa al importe recuperado de expedientes de reintegro de subvenciones de formación profesional para el empleo», que fue admitida a trámite por la Mesa del Parlamento el día 1 de septiembre (BOPA, núm. 296, de 7 de septiembre de 2016, pág. 43). Pregunta que sería respondida por el titular de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio en sesión plenaria celebrada el 8 de septiembre, en donde ofrecería el dato del que disponía «a día de hoy» (DSPA núm. 51, de 8 de septiembre de 2016, pág. 77). Se produjo, en suma, la mixtura o yuxtaposición de ambos regímenes jurídicos de acceso a la información, que era precisamente lo que trataba de evitar el legislador con el segundo apartado de la Disposición adicional cuarta de la LTPA. Por lo demás, de los perturbadores efectos que esta práctica genera en el conjunto del sistema ya advierte lo sucedido en este caso: como ya señalamos arriba, el 15 de septiembre, cuando todavía se hallaba en tramitación esta reclamación, se sustanció la citada comparecencia de la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública ante la Comisión, a la que asistió la reclamante en representación de su Grupo Parlamentario, en donde la Consejera ofreció los datos a los que ésta pretendía acceder con la solicitud de información que nos ocupa (véase Antecedente 8.º). Y a raíz de esta comparecencia el titular de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio ha dado respuesta a las diversas preguntas formuladas por la ahora reclamante sobre este asunto que aún se encontraban pendientes de contestación, remitiéndose precisamente a la información suministrada por la Consejera de Hacienda ante la Comisión (BOPA, núm. 315, de 4 de octubre de 2016, págs. 5, 6, 7, 15 y 18). El presente caso ejemplifica, pues, con toda evidencia, la necesidad de que el cargo público representativo que decida canalizar su petición de información a través de la LTPA —actuando, por tanto, como simple ciudadano— eluda cualquier confusión que pueda hacer entender que la misma se despliega en el ámbito de las relaciones políticas entre los cargos electos y los órganos de gobierno. Exigencia que, como hemos comprobado, ha distado mucho de satisfacerse en este supuesto, lo que ha de conducir a la inadmisión de la presente reclamación. Pues, ciertamente, como apuntamos en la Resolución 89/2016 y ahora resulta pertinente reiterar, «so pena de distorsionar el entero sistema institucional, el derecho de acceso a la información pública configurado en la legislación de transparencia no debe ser instrumentalizado a modo de fórmula para prolongar o extender artificialmente las vías de control político del gobierno...» En el caso de los ERES, se inadmite también y se apoya la inadmisión en el propio escrito de reclamación, «en donde se revela explícitamente que la presentación de la solicitud responde a la ineficacia mostrada por las diversas iniciativas que, desde hacía más de un año, había emprendido la solicitante en su condición de Diputada del Parlamento de Andalucía para acceder a la información pretendida, mencionando de forma específica la aprobación, el 10 de marzo de 2016, de una Proposición no de Ley en Comisión que había comprometido al Gobierno a este respecto».

²⁷ Quizás podría aplicarse aquí el adagio «*hard cases make bad law*». El Auto núm. 184 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de Sevilla, en relación con la Resolución 96/2016, consideró que había habido satisfacción extraprocésal ya que en el expediente la Administración hizo constar la respuesta que finalmente dio a la solicitud de información en sede parlamentaria. El Auto, por tanto, no entra en el fondo de la cuestión que aquí se analiza, aunque parece más bien favorable a estimar la competencia del Consejo, ya que éste había alegado inadmisibilidad o *subsidiariamente* satisfacción extraprocésal, y fue este último el argumento acogido.

²⁸ Resolución 18/2017, de 8 de febrero (Ayuntamiento de Frigiliana). Se solicitaba información sobre el fundamento legal para el aumento del número de tenientes de alcalde.

de nuevo éste se plantea de oficio la admisibilidad. Y, consciente de que diversos Consejos autonómicos están resolviendo en sentido inverso, hace un esfuerzo adicional por añadir argumentos a su favor. Por una parte, se apoya en la *auctoritas* del CTBG estatal (y manifiesta que su doctrina «es, en lo fundamental, la que igualmente sigue el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno»). Por otra, aporta ahora un argumento que no había manejado hasta el momento: la enmienda presentada durante la tramitación en el Congreso de los Diputados del Proyecto de LTBG que fue retirada, y que precisaba que cabía la reclamación en aquellas materias que tienen una regulación específica de acceso²⁹. Añade que eso no significa «en modo alguno» que los concejales tengan una menor protección que la generalidad de la ciudadanía en el marco de la legislación reguladora de la transparencia, pues pueden libremente optar entre los dos regímenes vinculando su elección tanto al órgano de gobierno como al propio concejal (obviando que en la resolución anterior, en que la parlamentaria había optado por el régimen de la Ley de Transparencia de forma expresa y a través del cauces procedimental creado *ad hoc* para ello, el Portal de Transparencia). Eso sí, evitando toda confusión entre ambas vías porque «sencillamente, a nuestro juicio, no se puede pretender seguir uno de tales grupos normativos a unos efectos y abandonarlo a otros efectos». Aplicada esta doctrina al caso, declara la inadmisión puesto que, habida cuenta de los datos en juego, la solicitud se presentó como concejal y conforme a la normativa local³⁰.

En definitiva, el Consejo andaluz va un paso más allá que el estatal. No sólo inadmite las reclamaciones cuando las solicitudes se han planteado de conformidad con la normativa que regula el acceso a la información de los representantes políticos, sino que, además, los representantes políticos no son libres de elegir una vía (la de la normativa de transparencia) tras haber intentado antes la otra (la de la normativa parlamentaria o local). El balance, finalmente, es que ningún parlamentario o concejal andaluz, haya actuado en su condición de tal o en la de ciudadano, ha obtenido información adicional a través de reclamaciones ante el CTPDA.

3. La competencia de las Autoridades de transparencia para conocer las reclamaciones presentadas por representantes políticos, también cuando se invoca la normativa especial, por la aplicación supletoria de la normativa general sobre transparencia y acceso a la información y la procedencia del «espiguelo» a la hora de aplicar las normas sustantivas o procedimentales de la normativa general si son más favorables al derecho de acceso.

Un criterio bien diferente a los anteriores es el sentado por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP), y adoptado posteriormente por otras Autoridades autonómicas de transparencia.

²⁹ «Que las materias cubiertas por un régimen específico de acceso a la información quedan al margen de estas reclamaciones –por mandato de la Disposición adicional primera LTAIBG–, es la interpretación que asumió con toda evidencia el legislador, tal y como se desprende del análisis de la tramitación parlamentaria de dicha Ley. Así es; precisamente porque los parlamentarios partían de dicha lectura es por lo que aquellos partidarios de abrir las reclamaciones a estas materias consideraron imprescindible que se recogiese expresamente esta posibilidad en el texto de la Ley en formación. En esta línea, la enmienda núm. 476 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario socialista pretendía la siguiente modificación del art. 21.1 del Proyecto (actual art. 24.1 LTAIBG): “Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso, incluidas las que puedan adoptarse en relación con materias que se rijan por normativa específica, podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia...”. La motivación de la enmienda era, por lo demás, obvia a la vista de la interpretación de la Disposición asumida por la generalidad de los parlamentarios: “Extender la posibilidad de reclamación potestativa ante el Consejo Estatal de Transparencia y Acceso a la Información Pública a aquellas materias que tienen una normativa específica de acceso a la información” (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, pág. 250). La enmienda no se incorporaría al Informe de la Ponencia, y el Grupo Parlamentario Socialista no la mantendría para su debate en el Pleno (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 19-5, de 9 de septiembre de 2013, pág. 28). Su rechazo no vendría, pues, sino a ratificar y hacer aún más visible que la *voluntas legislatoris* fue excluir a las materias mencionadas en la repetida Disposición adicional de la reclamación potestativa ante las autoridades independientes de control. Inequivoca voluntad del legislador que este consejo no puede soslayar en sus resoluciones.»

³⁰ «Así se desprende ya con toda evidencia de la circunstancia de que fuera durante una sesión plenaria cuando la ahora reclamante inquiriese por vez primera al alcalde Presidente acerca del artículo del ROF que permitía que se hubiese elevado a cuatro el número de Tenientes de Alcalde de la Corporación. Y la posterior petición, presentada por escrito, de que el secretario interventor elaborase un informe sobre tal cuestión, no se formuló como una solicitud de información en el marco de la LTPA. Por otra parte, tampoco en el escrito de reclamación presentado ante este Consejo se argumenta en torno a una posible inobservancia de la LTPA ni, de hecho, se hace ninguna mención a la legislación en materia de transparencia. Antes al contrario, en dicho escrito se reconoce explícitamente que la pregunta la formuló “como concejal miembro de la corporación actual...”».

Desde la primera vez que se le planteó, la Autoridad catalana ha venido admitiendo a trámite las reclamaciones de electos locales, a las que, si se identifican como tales y piden información a su respectivo ente local, les aplica las disposiciones de la normativa local, por ser un régimen especial en el sentido de la disposición adicional primera³¹, y supletoriamente la Ley de Transparencia autonómica. Una de las consecuencias de esta supletoriedad es la extensión a estas solicitudes de la posibilidad de interponer la reclamación voluntaria y gratuita, prevista en la normativa de transparencia, lo que «también» se justifica en que sería un contrasentido que los concejales tuvieran menores garantías que el resto de los ciudadanos³². Es más, en cuanto al régimen sustantivo y procedimental, precisa que tendrá lugar la aplicación preferente de la normativa específica «especialmente si son más favorables al acceso», como ocurre con la regulación de los límites³³, aunque «eso no quita que, si se diera el caso, en virtud de la especial relevancia que nuestro ordenamiento jurídico vigente da al derecho de acceso a la información pública, seguramente habría que aplicar las disposiciones de la LTAIPBG, que son posteriores, más favorables al acceso, con preferencia a las de la LMRLC». De este modo, la condición de representante político juega en sentido favorable a una mayor posibilidad de acceso a la información (por ejemplo, en la interpretación de los límites). Este criterio lo aplica cualquiera que sea la normativa que se haya invocado, de transparencia, local o ninguna, al considerar que no es exigible la invocación de normativa alguna.

Al poco de sentar esta doctrina general, hubo de hacer frente a un cuestionamiento directo de su competencia por parte de la entidad reclamada, una Diputación, lo que le obligó a desarrollar sus argumentos³⁴. Admitió sin ambages que la normativa local es una regulación específica a los efectos de la normativa sobre transparencia, caracterizada por el sujeto que la ejerce y su conexión con el derecho fundamental a la participación política, por lo que diseña un régimen reforzado de acceso del que es expresiva la previsión en la normativa local de que los representantes locales tendrán en todo momento acceso libre o directo sin necesidad de solicitud escrita a la información que sea de libre acceso para la ciudadanía, «en lo que se puede considerar una remisión dinámica a la legislación de transparencia vigente en cada momento». Se apoya, además, en las sentencias de 15 de junio de 2015 del Tribunal Supremo, a las que antes hicimos alusión.

³¹ En Cataluña, el artículo 164 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local de Cataluña, que es más favorable que el estatal, con plazo de resolución de 4 días y derecho incondicionado a copia, entre otros.

³² Esta línea doctrinal la inicia la Resolución de 11 de febrero de 2016, de finalización de la reclamación 4/2016, que sienta la doctrina después reproducida y aplicada en las posteriores resoluciones. El caso era el de la solicitud de información presentada por concejales de un grupo municipal en su condición de tales, a la que su Ayuntamiento no da respuesta. El razonamiento y la conclusión son los siguientes: «Una de las cuestiones no reguladas por la LMRLC, que sólo dedica al derecho a la información de los miembros de las corporaciones locales el precepto citado más arriba y poco más, es la previsión de una vía específica de garantía que pueda proteger el ejercicio de este derecho, de modo que si las solicitudes de información no son atendidas debidamente, el único remedio que tendrían los concejales o concejalas solicitantes sería el recurso contencioso administrativo. A partir de la entrada en vigor de la LTAIPBG esta falta de garantía específica queda cubierta por la regulada en sus artículos 39 a 43, que son de aplicación supletoria a la legislación de régimen local, por lo que proporcionan a los miembros de las corporaciones locales una vía gratuita y voluntaria, previa eventualmente al contencioso administrativo, para garantizar la efectividad de su derecho a la información. El acceso de los electos locales a esta vía de garantía de su derecho a la información de la respectiva entidad también se justifica en el hecho de que no tendría ningún sentido que los concejales, en el ejercicio de un derecho fundamental como es el del artículo 23 de la Constitución, tuvieran menores garantías para ejercer su derecho específico de acceso que el resto de los ciudadanos, que sí cuentan con la protección adicional y gratuita de la GAIP. En definitiva, la garantía del derecho de acceso proporcionada por la reclamación ante esta Comisión es aplicable en defensa del derecho de los concejales y de las concejalas a obtener información de su propio Ayuntamiento, con la condición de que para la resolución de estas reclamaciones la GAIP debe aplicar preferentemente el derecho a la información regulado por el artículo 164 LMRLC y por las demás disposiciones de la legislación de régimen local que sean de aplicación, especialmente si son más favorables al acceso, y sólo supletoriamente las disposiciones de la LTAIPBG (eso no quita que, si se diera el caso, en virtud de la especial relevancia que nuestro ordenamiento jurídico vigente da al derecho de acceso a la información pública, seguramente habría que aplicar las disposiciones de la LTAIPBG, que son posteriores, más favorables al acceso, con preferencia a las de la LMRLC).».

³³ En esta misma resolución, se apunta ya que los límites al derecho de acceso de los electos locales son los del 164.3 LMRLC (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, secretos oficiales o secreto sumarial), «mucho más limitados que los establecidos por los artículos 21 y siguientes de la LTAIPBG. Esta desigual regulación de los límites aplicables al acceso a la información es perfectamente comprensible, ya que se justifica tanto en la lógica mayor intensidad del derecho de acceso cuando es ejercido por miembros de una corporación local, en relación con información de la respectiva administración, como en el hecho de que estos representantes públicos quedan vinculados al deber de respetar la confidencialidad de la información obtenida en ejercicio de este derecho».

³⁴ En la Resolución de 7 de julio de 2016, que trae causa de la reclamación 34/2016, la entidad reclamada discute la competencia de la GAIP. El solicitante es el portavoz de un grupo de una Diputación catalana que pide información sobre el listado de movimientos del anticipo de caja fija de un área de la Diputación y las facturas y justificaciones correspondientes. Presentada reclamación, la Diputación alegó que la GAIP no es competente porque ninguna norma le atribuye funciones de tutela del derecho de los cargos electos, siendo las vías el recurso de reposición y la tutela judicial, por el procedimiento ordinario o por el especial de protección de los derechos fundamentales.

Por eso mismo, sería incoherente privar a los representantes locales de un mecanismo adicional de garantía de utilización potestativa y que no empece para el uso de los demás ya disponibles antes de la aprobación de la normativa sobre transparencia, sin que la normativa local prohíba su existencia ni sea incompatible con ella. Máxime, cuando se trata de una normativa anterior en el tiempo, por lo que no pudo remitirse a ella. Además, en esta resolución, aplica el límite de la intimidad, previsto en la normativa local catalana, y no el de la protección de datos de la normativa sobre transparencia, si bien lo confronta, en la ponderación, con el interés público en la divulgación al que se refiere la normativa general sobre transparencia y acceso a la información (lo que le lleva a considerar que prevalece el interés de los representantes locales en conocer cómo se gasta el dinero público con tarjetas bancarias en poder de los cargos públicos), prevalencia que se ve fortalecida por el deber de confidencialidad que, conforme a la normativa local, pesa sobre los electos locales respecto de la información a la que tengan acceso por razón de su cargo, y que prohíbe que se haga una difusión indebida de esta información (y que no impide la denuncia de comportamientos ilegales que puedan afectar al uso de las tarjetas, pero sí la utilización de la información obtenida para fines ajenos a las funciones del cargo electo, difundir los gastos realizados cuando se encuentren justificados y se ajusten a la legalidad e incluso difundir datos de actuaciones ilegales que puedan afectar a la intimidad y que no sean de interés público). Sobre el período de tiempo que puede abarcar la solicitud de información y, en concreto, si ha de ceñirse al mandato actual, como alegaba la Diputación, considera que no existe límite alguno, pues para ejercer adecuadamente las funciones es también necesario conocer los antecedentes y, al respecto, toma de nuevo en consideración que la normativa general sobre transparencia y acceso a la información no establece limitación temporal alguna, por lo que «si cualquier ciudadano, al amparo de la legislación de transparencia (que no establece ninguna limitación temporal a las informaciones que se pueden pedir), puede solicitar acceso a informaciones de mandatos precedentes, sin necesidad de motivar su solicitud (artículos 18.2 y 26.2 LTAIPBG), con más razón deben poder hacerlo los cargos electos locales. En caso contrario se impediría la exigencia de responsabilidades políticas y jurídicas una vez finalizado el mandato corporativo y se vaciaría de contenido la función de control y fiscalización de los cargos electos de la oposición». Asimismo, interpreta en sentido favorable al acceso, en línea con la normativa general sobre transparencia y acceso a la información, la normativa local en cuanto a la innecesariedad de motivar la solicitud o el derecho a obtener copias.

Resoluciones posteriores han puesto aún más de relieve cómo la condición de representante local, y la importancia del derecho fundamental *ex art.* 23.2 CE que ejercen, juega un papel a veces decisivo en la ponderación, inclinando la balanza en favor de la transparencia cuando colisiona con otros derechos constitucionales como el derecho a la intimidad (o el acceso a datos «especialmente protegidos» en la nomenclatura de la normativa sobre protección de datos). Así, ha justificado que se dé acceso a datos de infracciones y sanciones prescritas referidas a cargos electos, personal directivo, de confianza y eventual de la Administración municipal y de sus entes instrumentales (que se negarían a un ciudadano común por imperativo de lo dispuesto en el art. 15.1 LTBG)³⁵. Y en que la normativa general sobre transparencia no es

³⁵ Así en las Resoluciones de 14 de septiembre de 2016, 78, 116, 117 y 118/2016 (acumuladas). El solicitante era un grupo municipal que reclamaba información sobre infracciones y sanciones prescritas referidas a cargos electos, personal directivo, de confianza y eventual de la Administración municipal y de sus entes instrumentales. Apelan a la normativa local catalana. La GAIP reafirma su competencia. Por lo demás, el Ayuntamiento implicado no lo cuestionaba. Considera que entre los límites contemplados en la normativa local sólo podría jugar el relacionado con la intimidad personal. Al respecto, entiende que si quien solicitara la identificación fuera un ciudadano, y no un concejal (en este caso, un grupo municipal), se tendría que denegar el acceso por imperativo del límite contenido en la normativa sobre transparencia ya se trata de un dato especialmente protegido, y el acceso se condiciona en este caso al consentimiento expreso del afectado o una norma con rango de ley lo ampare (pese a que como certeramente afirma el GAIP, «ciertamente, existirían argumentos materiales ligados al control ciudadano de la honorabilidad de los gobernantes que podrían justificar conceder acceso a las infracciones administrativas que hayan podido cometer, al menos mientras ocupen el cargo»). «Sin embargo, la posición de los concejales es distinta de la de la generalidad de la ciudadanía». La normativa local no se apoya en los conceptos de «datos personales» y «datos especialmente protegidos» sino en el de «intimidad». Ciertamente la categoría de «dato íntimo» y «dato especialmente protegido» en gran medida se yuxtaponen pero «no parece ser el caso de determinados datos relativos a la comisión de infracciones y sanciones administrativas», como no lo eran en el artículo 37 Ley 30/1992 y como piensa un amplio sector doctrinal. En todo caso, no quedaría afectada la intimidad si no se da acceso al conocimiento de las concretas infracciones cometidas (que pueden revelar datos de salud, vida sexual...), sino sobre el número de denuncias y sanciones administrativas archivadas en relación con una determinada persona «y menos aún si esta persona tiene la condición de cargo electo, de alto cargo o de personal directivo de la Administración municipal o de sus entes instrumentales. En cambio, existe un interés público evidente en el control del correcto ejercicio de la potestad sancionadora municipal, y el acceso por parte de los concejales de la oposición a la identidad de los cargos públicos municipales a los que se han archivado expedientes sancionadores en un período de tiempo determinado es necesario a fin de que aquellos puedan ejercer debidamente su tarea esencial de control y fiscalización de la actividad del consistorio (artículos 22.2.a LBRL y 52.2 a TRLMRLC)

aplicable a los electos locales en aquello que pueda resultar más restrictivo, pero sí en lo que pueda reforzar su derecho de acceso³⁶.

Otros Consejos autonómicos han seguido la vía del catalán.

Así, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana considera que las solicitudes de información de los representantes locales, efectuadas en su calidad de tales, se rigen por la normativa local, básica estatal y supletoria autonómica, pero conforme a la disposición adicional primera de la LTBG, la LTBG y la normativa autonómica de desarrollo son supletorias, supletoriedad que se extiende a la posibilidad de reclamar ante el Consejo, pues la garantía de los concejales en ejercicio de su derecho fundamental, tanto sustantiva como procesal, no puede ser menor que la del resto de los ciudadanos, apelando también a reseñada jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁷. Y ello más cuando que la reclamación es potestativa y no impide la utilización de las vías de tutela derivadas de la normativa local. La normativa de aplicación sería «preferentemente» la normativa local, «especialmente si son más favorables al acceso, y solo supletoriamente las disposiciones de la Ley de Transparencia»³⁸.

Por su parte, el Comisionado de Transparencia de Canarias ha resuelto reclamaciones formuladas por representantes locales que se identificaron como tales en las respectivas solicitudes y que invocaban tanto la normativa local como la de transparencia³⁹. Parte de la doctrina del CTBG. Consta que hay una regulación específica, integrada por las bases estatales y la normativa de desarrollo autonómica sobre régimen local, que cuenta con dos vías de protección ordinaria –el recurso de reposición y el contencioso-administrativo– y dos adicionales –el «amparo ordinario» y el constitucional–. De este modo, tras la entrada en vigor de las Leyes estatal y autonómica de transparencia, existen dos vías en virtud de las cuales los cargos representativos locales pueden ejercer el derecho de acceso a la información de su respectiva entidad local

y detecten eventuales negligencia y tratos de favor. Las consecuencias de este acceso se encuentran, además, limitadas por el deber de reserva o confidencialidad impuesto a los concejales por el artículo 164.6 TRLMRLC, y que el propio grupo municipal reclamante se compromete a observar en su escrito de solicitud». Por ello, considera que ha de entregarse la información con una lista nominal de los cargos públicos que contenga tan sólo el cargo, el número total de expedientes sancionadores archivados y el motivo del archivo.

³⁶ Resolución de 28 de septiembre de 2016, 142/2016. Un grupo municipal solicitó información sobre las condiciones laborales de los trabajadores de empresas contratistas, sobre el coste del cumplimiento de un convenio con una asociación privada, sobre el salario de los trabajadores municipales y otras. Reitera su competencia, pese a un informe del secretario municipal sobre la no aplicación supletoria de esta garantía. La GAIP considera que la regulación del derecho de acceso de la Ley de Transparencia no es aplicable a los electos locales en aquello que pueda resultar más restrictivo, pero sí en lo que pueda reforzar su derecho de acceso, de modo que si cualquier ciudadano puede pedir a la Administración datos de sus contratistas directamente relacionados con el contrato suscrito, con más motivo lo tienen que poder hacer los cargos electos locales.

³⁷ Resolución 6/2017, de 9 de febrero. Un concejal solicita información diversa, obteniendo la llamada por respuesta. En el mismo sentido, Resolución 7/2017, de 9 de febrero. Un concejal solicita la misma información por escrito y en el Pleno, sin obtener contestación.

³⁸ «Ahora bien, en tanto la regulación de la ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia ofrece y garantiza una mejor tutela del derecho de acceso a la información así como la vía de reclamación ante esta Comisión cosa que no abarca la Ley 6/2010 de Régimen Local, es lógico que el derecho de acceso a la información que se garantiza a cualquier ciudadano no tenga mejores garantías que el derecho reforzado de acceso a la información de los cargos electos en el ejercicio de su función institucional y del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución Española, tal y como se manifestó en la resolución del Tribunal Supremo 2870/2015, de 15 de junio al expresar que el acceso a la información y a los documentos públicos no solo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes sino que deben suponer un plus añadido imprescindible. Por tanto, de acuerdo con este criterio jurisprudencial si la Ley de Transparencia ofrece a la ciudadanía en general una vía de reclamación y garantía gratuita y unos plazos de resolución mucho más breves, los cargos electos no pueden estar en peores condiciones para obtener la tutela de su derecho de acceso, reforzado por una norma específica de la que, por expresa previsión de la Disposición adicional primera de la Ley de Transparencia, ésta es supletoria. Así, teniendo en cuenta que la reclamación ante esta comisión es potestativa y opcional, la aplicación de la Ley de Transparencia ante esta comisión no se impone ni sustituye los otros mecanismos que pueden ser utilizados igualmente por los cargos electos si lo consideran adecuado, tal y como ha solicitado XXX. Por ello, la garantía del derecho de acceso proporcionada por la reclamación ante esta Comisión es aplicable en defensa del electo local a obtener información de su propia entidad siempre que para la resolución de estas reclamaciones se aplique preferentemente el derecho a la información regulada por el artículo 128 de la Ley 6/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana y por las demás disposiciones de la legislación local que sean aplicables, especialmente si son más favorables al acceso, y solo supletoriamente las disposiciones de la Ley de Transparencia.».

³⁹ Resoluciones 61/2016, de 31 de marzo, 62, 63 y 64/2016, de 1 de abril, 65 y 66/2016, de 2 de abril, 67/2016, de 4 de abril, 68/2016, de 5 de abril, 69/2016, de 6 de abril, 75/2016, de 12 de abril, 76/2016, de 13 de abril, 77/2016, de 14 de abril, 78/2016, de 15 de abril, 85/2016, de 22 de abril, 86/2016, de 23 de abril. En todos los casos, las reclamaciones habían sido interpuestas por consejeros de un mismo Cabildo salvo en el caso de la 78/2016, en que la había interpuesto el Grupo Mixto (suscrita por sus cuatro consejeros). Se había apelado en las solicitudes a la normativa local y a la de transparencia y en las reclamaciones sólo a la de transparencia. En todas ellas, el Cabildo había dado la llamada por respuesta y ya una vez interpuestas reclamaciones en sus alegaciones exponía que la normativa de aplicación era la local y que se trataba de solicitudes abusivas y masivas, para cuya atención no disponía de medios humanos.

para el ejercicio de su función. La específica prevista en la normativa local, que «debería ser la vía habitual y ordinaria para el ejercicio de acceso», si bien añade que «el día a día de este ejercicio se ha mostrado en muchas ocasiones como problemático, con numerosas reclamaciones ante los tribunales de justicia y quejas ante los órganos encargados de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas». La segunda vía es la de la normativa de acceso a la información, desde el momento en que la titularidad se atribuya a todas las personas, que pueden también utilizar los representantes locales, «como ciudadanos cualificados por su motivación de ejercicio de cargo público». Hasta aquí el propio Comisionado canario estima que «el criterio expuesto, es coincidente con la consulta CO 105/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal» (si bien ya ha manifestado, nótese, que la protección por la vía especial es problemática y que cuando se actúa por la vía general se actúa como ciudadano cualificado). A continuación analiza el sentido de la referencia a la supletoriedad del párrafo segundo de la disposición adicional primera de la LTAIP, similar a nuestros efectos al correspondiente de la LTBG. Constata que la normativa local estatal, anterior en el tiempo a las Leyes de transparencia, sólo prevé los recursos ordinarios (reposición y contencioso), y que la canaria, posterior a ellas, no comprende ningún régimen específico de garantía, a diferencia de lo que hacen las leyes de transparencia, estableciendo «una vía que mejora y completa un régimen de garantía del derecho de acceso a la información de los cargos públicos, que además es gratuita, rápida y resuelta por un órgano independiente, a diferencia del sistema alternativo, en el que resuelve la propia corporación afectada por la reclamación». De tal forma que sería contradictorio y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que un derecho reforzado como es el de los representantes locales careciera de una garantía accesible a la generalidad de los ciudadanos⁴⁰. De hecho, la afirmación tiene un carácter general que excede a la posibilidad de plantear una reclamación, para extenderse a cualquier mejora (sustantiva, procedimental) de la regulación en la normativa general sobre transparencia y acceso a la información respecto a lo dispuesto en la normativa sectorial o específica⁴¹. Y, al igual que la Autoridad catalana, defiende que la condición de representante local ha de tomarse en consideración en la ponderación a los efectos de añadir peso en el platillo de la balanza de la transparencia⁴². Aun más, considera que la normativa de aplicación preferente para resolver las reclamaciones es la de transparencia, sin que quede condicionada la aplicación de este bloque normativo a que se haya invocado en la solicitud⁴³.

El Consejo de Transparencia de Aragón se ha pronunciado recientemente en el mismo sentido. Constata que la doctrina del CTBG y de los Consejos autonómicos que se han pronunciado sobre la cuestión

⁴⁰ «El derecho de acceso de los consejeros insulares y concejales es un derecho constitucionalmente reforzado y privilegiado en comparación con el que ostentan los ciudadanos particulares. Representaría un claro contrasentido que no pudiera beneficiarse de las mismas garantías que se reservan al acceso ciudadano. Por ello, se ha de entender que será de aplicación supletoria la normativa de la LTAIP en la medida que refuerce el acceso a la información de los cargos electos locales en el ejercicio de sus funciones, en contraste con las previsiones que supongan un tratamiento más restrictivo. Y ello por la evidente razón de que el derecho de los ciudadanos no puede ser de mejor condición que el de los representantes políticos de las administraciones locales, de cabildos y ayuntamientos. El propio Tribunal Supremo ha validado esta mayor protección al derecho de acceso de los cargos representativos locales en la STS de 15 de junio de 2015 (RJ 2015, 4815), que, aunque referida a los representantes autonómicos, es plenamente aplicable a este caso. En dicha sentencia, se indica que “tras la Ley 10/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno [...] el derecho de acceso de los parlamentarios a la información pública no puede verse sino fortalecido. En efecto, a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que les han conferido al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto al acceso a la información y a los documentos públicos no sólo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer el plus añadido imprescindible”».

⁴¹ «Por tanto, el derecho de acceso a la información de los cargos representativos locales es un régimen especial de acceso a la información reforzado, al que le es de aplicación supletoria las mejoras en el régimen de acceso a la información pública que se derivan de la LTAIP, que ha derogado implícitamente las regulaciones previstas en otras normas, como sucede, con aquellas previsiones del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales que se opongan o contradigan a la reiterada a la LTAIP y a la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, como es el caso de la vía de reclamación ante este Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública.»

⁴² En efecto, se plantea a continuación cuál es la legislación aplicable por la autoridad de transparencia al conocer las reclamaciones, en relación con la disposición de la Ley canaria que relaciona las reclamaciones con las resoluciones de las solicitudes de acceso «que se dicten en el ámbito de aplicación de esta ley» (dicción que difiere del art. 24.1 LTBG que se refiere a «toda resolución expresa o presunta en materia de acceso», sin apelar a ley concreta alguna). Considera que «este marco de la LTAIP, unido al principio de competencia en la actuación pública, nos delimita una aplicación preferente por el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública a la LTAIP, considerando al consejero o concejal que reclama como un ciudadano cualificado a la hora de aplicar la proporcionalidad y justificación en la posible ponderación de los límites al derecho de acceso (artículo 37 LTAIP) y en la ponderación del interés público y los derechos de los afectados en materia de protección de datos personales (artículo 38 LTAIP)».

⁴³ Aplicando los principios de eficacia y antiformalista, afirma que: «no obstante, se considera que el derecho de acceso a la información pública pertenece al ciudadano consejero o concejal y no puede quedar condicionado por la cuestión formal del bloque normativo alegado en su solicitud».

contienen «planteamientos y posiciones no siempre coincidentes», comprueba que finalmente la doctrina del CTBG y de los Consejos andaluz y castellano-leonés conducen a que el representante local plantee la reclamación por la vía de la normativa de transparencia si antes lo hizo sin éxito por la vía local, para poder así acudir a la reclamación, y concluye que «por razones de carácter pragmático, la competencia para conocer de una reclamación no puede quedar condicionada por la cuestión formal del bloque normativo alegado en la solicitud, pues ello, contrariamente a lo que se afirma en las últimas resoluciones del CTBG y del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, sí que afecta al principio de seguridad jurídica» y admite la reclamación. En cuanto al fondo, un concejal solicitaba copia de los expedientes de dos contratos menores. Se le dio acceso in situ pero se denegó la copia, «por no tener derecho a la copia indiscriminada de cualquier expediente administrativo». El Consejo aragonés considera que es discutible la vigencia de la limitación al derecho a obtener copia del art. 16.1.a) ROF a la vista de la vigente normativa de transparencia, ya que «es inconsecuente que los ciudadanos tengan el derecho a solicitar el envío de copias, de forma gratuita si son en formato electrónico [...], y se niegue el derecho a los representantes locales, por lo que la previsión del ROF en este punto debe entenderse superada, siempre que el derecho no se ejerza de forma abusiva en los términos que se han señalado, límite, por otra parte, también válido para los ciudadanos»⁴⁴.

Otras Autoridades autonómicas aún no han fijado una doctrina clara, si bien los pronunciamientos parecen favorables a admitir las reclamaciones⁴⁵.

III. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

1. La competencia de las Autoridades de transparencia para conocer de las reclamaciones interpuestas por representantes políticos en su condición de tales

A nuestro juicio, ha de operarse con una interpretación gramatical, histórica, sistemática y teleológica de la normativa, general y especial, sobre acceso a la información.

- *Gramaticalmente*, la disposición adicional primera se refiere en su apartado segundo a la aplicación «con carácter supletorio» de la LTBG a las materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información y muestra cuál es su entendimiento del término en su apartado tercero, que, a modo de especificación («en este sentido»), hace equivaler supletoriedad con aplicación de la Ley «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras». Además, muestra un entendimiento lato del término «materia» (la información destinada a la reutilización no se refiere, como la ambiental, a un sector de la realidad, sino a una finalidad). Ello nos permite, aplicado a nuestro objeto de estudio, colegir que la regulación (sustantiva, material, de garantías) de la LTBG se aplicará al acceso por los representantes políticos a la información, que cuenta con una regulación específica, aunque en este caso no en atención a la materia, pero sí a la finalidad, cual es la de posibilitar el ejercicio del derecho fundamental del art. 23.2 CE, en lo no previsto, y lo cierto es que la normativa local no prevé ningún sistema específico de recursos en materia de acceso a la información, ni administrativos ni judiciales. Si acudimos a la regulación de la reclamación del art.

⁴⁴ Resolución 6/2017, de 27 de marzo.

⁴⁵ Así, en el caso de la Comisión de Transparencia de Galicia («integrada» en/por el Valedor do Pobo), la Resolución 25/2016, de 15 de diciembre de 2016, de la Comisión de Transparencia de Galicia se refiere a una solicitud por un concejal de acceso a libros de actas del Municipio anteriores a la Guerra Civil en que se invocaba el ROF. En la reclamación, invocó, además, la Ley 30/1992 y la Ley autonómica de transparencia. La Comisión considera normativa aplicable las Leyes estatal y autonómica de transparencia, y tiene en cuenta la legislación local, pero descarta que sea de aplicación porque habría precisado de justificación de que la información es precisa para el ejercicio de las funciones de concejal y además habría debido entenderse que había sido concedida por silencio positivo. La Comisión alude al artículo correspondiente de la Ley autonómica que le otorga la competencia para conocer de las reclamaciones. Ahora bien, advierte de que el acceso a esa información se rige por la normativa específica de archivos autonómica. Y, sin más razonamiento, obliga a tomar las medidas necesarias para asegurar el acceso. Por su parte, en la Resolución 50/2016, de 8 de marzo, de la Comisión de Transparencia de Galicia, una concejala pide copia de las actas de la Junta de Gobierno local, apelando a la normativa local y a la imposibilidad de ejercer su labor del control y fiscalización. El Consejo apela a la DA1 pero en lo referente a los procedimientos en curso en los que se tiene la condición de interesado. Establece las diferencias entre el bloque del art. 23.2 CE y la normativa local, de una parte, y el art. 105.b) CE y la normativa sobre transparencia, pero también alude al derecho de los interesados en el procedimiento acogido en la Ley 39/2015. Añade que la normativa gallega de transparencia dice que la información obtenida puede ser posteriormente utilizada sin autorización y que no exige la condición de interesado, mientras que la información obtenida por los concejales está sometida a deberes de cautela y de protección de la información. Considera, en fin, que es de aplicación la Disposición adicional primera en la medida en que existe un procedimiento en curso.

24.1 LTBG, ésta se prevé «frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso», sin distinguir entre materias generales y materias objeto de regulación específica, con lo cual la literalidad no supone obstáculo alguno a la competencia⁴⁶.

- *Históricamente*, la regulación del acceso de los representantes políticos a la información es anterior a la aprobación de la LTBG, y, por ende, a la previsión de la creación de Autoridades independientes de transparencia (y anterior también a la propia previsión en nuestro Derecho de Autoridades independientes de protección de derechos constitucionales; baste recordar que la Agencia española de Protección de Datos se creó en 1993, con posterioridad a la aprobación de la LBRL, del ROF y de la Ley 30/1992, cuyo artículo 37 reguló por vez primera el derecho de acceso de los ciudadanos a la información). Resulta, por ello, obvio que la normativa local no pudiera referirse a una garantía hasta entonces inexistente.
- *Sistemáticamente*, resultaría de una incoherencia insoslayable que la normativa especial que desarrolla un derecho fundamental de los representantes políticos que resulta esencial para el ejercicio de sus funciones, en que se basa el sistema de democracia representativa, se interpretara como que desprovee a éstos de una garantía con la que cuenta el común de los ciudadanos, cual es la de obtener una respuesta gratuita y rápida, por una Autoridad independiente, que posibilita la participación y la rendición de cuentas que se lleva a cabo por los representantes, como mecanismo general de democracia representativa, y por los propios ciudadanos, como mecanismo de democracia directa. La apelación como alternativa al mecanismo «privilegiado» de los representantes, que pueden acudir a un procedimiento judicial especial y sumario, quedan desmentidas, en su efectividad, a la vista de su realidad, que contrasta con la necesidad de inmediatez del acceso a la información para cumplir con su finalidad de participación, control y rendición de cuentas (sin entrar ahora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho de acceso a la información pública como integrante de la libertad de expresión e información, de la que antes que tarde tendrá que hacerse eco el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, sin que parezca que nadie vaya a cuestionarse, si llega ese momento, si al contar con

⁴⁶ Ciertamente, la seguridad jurídica ganaría si una cuestión como que nos planteamos en este trabajo hubiera incluido una referencia expresa en este sentido. Pudo haber ocurrido de haber prosperado alguna de las enmiendas que en este sentido se plantearon en la tramitación parlamentaria. En efecto, una enmienda planteada por el Grupo socialista en el Congreso precisaba que la reclamación cabía frente a cualquier resolución «incluidas las que puedan adoptarse en relación con materias que se rijan por normativa específica», enmienda que no se mantuvo para el debate en el Pleno. Se trataba de la enmienda núm. 476 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario socialista, que pretendía la siguiente modificación del art. 21.1 del Proyecto (actual artículo 24.1 LTBG): «Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso, incluidas las que puedan adoptarse en relación con materias que se rijan por normativa específica, podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia...». La motivación de la enmienda era: «Extender la posibilidad de reclamación potestativa ante el Consejo Estatal de Transparencia y Acceso a la Información Pública a aquellas materias que tienen una normativa específica de acceso a la información» (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, pág. 250). La enmienda no se incorporaría al Informe de la Ponencia, y el Grupo Parlamentario Socialista no la mantendría para su debate en el Pleno (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 19-5, de 9 de septiembre de 2013, pág. 28). Ahora bien hacer equivaler el no mantenimiento al rechazo y extraer de ello, como hace, según vimos, el Consejo andaluz, la conclusión de que ello supone «ratificar y hacer aún más visible que la *voluntas legislatoris* fue excluir a las materias mencionadas en la repetida Disposición adicional de la reclamación potestativa ante las autoridades independientes de control» y ver en ello una «inequívoca voluntad del legislador que este consejo no puede soslayar en sus resoluciones» resulta ya un tanto arriesgado. En efecto, también puede interpretarse la no acogida en el Informe de la Ponencia y la posterior retirada como resultantes de la innecesariedad de tal precisión, o de la inconveniencia de extenderla a cualquier materia con regulación específica, tenga o no previsto un sistema específico de recursos (como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la legislación hipotecaria). Más si se tiene en cuenta que la precisión acerca de la posibilidad de presentar reclamaciones en las materias que se rigen por su normativa específica tampoco se encontraba en la proposición de Ley del propio Grupo parlamentario socialista presentada en la misma legislatura [Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública, 122/000010, presentada por el Grupo parlamentario socialista (BOCG, Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 10-1, de 27 de diciembre de 2011, pág. 8, art. 17.1)], con lo que, podría también razonarse, que la voluntad del Grupo socialista había sido siempre la misma, la de extender las reclamaciones también a esos casos, y ahora sólo se pretendía su constancia expresa. Una interpretación histórica oficiosa del texto de la Ley que puedo aportar, aunque sea como «confesión» de primera mano, es la siguiente. La disposición adicional primera de la LTBG reproduce literalmente (como lo hace buena parte del articulado) su antecedente en el Anteproyecto de Ley de Transparencia del anterior Gobierno socialista y en su concepción la finalidad principal fue precisamente el juego supletorio de la garantía de la reclamación. En todo caso, la interpretación posterior demuestra que cuanto mayor precisión se lleve a cabo en un texto legal, en estas materias, menos equívocos se producen. De hecho, ni siquiera ha sido obstáculo para el Comisionado canario que la Ley canaria de transparencia que dispone que las reclamaciones se pueden interponer contra las resoluciones de las solicitudes de acceso «que se dicten en el ámbito de aplicación de esta ley» (dicción que difiere del art. 24.1 LTBG que se refiere a «toda resolución expresa o presunta en materia de acceso», sin apelar a ley concreta alguna), que declara la aplicación preferente por el Comisionado de la Ley de transparencia sobre la normativa local en el caso de las reclamaciones interpuestas por representantes locales.

esa garantía dejaría de tener sentido la garantía adicional de la reclamación ante la Autoridad independiente de transparencia)⁴⁷. Si se quiere una constatación empírica, basta observar la propia experiencia de nuestros representantes políticos, que se han apresurado a acudir a esta nueva vía ante la ineffectividad de los mecanismos generales administrativos y judiciales, como hemos podido ver a lo largo de este trabajo. Y, en todo caso, y como ha puesto de relieve la Autoridad catalana y las que le siguen, no supone impedimento jurídico alguno a la disposición de una vía adicional (y ella sí, efectiva) como es la reclamación. El Tribunal Supremo, como vimos, ha aportado, en este sentido, una argumentación que por su claridad y su influencia resulta difícil de superar, y que ha sido manejada, en las resoluciones favorables a admitir las reclamaciones por algunas Autoridades de transparencia y en la doctrina.

- *Teleológicamente*, el mecanismo de la reclamación ante una Autoridad administrativa independiente está encaminado, precisamente, hacer frente a la ineffectividad de la vía de recursos administrativos y contencioso-administrativos para satisfacer un derecho al servicio de la participación, el control y la rendición de cuentas, dado que práctica del derecho de acceso previa a la aprobación de la LTBG, bajo el imperio del art. 37 Ley 30/1992, reveló que en un sistema como aquel, de silencio positivo y recursos administrativos y contencioso-administrativos, llevó a un panorama generalizado de silencios administrativos seguidos de falta de entrega de información y de apenas conflictividad judicial, ante la inutilidad y el coste de emprender esa vía para obtener una información inútil en caso de obtenerse al cabo de años. Por ello, se estableció, en sintonía con la opción abrumadoramente mayoritaria en el Derecho comparado, la garantía de la existencia de Autoridades dotadas de independencia, inspirada en la independencia judicial, y a la vez, con gratuidad y plazos de resolución breves, característicos de los recursos administrativos, apoyándose el legislador para ello en el artículo 149.1.1.ª CE (misma base competencial utilizada para establecer las Agencias de protección de datos en la Ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, en defensa en ese caso de ese derecho constitucional). Pues bien, en el caso de la regulación especial del derecho de acceso a la información de los representantes locales el panorama es similar al que existía bajo la vigencia de la Ley 30/1992: silencio positivo, recursos administrativos frente a denegaciones ante la misma Administración que dictó la resolución recurso contencioso-administrativo, ante una jurisdicción incapaz de dar una respuesta ágil en breve plazo, cualquiera que sea la vía, ordinaria o preferente utilizada. Por ello, resulta evidente que, creada la vía de la reclamación como novedad institucional para poner remedio a una efectiva falta de garantías, ésta deba extenderse (en sus términos, esto es, como facultativa) también a los representantes políticos que llevan a cabo, por así decirlo, la tarea ordinaria de participación, control y rendición de cuentas en una democracia fundamentalmente representativa.

El resultado práctico, en fin, de la doctrina del Consejo estatal es que conduce a ocultar la condición de los representantes políticos y la invocación de la normativa especial en las solicitudes que formulan, a riesgo de ver inadmitidas sus posteriores reclamaciones. Y ello pese a que en todos los casos analizados, las plantean para obtener información en conexión directa con el ejercicio de su función de control político. En estos casos, gozan de libertad de elección del régimen jurídico aplicable, una elección que no obstante, en el supuesto de que no precisen que solicitan la información conforme a la normativa general (y no a la específica) les conduce a la negación de la garantía. En el caso del Consejo andaluz, además, no les basta con «ocultar» su identidad, sino que además han de tratar de evitar que, por la motivación o por sus alegaciones, o, incluso, de oficio, la Autoridad de transparencia llegue a saber que la solicitud que plantean conecta con su labor de control político (en particular, porque la hayan intentado obtener por la vía de la regulación especial sin éxito, normalmente habiendo obtenido la llamada por respuesta). En fin, ver a nuestros representantes políticos ocultando su identidad, o encargando a cualquier otro ciudadano que solicite en su nombre la información para así asegurarse que la Autoridad de tutela del derecho de acceso resolverá su reclamación produce un cierto sonrojo democrático, o sonrojo *tout court*.

En todo caso, a la vista de la disparidad de criterios en una materia en la que debe primar la máxima seguridad jurídica cual es la de las vías de garantías de los derechos, y a la espera de que próximos pronunciamientos judiciales en procesos ya en curso vayan despejando el panorama, no cabe sino desear que una

⁴⁷ Sobre el particular, me remito a mi trabajo "Transparencia: aspectos generales", en GUICHOT, E. (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 35-62, en págs. 36-47.

futura modificación de la normativa general sobre transparencia y, en su caso, sobre acceso de representantes políticos a la información, aclare este extremo⁴⁸.

2. La aplicación a los representantes políticos de su normativa específica sólo en lo que sea más favorable al derecho de acceso que la normativa general. Acerca del del «espiguelo»

Junto a la aplicación supletoria a los representantes políticos de la garantía de la reclamación de la que me acabo de ocupar, y que me parece que no ofrece mucha duda jurídica (otra cosa es que por criterio de «política institucional» o incluso de carga de trabajo no se quiera asumir por algunas Autoridades de control) se plantea, como hemos visto, una cuestión de más alcance, cual es la de si la nueva normativa sobre transparencia ha de jugar también algún papel en la interpretación de la normativa especial, en aspectos sí regulados en ella, pero que lo estén de forma más restrictiva que en la normativa general. O, por decirlo en los gráficos términos del debate entre Autoridades de control, si cabe o no recurrir a la técnica del «espiguelo» (término acuñado por el CTBG, por clara referencia a la doctrina opuesta de la Comisión catalana elaborada meses antes del uso de esta expresión por el Consejo estatal)⁴⁹. Esto es, si la normativa sobre acceso de los representantes políticos a la información debe ser objeto de una lectura interpretativa que, cuando menos, iguale el nivel de garantía del derecho (en lo sustantivo y en lo procedimental) al del resto de los ciudadanos.

Hay que convenir que estamos aquí ante criterio que no deriva de un entendimiento clásico de la supletoriedad, cuya función propia es la de cubrir lagunas, no a convertirse en un instrumento de igualación de mínimos entre normativa general y normativa especial. Más bien se relaciona con la extensión del carácter básico de la regulación general a la sectorial. Como vimos al comienzo de este trabajo, ¿cómo justificar que la normativa que regula el acceso de los representantes locales a la información pueda obligar a motivar la solicitud o limitar el acceso a copias, por destacar sólo dos puntos? El Tribunal Supremo ya fue «reinterpretando» estas exigencias de la forma más favorable al ejercicio del derecho fundamental de los representantes políticos. Por mi parte, ya me pronuncié al respecto en 2014, tras la aprobación de la Ley estatal, apuntando el principio de que, en ningún caso, los representantes de los ciudadanos, democráticamente elegidos, podían entenderse situados en una peor condición que los propios ciudadanos, regla que debía proyectarse sobre cualquier interpretación de las normativa especial. Posteriormente, en esta misma línea, el Tribunal Supremo se ha convertido «inspirador» del «espiguelo», al establecer que «a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto al acceso a la información y a los documentos públicos no sólo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer el plus añadido imprescindible».

De nuevo cabe decir que la LTBG perdió una oportunidad para haberlo dispuesto expresamente, abriendo así otro frente de disparidad de interpretaciones entre las Autoridades de transparencia, de modo que sería muy positivo para la seguridad jurídica, en tanto se mantenga esta disparidad, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo inspirara una previsión legal expresa en este sentido. O bien un cambio en la normativa especial que reconociera condiciones sustantivas, procedimentales y de garantía adaptadas a la representación política y más favorables al derecho de acceso, o al menos tan favorables como las que disponen el resto de los ciudadanos. En fin, un «espiguelo» del régimen legal, en otro de los sentidos del término, esto es, un crecimiento notable.

⁴⁸ Hay que reseñar, en este sentido, lo previsto en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, tras su reforma de 2015. Sus artículos 6 a 11 regulan el acceso de los parlamentarios a la información, de una forma muy favorable al mismo, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, más allá de la normativa general. En su artículo 8.6 dispone lo siguiente: «Los diputados pueden hacer valer su derecho de acceso a la información mediante los mecanismos de garantía establecidos con carácter general por la legislación de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La utilización de esta vía es compatible con la aplicación de las demás medidas establecidas por el presente reglamento y no excluye dicha aplicación.». Esta garantía se une a la aplicación de las sanciones a las autoridades responsables de no facilitar la información, también previstas en la normativa general catalana sobre transparencia, que se adicionan a los mecanismos parlamentarios (inclusión si lo pide el diputado afectado, en la primera sesión plenaria que se convoque de una pregunta sobre los motivos que han impedido el acceso y si a criterio del diputado o de su grupo parlamentario la respuesta no está suficientemente fundamentada, puede presentarse una propuesta de resolución ante la comisión correspondiente, que debe incluirse en el orden del día de la primera sesión que se convoque).

⁴⁹ El *DRAE* define espiguelo como «acción y efecto de rebuscar en libros datos para algún trabajo» o, en la siega, «acción de espigar» y «tiempo o sazón de espigar», y espigar como «tomar de uno o más escritos, rebuscando acá y allá, datos que a alguien le interesan» o «coger las espigas que han quedado en el rastrojo» o, «dicho de una persona: crecer notablemente».

A falta de precisiones legales, de una jurisprudencia definida y en este panorama de resoluciones dispares, no cabe concluir sino reseñando que por el momento, la doctrina que se ha posicionado por el momento sobre el tema lo ha hecho en este mismo sentido de forma unánime: a favor de la extensión de la competencia de las Autoridades de transparencia⁵⁰ y, más en general, a la aplicación de la normativa de transparencia en lo que sea más favorable al derecho de acceso que la regulación del ejercicio del derecho de acceso por los representantes electos⁵¹.

⁵⁰ Para I. MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Febrero 2016, Zaragoza; disponible en la web: http://www.ctcyl.es/archivos/documentos/1_1461669900.pdf; fecha de consulta: 8 de febrero de 2016, pág. 47, «cabe sostener la competencia del Consejo de Transparencia para conocer de reclamaciones relativas a solicitudes a las que sean de aplicación los regímenes especiales de acceso». Para M. A. BLANES CLIMENT (<https://miguelangelblanes.com/2017/02/08/los-concejales-pueden-presentar-la-reclamacion-prevista-en-las-leyes-de-transparencia/>) ha de reconocerse que los electos locales pueden plantear reclamación, con independencia de si la solicitud de información se ha apoyado en la legislación de régimen local o en la de transparencia, ya que el derecho fundamental de acceso a la información pública pertenece al concejal y no puede quedar condicionado por la cuestión formal del bloque normativo alegado en su solicitud, lo cual afecta gravemente al principio de seguridad jurídica, por la incoherencia que supone, y al principio de igualdad, a la vista de que la interpretación de las Autoridades de transparencia difiere en este punto.

⁵¹ GIFREU FONT, J., “La configuración del derecho de acceso a la información pública de los electos locales en el marco de la normativa sobre transparencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181, 2016, págs. 147-189: «Esta Ley puede contribuir a reformular algunas de las cuestiones espinosas que plantea el ejercicio del derecho de información de los cargos electos pues, como quiera que el derecho de acceso de los concejales es un derecho privilegiado en comparación con el que ostentan los particulares, sería un contrasentido que no pudiera beneficiarse de las mismas garantías que se reservan al acceso ciudadano. Así las cosas, puede afirmarse que la regulación contenida en la LTBG les será de aplicación en la medida que contribuya a reforzar el acceso a la información de los cargos electos locales en el ejercicio de sus funciones, en contraste con las previsiones que supongan un tratamiento más restrictivo. Y ello por la evidente razón de que el derecho de los ciudadanos no puede ser de mejor condición que el de los representantes políticos de la Administración local.». Y pone como ejemplos de regulación más progresiva en el ámbito local el que la normativa local no establece causas de inadmisión, ni requiere la apertura de un trámite de audiencia cuando la solicitud afecta a terceros. En cambio, no contiene un régimen peculiar de defensa ante las vulneraciones del derecho de información de los representantes locales. «Pues bien, siendo el de los concejales un derecho reforzado en comparación con el reconocido a los ciudadanos, nada obsta, muy al contrario, para que puedan beneficiarse de este específico sistema de impugnación, ágil y gratuito.».



Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013¹

Entities and «bodies» of territorial scope inferior to the municipality after the local reform of 2013

Rafael Pizarro Nevado
Universidad de Córdoba
rpizarro@uco.es

RESUMEN

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), reformó profundamente la legislación básica sobre entidades de ámbito territorial inferior al municipio para adecuarla a los principios de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Esa regulación, junto con otros preceptos de la LRSAL, fue objeto de numerosos recursos de inconstitucionalidad. Durante el último año el Tribunal Constitucional ha resuelto la mayor parte de esos recursos, por lo que es oportuno determinar qué repercusión ha tenido finalmente la LRSAL en la legislación autonómica sobre entidades inframunicipales y cuáles son las alternativas que se ofrecen a las poblaciones separadas que aspiren a disfrutar de una mayor y más directa implicación en el gobierno de los intereses de sus vecinos. Para ello se expone en primer lugar la doctrina constitucional sobre la competencia estatal para regular sobre este tipo de entidades, el alcance de la reforma y las opciones que se abren ante el legislador autonómico. Posteriormente se analizan los preceptos de carácter básico que específicamente se refieren a las dos soluciones organizativas previstas en la LRSAL, las tradicionales entidades de ámbito territorial inferior al municipio, que conservan su personalidad jurídica y su condición de entidades locales, y los nuevos órganos municipales desconcentrados, impropiaamente llamados «entes de ámbito territorial inferior al municipio».

PALABRAS CLAVE

Descentralización, desconcentración, entidades inframunicipales, organización municipal, régimen local.

ABSTRACT

Act 27/2013, of 27 December, on rationalization and sustainability of Local Administrations, deeply reformed the basic legislation on entities of territorial scope inferior to the municipality to adapt it to the principles of efficiency, budgetary stability and financial sustainability. This regulation was appealed before the Constitutional Court, which has resolved most of the appeals filed. Therefore it is convenient to determine which impact has Act 27/2013 finally had in the Autonomous Communities legislation on infra-municipal entities and which are the alternatives offered to little settlements that aspire to a greater and more direct participation in the government of the interests of its population. For this purpose, the constitutional doctrine on the state competence to regulate this type of entities, the scope of the reform and the options that are opened before the autonomous legislator are exposed first. Subsequently, the basic precepts that specifically refer to the traditional entities of territorial scope inferior to the municipality, which retain their legal personality and their status as local entities, and the new deconcentrated municipal bodies are analysed.

KEYWORDS

Decentralization, deconcentration, infra-municipal entities, organization of the municipality, local regime.

¹ Esta investigación se ha desarrollado en el seno del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER 2015/67685.

SUMARIO

I. ALTERNATIVAS PARA EL GOBIERNO DE LOS PUEBLOS SEPARADOS DE LA CAPITALIDAD MUNICIPAL. II. TRATAMIENTO DE LOS PEQUEÑOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN EN LA REFORMA LOCAL DE 2013. 1. EL RECHAZO POLÍTICO Y DOCTRINAL DE LA REFORMA LOCAL DE 2013. 2. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA ESTATAL PARA LEGISLAR SOBRE ENTIDADES INFRAMUNICIPALES DESCENTRALIZADAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE CREAR NUEVAS ENTIDADES DE ESTE TIPO. 3. DE LA CONTRADICCIÓN SOBREVENIDA ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y SUS EFECTOS SOBRE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE RÉGIMEN LOCAL. 4. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE NAVARRA. 5. EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL PAÍS VASCO. III. LAS ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO TRAS LA LRSAL. 1. LA SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 45 LBRL Y LA SUBSISTENCIA DE LAS ENTIDADES INFRAMUNICIPALES EXISTENTES. 2. LAS NUEVAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DE ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO. a) Disolución por incumplimiento del deber de presentación de cuentas. b) Disolución por exigencia de un plan económico-financiero. 3. RÉGIMEN APLICABLE A LAS ENTIDADES EN PROCESO DE CONSTITUCIÓN. IV. EL RÉGIMEN BÁSICO DE LOS NUEVOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS. 1. DENOMINACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. PROCEDIMIENTO DE CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN. 3. COMPETENCIAS, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. V. CONSIDERACIONES FINALES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), ha reformado profundamente la legislación básica de régimen local, y lo hizo ante todo para asegurar la sujeción de los gobiernos locales a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, por lo que fue fuertemente contestada por Comunidades Autónomas y las propias Entidades Locales, que criticaron lo que consideraban una excesiva atención a objetivos financieros y el olvido de muchas reformas largamente demandadas por el mundo local. Además, cuestionaron la constitucionalidad de muchas de sus previsiones, por lo que se interpusieron hasta once recursos ante el Tribunal Constitucional. Durante el último año este ha dictado nueve sentencias que resuelven la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad planteados y declaran la conformidad con el Texto Fundamental de buena parte del contenido de la LRSAL. Pero también se han anulado por vulnerar el Texto Fundamental preceptos centrales para los objetivos de la reforma local, y la constitucionalidad de otros se ha salvado imponiendo una determinada interpretación conforme a la Constitución. Es el momento, por tanto, de analizar cómo queda finalmente configurado el régimen local tras esos pronunciamientos, y debe hacerse atendiendo a las distintas instituciones afectadas².

Ese es el objetivo de este artículo en relación con las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, a las que esa jurisprudencia presta especial atención. Es el momento de determinar cuál ha sido la repercusión real de la LRSAL en la legislación autonómica sobre entidades inframunicipales, que en la mayor parte de los casos no se ha adaptado a la nueva legislación básica, y cuáles son las opciones que se ofrecen a las poblaciones separadas que aspiren a disfrutar de una mayor y más directa implicación en el gobierno de los intereses de sus vecinos.

I. ALTERNATIVAS PARA EL GOBIERNO DE LOS PUEBLOS SEPARADOS DE LA CAPITALIDAD MUNICIPAL

Afirmaba MAURA que España es un país de pueblos, de pequeños municipios, pero también de aldeas, villas y caseríos. A pesar del tiempo transcurrido la frase aún refleja la importancia que en el mundo rural tienen esas pequeñas comunidades, que nunca alcanzaron la condición de municipio, pero que son titulares de intereses propios, muchas veces contrapuestos a los municipales. El camino recorrido por esos asentamientos para encontrar cauces de expresión colectiva y de gobierno de sus intereses ha sido azaroso y en muchas ocasiones se desarrolló de espaldas a la legislación, lo que explica la variedad de situaciones resultante y el apego a la tradición en muchas de estas poblaciones³.

² Del alcance de las sentencias se han ocupado BOIX PALOP, Andrés (2017): “El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68: 24-35; MEDINA ALCOZ, Luis (2017): “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.

³ Sobre la evolución del régimen jurídico de los distintos asentamientos rurales vid. ROSA MORENO, Juan (1991): “Aproximación histórica a la articulación orgánica de los núcleos separados de población”, *Revista de Estudios Locales y Autonómicos*, 262: 219-246;

Hasta bien entrado el siglo XIX esos pequeños poblados asumieron normalmente la condición de aldeas dependientes de una villa o la de arrabal de las ciudades. Una tercera forma de organización agrupaba minúsculas poblaciones organizadas como corporaciones cerradas o ayuntamientos. Cada uno de estos pueblos constituía una unidad administrativa que respondía al nombre de concejo (o parroquia en Asturias y Galicia). En ese caso los ayuntamientos se integraban por una agrupación de concejos.

La situación no cambió sustancialmente durante los primeros años del constitucionalismo decimonónico, porque el proceso de creación de nuevos ayuntamientos al amparo de las previsiones de la Constitución de 1812 fue rápidamente abortado con la vuelta al absolutismo⁴. Por tanto, durante el siglo XIX, al margen del municipio, para el gobierno de esos pueblos únicamente se admitía la creación de órganos desconcentrados⁵. Hasta el Estatuto Municipal de 1924 no se permitió que los núcleos de población que hasta ese momento eran simples barrios o pueblos agregados se constituyeran como entidades locales menores con personalidad jurídica propia y los caracteres con los que hoy se las conoce⁶.

Lógicamente no todos los pueblos alcanzaron la condición de municipio o de entidad local menor. Muchos continuaron siendo simples órganos municipales desconcentrados y otros muchos siguieron sin articulación orgánica alguna. Pero con el Estatuto Municipal se inició un proceso descentralizador que se mantuvo durante la II República⁷ y la dictadura, aunque durante esa etapa las entidades locales menores estuvieron completamente supeditadas al municipio⁸.

Esa situación cambia radicalmente con la promulgación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local⁹ (LBRL) y, sobre todo, de la legislación autonómica sobre entidades de ámbito territorial inferior al municipio¹⁰, que en desarrollo del principio constitucional de descentralización territorial

ORDUÑA REBOLLO, Enrique (2000): "Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio. Del pasado al futuro", en SOSA WAGNER, Francisco (coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I: 745-772. Valencia: Tirant lo Blanch; o PIZARRO NEVADO, Rafael (2002), *Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio*. Granada: CEMCI. Específicamente en relación con los asentamientos gallegos vid. FARIÑA JAMARDO, José (1981): *La parroquia rural en Galicia*, 2.ª edición. Madrid; CASTRO BERMEJO, Cristina (1998): "Marco jurídico de la parroquia rural en Galicia", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 276: 179-202; o MÍGUEZ MACHO, Luis (2013): "Galicia y la reforma de la Administración Local", *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. extra 1, 319-336.

⁴ Aunque esa previsión constitucional fue desarrollada por los Decretos de 23 de mayo y de 10 de junio de 1812, el proceso iniciado fue pronto bloqueado con la restauración del absolutismo. Por Real Cédula de 30 de julio de 1814 se ordenó la disolución de los ayuntamientos constitucionales y se restablecieron los ayuntamientos, corregidores y alcaldes mayores en la planta que tenían en 1808. Vid. ORDUÑA REBOLLO (2000: 746) o PIZARRO NEVADO (2002: 31).

⁵ TOLIVAR ALAS (2014: 372) recuerda que la Ley Local de 1823 instituyó la figura del celador como órgano desconcentrado en barrios, aldeas, lugares o caseríos. La Ley Municipal de 1845 contemplaba la existencia de un Alcalde pedáneo «cuando el distrito de un Ayuntamiento se componga de varias parroquias, feligresías o poblaciones apartadas entre sí [...] excepto el caso de que en la misma resida alguno de los Tenientes». La Ley Municipal de 1870 reguló la figura de los pueblos agregados, para cuya administración se preveía la constitución de una Junta compuesta por un Presidente y dos o cuatro vocales elegidos por los vecinos de entre ellos mismos

⁶ El artículo 4 del Estatuto Municipal disponía que el Ayuntamiento o la Junta Vecinal tenían plena capacidad «para adquirir, reivindicar, conservar o enajenar bienes de toda clase, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios públicos, obligarse y ejercitar acciones civiles, criminales, administrativas o contencioso-administrativas en nombre de los Municipios y Entidades locales menores respectivamente». Por su parte, el artículo 191 establecía que la «Junta vecinal o parroquial tendrá personalidad en nombre de la respectiva entidad, para aprobar Ordenanzas, interponer acciones judiciales de todo género, promover procedimientos administrativos y económico-administrativos, conservar el patrimonio comunal persiguiendo a los detentadores o usurpadores del mismo, y cuidar de la policía de los caminos rurales y vecinales, fuentes, ríos y montes, con arreglo a lo que dispongan las leyes». Cada entidad tenía un Alcalde pedáneo y una Junta Vecinal de base representativa. El artículo 97 señalaba que los vecinos del respectivo lugar eran los únicos electores y elegibles para los cargos de las Juntas, «sin excluir entre los electores a las mujeres cabeza de familia, cuando su intervención sea tradicional». Estas juntas vecinales funcionaban de forma análoga a las juntas municipales de los ayuntamientos. Además, las entidades cuya población no excedía de 1.000 habitantes se gobernaban en régimen de concejo abierto. Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis (1978): voz «Junta Vecinal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV: 296.

⁷ La Ley municipal catalana de 14 de agosto de 1933 reconoció a las corporaciones municipales la competencia para crear entidades autónomas submunicipales y la Ley Municipal de 1935 reguló las entidades locales menores con «plena capacidad jurídica dentro de los límites y con los requisitos establecidos en las leyes».

⁸ Aunque esa subordinación no permitía considerarlas realmente autónomas, lo cierto es que conservaron su personalidad jurídica. Además, se reguló la creación de nuevas entidades locales menores en la legislación de régimen local y en la que ordenaba las políticas de colonización. Vid. PIZARRO NEVADO (2002: 42-46) o MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo (2003): "Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio", en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I: 1183. Madrid: Civitas.

⁹ Vid. PIZARRO NEVADO (2002: 65-70); y PIZARRO NEVADO, Rafael (2007): "Comentario al artículo 45 LBRL", en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*. 1.053-1.087. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁰ De todas las entidades reguladas en el LBRL, eran las entidades de ámbito territorial inferior al municipio las que admitían mayor diversificación, puesto que, a pesar de que el artículo 45 LBRL contenía algunas reglas indisponibles, se dejaba en manos de las Comunidades Autónomas una amplísima libertad para determinar la mayoría de los aspectos de su régimen jurídico. En realidad, la

las configuraron como entidades locales completamente diferenciadas de la municipal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Y no solo se reforzó su autonomía, porque a la vista del amplio margen de actuación que permitía en este ámbito la legislación básica, las leyes autonómicas rompieron el modelo uniforme existente hasta entonces para atender a la pluralidad de situaciones sociológicas y económicas que salpicaban la geografía española, reconociendo las singularidades de los distintos tipos de asentamientos y otorgando un tratamiento específico a cada uno de ellos¹¹.

Para aquellos núcleos de población que no llegaron a constituirse ni en pequeños municipios ni en entidades locales menores, y para los que se han formado durante las últimas décadas, la legislación vigente también ofrece distintas fórmulas de administración desconcentrada concebidas para canalizar la voluntad de participación de sus vecinos en el gobierno local y la gestión de sus intereses comunes¹².

Baste este rápido recorrido para comprobar que la evolución del tratamiento jurídico de los pequeños asentamientos, plagada de avances y retrocesos alternativos, refleja la tensión permanente entre la voluntad de esas pequeñas comunidades por participar en el gobierno de los que consideran sus asuntos y razones de índole organizativa, que apuestan por Administraciones de dimensiones adecuadas para satisfacer eficazmente los intereses públicos. Durante los dos últimos siglos coexistieron distintas soluciones organizativas para los núcleos de población separados de la capitalidad municipal, aunque la legislación autonómica ha potenciado sobre todo las soluciones descentralizadoras, alumbrando entidades inframunicipales que con denominaciones muy distintas constituyen la expresión de toda una población asentada en un territorio, de una comunidad política con intereses propios netamente diferenciados de los generales del municipio¹³.

II. TRATAMIENTO DE LOS PEQUEÑOS NÚCLEOS DE POBLACIÓN EN LA REFORMA LOCAL DE 2013

Esa era la orientación mantenida en la legislación local hasta la promulgación de la LRSAL, que modificó profundamente la LBRL. Además de endurecer los requisitos para la creación de nuevos municipios, la reforma incidió directamente sobre la regulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, congelando su número, aumentando los mecanismos de control por las restantes Administraciones territoriales y fijando nuevas causas de disolución. Por otra parte, se introdujo una nueva fórmula de organización desconcentrada, que a partir de ese momento debía ser la única vía por la que transitaran los núcleos de población que no hubieran alcanzado la condición de entidad local.

Para el mejor entendimiento de estas reformas es necesario explicar previamente cuáles eran los objetivos que inspiraban el anteproyecto de LRSAL, cómo se fueron diluyendo durante el procedimiento de elaboración del texto legal y el rechazo que provocó entre los responsables políticos locales y autonómicos. También se debe señalar que el texto resultante contiene numerosas deficiencias –muchas oportunamente destacadas por la doctrina especializada durante su tramitación parlamentaria– y que algunas de sus previsiones planteaban serias dudas de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional admitió a trámite once recursos sobre la constitucionalidad de la LRSAL¹⁴, de los cuales nueve han sido resueltos en las sentencias 41/2016, de 3 de marzo; 111/2016, de 9 de junio; 168/2016, de 6 de octubre; 180/2016, de 20 de octubre;

LBRL ni siquiera imponía la existencia de este tipo de entidades en todas las Comunidades Autónomas; y, menos aún, el que, de existir, tuvieran el carácter de entidades locales territoriales (PIZARRO NEVADO, 2007: 1060).

¹¹ TOLIVAR ALAS (2014: 376) explica como esa diversificación deriva incluso de los propios Estatutos de Autonomía, que, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, han querido apartarse del modelo uniforme que imponía la legislación anterior para adaptar estas entidades a las peculiaridades de los asentamientos de sus territorios.

¹² Vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2007): “Comentario a los artículos 24 y 128 LBRL”, en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*: 671-681. Valencia: Tirant lo Blanch; o GALINDO CALDÉS, Ramón Lluís (2014): *La organización territorial en los municipios: los distritos*. Granada: CEMCI-Diputación de Granada.

¹³ Al menos así ha sido en el plano legislativo, porque en no pocas ocasiones se ha avanzado más terreno en la redacción de la norma que en su aplicación práctica. TOLIVAR ALAS (2014: 376) ha puesto de manifiesto, por ejemplo, las dificultades de aplicación en el Principado de Asturias de la Ley 11/1986, de 20 de noviembre, por la que se reconoce la personalidad jurídica de la parroquia rural. Sorprende que en Asturias, a pesar de existir 857 parroquias, solo 39 han conseguido la declaración de parroquias rurales al amparo de esa Ley. Y de ellas 32 eran previamente entidades locales menores.

¹⁴ Fueron diez recursos de inconstitucionalidad formulados por los gobiernos de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña y Canarias, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por los parlamentos autonómicos de Extremadura, Cataluña y Andalucía, por el Parlamento Foral de Navarra, por el Defensor del Pueblo y por representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural, UPyD y Mixto en el Congreso de los Diputados. También se planteó un conflicto en defensa de la autonomía local, suscrito por 2.393 municipios, contra diversos preceptos de la LRSAL. Este último ha sido resuelto por

44/2017 y 45/2017, ambas de 27 de abril; 54/2017, de 11 de mayo; 93/2017, de 6 de julio y 101/2017, de 20 de julio. En todos los recursos resueltos se cuestionaba la regulación sobre entidades inframunicipales, pero el Tribunal Constitucional ha confirmado su constitucionalidad con una única salvedad¹⁵. Pero conviene detenerse en los razonamientos del Tribunal para entender el alcance de la competencia estatal para regular sobre este tipo de entidades, la extensión de la reforma y las posibilidades que se abren ante el legislador autonómico.

La STC 41/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1792-2014, interpuesto por la Asamblea de Extremadura en relación con diversos preceptos de la LRSAL, es sin duda la más relevante a nuestros efectos, pues se pronuncia sobre todos los preceptos que afectan a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio y sobre la regulación de los nuevos órganos desconcentrados. Las sentencias posteriores se apoyan en su doctrina para desestimar impugnaciones sustancialmente idénticas¹⁶, pero también resuelven cuestiones nuevas que merecen atención. Por ejemplo, la STC 168/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1995-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, se ocupa de la contradicción sobrevenida entre la legislación básica estatal sobre entes inframunicipales y los Estatutos de Autonomía¹⁷; o la STC 180/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2001-2014, interpuesto por el Parlamento de Navarra, en la que se desarrolla ese aspecto considerando las particularidades sobre régimen local que se derivan del artículo 46 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

1. El rechazo político y doctrinal de la reforma local de 2013

Las reformas planteadas despertaron desde el primer momento un importante rechazo entre los responsables políticos locales y autonómicos, que las consideraban promovidas desde posiciones que no comprendían adecuadamente el mundo local y su organización administrativa, que, a pesar de compartir ciertas características con la estatal y la autonómica, también responde a exigencias propias que no se habrían considerado adecuadamente. Lo cierto es que la LRSAL contiene una serie de medidas homogeneizadoras y permanentes que parecen movidas exclusivamente por la exigencia de una rápida reducción del gasto público, lo que se quería conseguir, entre otras cosas, con la supresión de los entes y organismos locales que no cumplieren determinados criterios económicos o financieros. Tan drástica consecuencia debía producirse además en plazos muy breves y sin entrar a considerar las peculiaridades que presentarían las distintas entidades por razones históricas, geográficas, sociales o económicas. También se reprochaba a la reforma que, urgida por las necesidades financieras, se dejaba pasar la ocasión de hacer una revisión en profundidad del régimen local español para dar respuesta a problemas que los actores locales llevaban años denunciando¹⁸.

la STC 107/2017, de 21 de septiembre, que, a pesar de su evidente interés, no será comentada porque en el conflicto en defensa de la autonomía local no se impugnaron los preceptos que regulan las entidades inframunicipales.

¹⁵ Solo ha anulado por inconstitucional la referencia contenida en la disposición transitoria 4.ª LRSAL al Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma como medio para disolver las entidades inframunicipales que no rindiesen cuentas ante el Estado o la Comunidad Autónoma respectiva.

¹⁶ Buena parte de los recursos planteados por la Junta de Andalucía, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, más de cincuenta diputados, integrantes de distintos Grupos Parlamentarios, el Parlamento de Andalucía y el Parlamento de Cataluña impugnaban los mismos preceptos basándose en los mismos motivos que el recurso de inconstitucionalidad núm. 1792-2014, presentado por la Asamblea de Extremadura. Por ello, las SSTC 111/2016, 168/2016, 44/2017, 45/2017, 54/2017 y 101/2017 los rechaza de plano, con una simple remisión a los fundamentos jurídicos de la STC 41/2016. Algo similar sucede con el recurso planteado por el Gobierno de Cataluña, que en lo que respecta a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio es parcialmente desestimado en este punto en la STC 93/2017 por remisión a lo razonado en las SSTC 41/2016, 111/2016 y 54/2017. En este caso, el TC únicamente entra a analizar la impugnación de la disposición transitoria cuarta de la LRSL por motivos no planteados en los anteriores recursos.

¹⁷ Sobre esa cuestión vuelve el Tribunal en la sentencia 19/2017, de 2 de febrero de 2017, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 2256-2016, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el artículo 19, apartado 6, de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso a la actividad económica, que modificó el artículo 79 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, aprobatorio del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

¹⁸ FONT I LLOVET y GALÁN GALÁN (2014: 15) señalaron que «tanto la planificación como la ejecución de la reforma local se han pensado desde arriba. Dicho al contrario, no es una reforma que nazca desde abajo, fruto de las reivindicaciones del mundo local, de manera que finalmente lleguen a lo alto para ser recogidas por un legislador sensible a dichas peticiones. Antes al contrario: el diagnóstico de la situación y la selección de las medidas a adoptar son labores cruciales que han sido realizadas en la soledad del ministerio y, probablemente, por manos expertas en economía. Porque, como decimos, la reforma local no pretende resolver los problemas que padecen los gobiernos locales, sino los problemas que, al menos en parte, se cree que han sido generados por ellos. No debe extrañar, pues, que en el texto de la nueva ley no se ofrezca respuesta a las denuncias de todo tipo, sobre carencias y necesidades de la vida

No es extraño, por tanto, que la aplicación de la LRSAL se haya encontrado con enormes resistencias por parte de los obligados a aplicarla¹⁹.

También un sector de la doctrina fue muy crítico con la forma en que se llevó a cabo la reforma, mediante una más de las muchas leyes-medida que la crisis financiera y fiscal ha provocado, marcadas todas ellas casi exclusivamente por preocupaciones de índole económica y coyuntural²⁰. En este tipo de leyes la atención se centra inevitablemente en la consecución del objetivo que motiva la reforma y no se considera con el mismo interés el impacto que la nueva regulación pueda tener sobre la coherencia, los principios o los restantes objetivos del texto reformado. En este caso se modificaron parcialmente las dos leyes basales del ordenamiento local, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, con el propósito declarado de «racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso», aunque para ello hayan sufrido, entre otros, los principios de descentralización y de proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Es muy significativo que al enumerar los principios que deben inspirar al legislador sectorial se haya sustituido la referencia a la «máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos» por una simple mención a la «proximidad» junto a los principios de eficacia y eficiencia (artículo 2.1 LBRL); todo ello, además, con «estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera»²¹. Queda así de manifiesto la posición que adopta el legislador básico y permite adelantar el tratamiento que van a tener los pequeños municipios y las entidades inframunicipales, seguramente porque se toma una visión muy plana sobre lo que son estas últimas.

Súmese a todo ello que las medidas incluidas en la primera redacción del anteproyecto de Ley fueron profundamente modificadas antes de su aprobación por el Consejo de Ministros, y que la poda continuó durante su tramitación parlamentaria²², suprimiendo alguna de las medidas más radicales y suavizando en buena medida las restantes, por lo que el resultado final ni podía satisfacer a los impulsores de la reforma, ni iba a ser aceptado por quienes se oponían a ella.

La LRSAL también mereció un juicio negativo por sus deficiencias técnicas²³. La Ley arrastraba esas carencias desde su origen, lo que llevó al Consejo de Estado a denunciar en su dictamen sobre el ante-

local, que, desde hace largo tiempo, vienen haciéndose desde la doctrina y, sobre todo, desde las asociaciones representativas de entes locales. Sencillamente no es el objeto de la ley: no es el propósito de la reforma».

¹⁹ Vid. GALÁN GALÁN, Alfredo (2015): «La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. extra 1; o TEJEDOR BIELSA, Julio (2015): «El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo», en BOIX PALOP, Andrés y DE LA ENCARNACIÓN, Ana María (coord.): *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*: 81-100. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.

²⁰ ALMEIDA CERREDA (2015: 43) afirma que la LRSAL es un claro ejemplo del llamado Derecho de la crisis económica, que lleva a implantar con carácter permanente soluciones movidas por una exigencia de ahorro inmediato de recursos públicos, pero que viene a modificar profundamente la legislación de régimen local sin una reconsideración sosegada de las bases de dicho sistema legal. Por su parte, VELASCO CABALLERO (2013a) destacó oportunamente que la absorción del Ministerio de Administraciones Públicas por el de Hacienda no ha sido neutra, porque ha desplazado a un segundo plano las perspectivas constitucional, política y jurídica sobre los gobiernos locales. En el plano orgánico esto se reflejaría en el debilitamiento de los órganos específicos sobre Administración Local, que no cuenta con una Dirección General, quedando estas cuestiones en cierto modo arrinconadas en una Subdirección General de Administración Local.

²¹ Vid. MELLADO RUIZ, Lorenzo (2014a): «Consecuencias derivadas de la supresión del principio de mayor proximidad», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 5.

²² Sobre la tramitación del anteproyecto vid. BOIX PALOP, Andrés (2014) y TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2014: 390-396).

²³ De ello se trató en la ponencia y las intervenciones posteriores sobre «La planta del gobierno local» que tuvo lugar en el VIII Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Universidad de Alicante los días 8 y 9 de febrero de 2013, recogidas posteriormente en el libro *La planta del gobierno local: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2013; y en DOMINGO ZABALLOS, Manuel José (coord., 2014): *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord., 2014): *La reforma de 2013 del régimen local español*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local; QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord., 2014): *La reforma del régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch; BOIX PALOP, Andrés y DE LA ENCARNACIÓN, Ana María (coord., 2015): *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*: 81-100. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi. También debe tenerse en cuenta el *Anuario del Gobierno Local: ¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013* y el número de *Cuadernos de Derecho Local* dedicado a: *La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013*, 34 (2014). Cfr. también CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): «Sobre la reforma local y las competencias municipales propias», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100: 765-781; o FONT I LLOVET, Tomás y GALÁN GALÁN, Alfredo (2013), «Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es ésta la reforma?» *Anuario del Gobierno Local 2012*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.

proyecto la existencia de «cierta confusión conceptual» y a recomendar que se revisase «la redacción del anteproyecto para asegurar un adecuado empleo» de algunos términos. También proponía la rectificación de varias de las medidas propuestas en el anteproyecto para garantizar una mayor seguridad jurídica y una mejor articulación del texto resultante en el entramado constitucional de distribución de competencias, en particular la restrictiva regulación que se hacía sobre mancomunidades y entidades locales menores, que el Tribunal Constitucional había considerado organizaciones expresivas de la autonomía organizativa municipal y de alta interiorización autonómica. A pesar de que durante la tramitación parlamentaria se enmendó parcialmente el proyecto de ley, el texto finalmente aprobado seguía siendo deficiente y, consecuentemente, los textos legales que reformaba (LBRL y TRLRHL) y también la propia LRSAL –en aquellos preceptos que eran de aplicación directa– resultan confusos en bastantes extremos, cuando no contradictorios. Si además se considera que parte de su articulado ha sido declarado inconstitucional y que el Tribunal Constitucional ha impuesto una determinada interpretación «conforme a la Constitución» para otros preceptos (SSTC 41/2016, 111/2016, 168/2016 y 180/2016), se adivina que su aplicación va a ser dificultosa²⁴.

El tratamiento dado a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio es un buen ejemplo de todo lo anterior. Uno de los objetivos declarados del anteproyecto de LRSAL era la racionalización de la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; entre las medidas previstas para lograrlo se encontraba una nueva regulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio en la que se las privaba de su personalidad jurídica. Pero en los continuos cambios que sufrió el texto durante el proceso de elaboración puede apreciarse cómo fue perdiendo importancia el objetivo racionalizador para al final atender casi en exclusiva al de sostenibilidad financiera (MELLADO RUIZ, 2014b: 27). Pronto se abandonó, por ejemplo, la idea de reformar la planta local mediante la supresión forzosa de municipios y se indultó a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, aunque en la primera versión del anteproyecto de LRSAL se proponía su completa desaparición. En una versión posterior, la que fue remitida para ser informada por el Consejo de Estado, ya estaba previsto mantener las entidades inframunicipales existentes, aunque se había añadido una disposición que supeditaba su supervivencia a la superación de un control de eficacia: se estuvo valorando concederles un plazo de tres meses para que presentaran sus cuentas y a continuación evaluar los servicios que prestasen, todo ello con la amenaza de disolución, si de la evaluación se deducía una inadecuada prestación de los servicios²⁵. También estas previsiones sufrieron importantes modificaciones durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, como se expondrá en los siguientes apartados.

Al final, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio existentes en el momento de la entrada en vigor de la LRSAL han conservado su personalidad jurídica y la condición de entidad local (disposición transitoria cuarta), aunque su régimen jurídico ha sufrido una drástica modificación²⁶. De hecho, con la sorprendente excepción del artículo 4, en la redacción vigente de la LBRL no se alude a la existencia de entidades inframunicipales con personalidad jurídica, porque se ha dejado sin contenido el artículo 45 LBRL y se ha suprimido la mención que se hacía en el artículo 3.2.a) LBRL a las «Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de esta Ley». Además, se ha introducido el artículo 24 bis, en el que se regulan unos nuevos «entes [sic] de ámbito territorial inferior al municipio» como forma de gestión municipal desconcentrada y, por tanto, sin personalidad jurídica propia. El resultado final supone la coexistencia de dos fórmulas organizativas radicalmente distintas, puesto que mientras las tradicionales entidades locales menores siguen existiendo como entes descentralizados, las iniciativas que en el futuro se planteen para responder a las exigencias de participación en los asuntos de interés propio de los núcleos de población separados solo pueden canalizarse a través de órganos municipales desconcentrados.

²⁴ GALÁN GALÁN (2015) ha analizado las dificultades para la aplicación de la LRSAL señalando como causas las importantes dudas interpretativas, la falta de previsión en la LRSAL de un adecuado régimen transitorio, su aplicación territorial diferenciada y el rechazo generalizado que ha causado. Más recientemente BOIX PALOP (2017) ha descrito el fracaso de la reforma y esbozado posibles soluciones a los retos que deja pendientes.

²⁵ Esto era lo previsto en la disposición adicional undécima del anteproyecto de 18 de febrero de 2013, que imponía la disolución de las entidades inframunicipales en las que, tras la correspondiente evaluación, se dedujese «la inadecuación de la prestación de servicios en su ámbito». El Dictamen del Consejo de Estado destacó la inseguridad jurídica que producía una regulación tan imprecisa y la posible vulneración de las competencias autonómicas, dado el fuerte grado de «interiorización» autonómica de este tipo de entidades (STC 214/1989) y la regla desapareció de las siguientes versiones del anteproyecto.

²⁶ De la nueva regulación sobre entidades de ámbito territorial inferior al municipio se ocupan ALMEIDA CERREDA (2014: 13), TOLIVAR ALAS (2014: 381), VELASCO CABALLERO (2014b: 50-53) o GALÁN y GALINDO (2015).

2. Extensión de la competencia estatal para legislar sobre entidades inframunicipales descentralizadas. Constitucionalidad de la prohibición de crear nuevas entidades de este tipo

La doctrina y el Consejo de Estado habían señalado que la restrictiva regulación sobre entidades de ámbito territorial inferior al municipio podía desbordar el ámbito de la legislación básica en esta materia, ya que el Tribunal Constitucional las consideraba organizaciones expresivas de la autonomía organizativa municipal y de alta interiorización autonómica²⁷. Así lo entendieron también los promotores de los recursos contra la LRSAL, que argumentaron que limitaba injustificadamente la libertad autonómica de creación de entidades inframunicipales y vulneraba la doctrina constitucional formulada en las sentencias 179/1985 y 214/1989. Por ello impugnaron el nuevo artículo 24 bis LBRL y la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, que preveía la disolución de las entidades locales de ámbito territorial inframunicipal si no presentaban sus cuentas ante el Estado o las Comunidades Autónomas antes de una fecha determinada.

Ahora interesa centrarse en el primero de los preceptos impugnados, el artículo 24 bis, que introduce en la LBRL la figura de los «entes de ámbito territorial inferior al municipio», en realidad órganos desconcentrados del municipio (apartado primero del artículo 24 bis), que solo podrían crearse tras constatar además que resultan «una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (apartado tercero). Conectando este precepto con la supresión del artículo 45 LBRL, concluían los recurrentes que las Comunidades Autónomas no podían regular sobre creación de nuevas entidades inframunicipales descentralizadas. Así lo entendió también desde el principio una parte de la doctrina, que asumió que después de la entrada en vigor de la LRSAL para la administración de núcleos de población separados solo cabía utilizar las formas de gestión desconcentrada del artículo 24 bis²⁸. Basándose en la literalidad del artículo 24 bis y de la regulación contenida en la LRSAL, que únicamente alude a las entidades ya constituidas, concluían que las Comunidades Autónomas no podían regular de forma diferente sobre este aspecto, ni aplicar la legislación autonómica vigente para crear nuevas entidades de ámbito territorial inferior al municipio, por lo que solo les quedaba la posibilidad de recurrir a fórmulas de gestión desconcentrada.

Para llegar a esa conclusión había que aceptar una premisa de cuya constitucionalidad dudaban, como era que el Estado podía imponer un modelo restrictivo de organización inframunicipal e impedir a las Comunidades Autónomas adoptar cualquier opción descentralizadora, a pesar de que desde su creación el Tribunal Constitucional les había reconocido una amplísima competencia normativa sobre organización local. Concretamente en relación con las entidades de ámbito territorial inferior al municipio afirmó el Tribunal en su sentencia 214/1989 que eran entidades con un fuerte grado de interiorización autonómica, por lo que el Estado debía quedar al margen en cuestiones tan relevantes como la determinación de sus competencias. Ese razonamiento no impide que el Estado legisle sobre entidades inframunicipales, pero sí podía hacer pensar que una ley estatal que prohibiese la creación de entidades inframunicipales de naturaleza descentralizada, con personalidad jurídica y competencias propias, reduciendo las opciones normativas autonómicas –y las de autoorganización municipal– únicamente a formas de organización territorial desconcentrada, iba más allá de lo que hasta ese momento el Tribunal había considerado bases del régimen jurídico de las Administraciones Locales.

El Tribunal Constitucional ha despejado esa duda en la sentencia 41/2016, declarando la constitucionalidad de la LRSAL en ese extremo. Aunque admite que la creación y regulación de entidades inframunicipales es una decisión que afecta a la autonomía municipal constitucionalmente garantizada, añade que la protección de intereses supraautonómicos puede justificar una regulación básica sobre ese particular. Recuerda el Tribunal que, respetando el espacio que corresponde a la legislación autonómica y a la autoorganización local, la legislación básica puede «identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado» (STC 41/2016, FJ 5)²⁹. A partir de ahí

²⁷ Y se proponían interpretaciones moduladoras del alcance de la nueva regulación. Vid. ALMEIDA CERREDA, Marcos (2014: 21-23) o VELASCO CABALLERO, Francisco (2013b: 111-113 y 2014c: 19-21).

²⁸ Vid. AMENÓS ALAMO, Joan (2014), «El elemento territorial del municipio en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Anuario del Gobierno Local 2013*: 51. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público; MEDINA GUERRERO, Manuel (2014), *La reforma del régimen local*: 86. Valencia: Tirant lo Blanch.

²⁹ En anteriores pronunciamientos ya había mantenido que, aunque la constitución y determinación del régimen jurídico de estas entidades, de carácter puramente contingente o voluntario, depende de la normativa local y de la legislación de las Comunidades Autónomas, el Estado puede «establecer algunas reglas o previsiones al respecto» [SSTC 4/1981, FJ 6; y 214/1989, FJ 15 a)]. En la STC 214/1989 se admite el establecimiento de reglas básicas que atiendan a «intereses generales de alcance supraautonómico» [FJ 15 letras a) y b)]. Esto debe hacerse con el límite de que se regulen únicamente «aquellos aspectos que sean necesarios, sin quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organi-

el Tribunal acepta que limitar la creación de nuevos entes descentralizados «condiciona la potestad municipal de autoorganización y las competencias autonómicas sobre régimen local», pero explica que «tal exigencia se inspira directamente en los mandatos constitucionales de eficiencia en el uso de los recursos públicos (artículo 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (artículo 135 CE), sin vulnerar por ello la potestad organizatoria municipal ni hurtar a las Comunidades Autónomas un amplio margen de desarrollo»³⁰. Con esa vaga referencia se entiende cumplido el requisito exigido desde la STC 214/1989 [FJ 15 b)] de afectación de «intereses generales de alcance supraautonómico», por lo que declara el carácter de legislación básica de la prohibición de crear entidades inframunicipales descentralizadas y su conformidad con la garantía constitucional de la autonomía local.

Con este razonamiento el Tribunal Constitucional asume abiertamente la directriz que inspira la LRSAL, que –como se explica en la propia STC 41/2016– ha «cambiado el sentido político de su regulación en el marco del amplio margen de configuración que le asigna la Constitución», densificando el contenido la legislación básica estatal y reduciendo correlativamente las alternativas de regulación de las Comunidades Autónomas y la autonomía organizativa de las entidades locales para contener el número de personificaciones públicas³¹.

En cuanto a la regulación de los órganos desconcentrados contenida en el artículo 24 bis LBRL, también entiende el Tribunal Constitucional que se justifica en «intereses generales de alcance supraautonómico» y que deja «amplios espacios de desarrollo autonómico y autoorganización local» [FJ 15 b)], por lo que no aprecia tachas de inconstitucionalidad. A juicio del Tribunal, el legislador básico no habría «ocupado más espacio normativo» del que ocupaba antes de la reforma, restringiendo correlativamente las posibilidades de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas; simplemente habría «cambiado el sentido político de su regulación en el marco del amplio margen de configuración que le asigna la Constitución». También valora que el artículo 24 bis no contiene reglas precisas sobre creación, organización y competencias, por lo que para su aplicación resulta imprescindible que la regulación sea completada por la legislación autonómica y, en su caso, por las normas que establezcan los propios municipios. Por todo ello concluye que el precepto «se sitúa dentro de los márgenes del art. 149.1.18 CE».

En la STC 41/2016 solo se enjuició la constitucionalidad de los artículos 3.2 y 24 bis LBRL y de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL (FJ 7 a), b) y c)), que fueron los impugnados por la Asamblea de Extremadura en el recurso de inconstitucionalidad 1792-2014. No lo fueron en ese momento el artículo 1.14 LRSAL, que deroga y deja sin contenido el artículo 45 LRBL, ni la disposición transitoria quinta de la LRSAL, que reconoce el carácter de entidad local con personalidad jurídica de las entidades inframunicipales ya constituidas y las que el 1 de enero de 2013 estaban en proceso de creación; pero si se incluyeron en el recurso de inconstitucionalidad 1996-2014, interpuesto por el Parlamento de Cataluña. En este segundo recurso el artículo 1.14 y la disposición transitoria quinta de la LRSAL se impugnaron en conexión con los artículos 3.2 y 24 bis LBRL y la disposición transitoria cuarta de la LRSAL y con el mismo argumento, que todo el conjunto normativo suponía un cambio sustancial del régimen básico de las entidades locales de ámbito inferior al municipio que vulneraba el artículo 87.2 EAC, conforme al que los núcleos separados de un municipio pueden constituirse en «entidades municipales descentralizadas», lo que permitió al Tribunal Constitucional confirmar su constitucionalidad en la STC 54/2017 (FJ 2 c) *in fine*) con una simple remisión a lo expuesto en el FJ 7 a), b) y c) de la STC 41/2016, sin necesidad de completar sus argumentos.

3. De la contradicción sobrevenida entre la legislación básica estatal y los Estatutos de Autonomía y sus efectos sobre la legislación autonómica de régimen local

Esa primera conclusión plantea otra cuestión de naturaleza constitucional, como es la necesidad de resolver la contradicción entre la legislación básica estatal y las previsiones de los Estatutos de Autonomía, ya que hay preceptos de la LRSAL que chocan frontalmente con algunos de ellos, como el artículo 86.7

zación y funcionamiento interno de los órganos» [STC 41/2016, FJ 5, que sintetiza la doctrina de las SSTC 32/1981, FJ 5; 214/1989, FJ 6; 50/1999, FJ 3 y 103/2013, FJ 5 e)].

³⁰ ALMEIDA CERREDA (2016: 242), duda que se pueda afirmar, en abstracto y con carácter general, que optar por la desconcentración frente a las tradicionales estructuras desconcentradas vaya a suponer automáticamente un aumento de la eficiencia en el uso de los recursos públicos y de la estabilidad presupuestaria, por el simple hecho de que el nuevo órgano desconcentrado esté sujeto jerárquicamente a los órganos de gobierno de los ayuntamientos.

³¹ En el FJ 8 de la STC 41/2016 se afirma, en relación con la preferencia asignada en el artículo 57.3 LRSAL a la fórmula convencional sobre la consorcial, que «puede discutirse políticamente, pero constituye una directriz directamente encaminada a desarrollar una política de contención de personificaciones públicas que se sitúa dentro de los amplios márgenes de configuración legislativa que abre la Constitución y amparan los apartados 14 y 18 del art. 149.1 CE».

del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el que se dispone que «las concentraciones de población que dentro de un municipio constituyan núcleos separados pueden constituirse en entidades municipales descentralizadas. La ley debe garantizarles la descentralización y la capacidad suficientes para llevar a cabo las actividades y prestar los servicios de su competencia». También entran en contradicción con el artículo 58 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, que establece que «[p]or ley se regularán las formas de constitución, organización, competencias y régimen jurídico y financiero de las entidades locales menores, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y aquellas otras agrupaciones voluntarias o necesarias de municipios que pudieran establecerse, reconociendo, en todo caso, su autonomía administrativa y su personalidad jurídica»; y con los artículos 27.2 y 40.3 del Estatuto de Autonomía para Galicia, en el que se reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para regular las «parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia» y expresamente se les atribuye personalidad jurídica. Hasta la reforma de 2013 esos preceptos estatutarios no planteaban problema alguno, porque lo dispuesto en los Estatutos coincidía con lo previsto en la legislación estatal. Pero con la aprobación de la LRSAL, que impide la creación de nuevas entidades inframunicipales con personalidad jurídica, se produce una contradicción sobrevenida.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la sentencia 168/2016, de 6 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1995-2014, interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias en relación con diversos preceptos de la LRSAL. La recurrente alegaba, entre otras cosas, la vulneración del artículo 6.1 del Estatuto de Autonomía para Asturias, que reconoce expresamente la personalidad jurídica de las «parroquias rurales», que es como se denominan las entidades inframunicipales del Principado de Asturias. El Tribunal rechaza ese motivo recordando que en anteriores sentencias había declarado que el Estatuto, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma (artículo 147.1 CE), puede contener las «líneas fundamentales o la regulación esencial» del régimen local en su ámbito territorial, «pero solo con el fin de “vincular al legislador autonómico” y respetando “en todo caso la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del artículo 149.1.18 CE, por cuanto la expresión ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas’ engloba a las Administraciones locales”»³² [SSTC 41/2016, FJ 3 a); 31/2010, FFJJ 36 y 37; y 103/2013, FJ 4]. Entiende por tanto el Tribunal que «una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia», ni «impedir de ninguna manera el ejercicio de esa competencia estatal»³³ (STC 31/2010, FJ 37). Esto es, el Estatuto no puede erigirse en obstáculo que evite que las bases desplieguen su función de «mínimo común normativo» aplicable en todas las Comunidades Autónomas (SSTC 168/2016, FJ 3 b) y 45/2017, FJ 2 c)); en relación con este concreto asunto, no impide que el Estado reforme las bases en materia de régimen local para prohibir la creación de nuevas entidades inframunicipales con personalidad jurídica.

La cuestión se ha planteado en términos similares en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2256-2016, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el apartado 6 del artículo 19 de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2015, de 21 de julio, de simplificación de la actividad administrativa de la Administración de la Generalitat y de los gobiernos locales de Cataluña y de impulso a la actividad económica, que modificó el artículo 79 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, aprobatorio del texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMLRC). Este último regulaba la constitución de entidades municipales descentralizadas y en 2015 se reformaron varias de las reglas del procedimiento de constitución. El recurso ha sido resuelto por sentencia 19/2017, aplicando precisamente la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en relación con el marco estatutario catalán para concluir que la legislación catalana de régimen local debe ajustarse al artículo 24 bis LBRL, que es una norma formal y materialmente básica, descartando que

³² El mismo razonamiento había sido utilizado en el FJ 12 de la STC 41/2016, que resuelve el recurso planteado por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL, pero no para desestimar las impugnaciones planteadas contra la regulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, sino las dirigidas contra la ordenación de las competencias municipales. BOIX PALOP (2014: 13) ya había destacado el cambio en el entendimiento del Tribunal Constitucional sobre la extensión de la competencia estatal en esta materia, advirtiendo de las «posibilidades de delimitación competencial que se reconocen *de facto* al Estado a partir de títulos competenciales generales y a partir de sus facultades para establecer normas básicas».

³³ La STC 31/2010 descartó que pudiera estimarse que el capítulo IV, “El Gobierno Local”, del título II, del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio), «transgreda la reserva estatutaria ex art. 147.2 CE, ni que impida el ejercicio de la competencia estatal en la materia»; una regulación estatutaria de «líneas fundamentales» del régimen local autonómico puede adoptarse «con el fin de vincular al legislador autonómico» y respetando «en todo caso», «como es obvio», «la competencia básica que al Estado corresponde en la materia» (FJ 36). La STC 41/2016 volvió sobre esta doctrina al resolver la impugnación dirigida contra el nuevo régimen básico de las competencias municipales (arts. 7.4 y 25 LBRL, en la redacción dada por los apartados 3 y 8 del art. 1 de la Ley 27/2013), pero la conclusión del TC fue la misma.

artículo 86.7 del Estatuto de Autonomía de Cataluña «desplace o impida el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases de régimen local ex art. 149.1.18 CE» (FJ 5). Sin embargo, no se declara inconstitucional el precepto que reforma el artículo 79 TRLMRLC, al menos no en su totalidad, sirviéndose para ello de una interpretación conforme a la Constitución. Recuerda el Tribunal que en las sentencias 41/2016 y 168/2016 ya había declarado que las nuevas bases estatales solo afectan a la «subjetividad» de los entes inframunicipales –a su configuración subjetiva como entes «descentralizados» con personalidad jurídica propia–, de lo cual deduce que la reforma introducida con la Ley catalana 16/2015 no es incompatible con las bases estatales porque no afectaría a la dimensión subjetiva de estos entes (FJ 6). Lógicamente este razonamiento le lleva a concluir que a partir de ese momento el procedimiento de constitución regulado en el apartado c) del artículo 79.1 TRLMRLC solo puede utilizarse como cauce para constituir los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio en Cataluña, en el bien entendido de que son entes de naturaleza desconcentrada.

Pero lo más interesante de esta sentencia es que a la interpretación conforme a la Constitución se le añade la declaración de inconstitucionalidad de la denominación utilizada en el precepto impugnado, precisamente por resultar incompatible con esa interpretación, y la extensión de los efectos de esa declaración a otros apartados del artículo 79 del texto refundido que no habían sido formalmente impugnados. Se percata el Tribunal Constitucional de que en la nueva redacción del artículo 79 TRLMRLC se sigue utilizando el adjetivo «descentralizada» para referirse a la entidad que se crearía y que ese adjetivo «conlleva la caracterización subjetiva que ha devenido incompatible con las nuevas bases», por lo que se declara «inconstitucional y nula, por su contradicción con la base estatal, esa concreta referencia». Pero los efectos de la declaración no terminan ahí, ya que, aplicando el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad se extiende por conexión «al resto de referencias que a dicho vocablo se contienen en el art. 79 del Decreto Legislativo 2/2003»³⁴, por considerar que, «si bien no han sido formalmente recurridas por venir contenidas en la anterior redacción [...] del Decreto Legislativo 2/2003 que no ha sido modificada, las citadas expresiones, que se ajustaban a la legislación básica anterior, han devenido incompatibles con la normativa básica estatal ahora en vigor». Y añade, para terminar de extraer consecuencias de la caracterización básica de este nuevo tipo de entes, que cualquier referencia contenida en el artículo 79 TRLMRLC «a las «entidades locales» o la «entidad local» ha de entenderse referida a los entes locales menores de naturaleza desconcentrada y sin personalidad jurídica a que alude el art. 24 bis LBRL, salvo en aquellos casos en los que sea de aplicación la disposición transitoria quinta de la Ley 27/2013 por tratarse de entes que iniciaron su proceso de constitución antes del 1 de enero de 2013».

4. El régimen especial de Navarra

Pero no es cierto que la regulación sobre entidades inframunicipales contenida en la LRSAL sea aplicable en todas las Comunidades Autónomas, puesto que la propia LRSAL incluye criterios de diferenciación, que en esta materia afectan a la Comunidad Foral de Navarra y a la Comunidad Autónoma del País Vasco³⁵.

Con apoyo en la disposición adicional tercera de la LBRL se puede sostener que la Comunidad Foral de Navarra mantiene íntegra su competencia histórica para regular y crear nuevos concejos –que es como se denominan las entidades inframunicipales en esa Comunidad Autónoma– y que no son aplicables en su territorio las limitaciones que introduce la LRSAL en materia de entidades inframunicipales en cuanto se opongan al régimen que para su Administración Local establece el artículo 46 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA). Así se declara en la STC 180/2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2001-2014, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra varios preceptos de la LRSAL. En relación con la cuestión que nos ocupa, planteaba la recurrente que «el art. 24 bis [de la LRSAL] alude directamente a los “concejos” que constituyen una institución tradicional de Navarra sometida al régimen jurídico foral y por tanto ante una materia que forma parte de la competencia histórica de Navarra prevista en el art. 46.1 a) LORAFNA, y que encuentra un

³⁴ Precisa el Tribunal que la declaración de inconstitucionalidad afectaría en concreto a los adjetivos contenidos en la rúbrica del precepto, en el encabezamiento del apartado 1 del mismo («descentralizadas»), en el texto de la letra d) del mismo apartado («descentralizada») y en el texto del apartado 2 del aludido precepto («descentralizada»).

³⁵ Sobre los efectos de la LRSAL en la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco vid. RAZQUIN LI-ZARRAGA, Martín María (2014): “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en DOMINGO ZABALLOS, Manuel José (coord.): *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*: 117-150. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi; o VELASCO CABALLERO, Francisco (2014c).

completo desarrollo en la Ley Foral de Administración local, en la sección primera del capítulo II, del título 1, arts. 37 a 44, ya que el art. 37.1 reconoce expresamente como ámbitos territoriales inferiores al municipio y “con personalidad jurídica para la gestión y administración de sus intereses en el ámbito de las competencias atribuidas a los mismos por esta Ley Foral” y, consecuentemente, limitaría de manera injustificada la competencia autonómica.

En este caso, aunque el Tribunal Constitucional mantiene su afirmación de que las disposiciones estatutarias en materia de régimen local condicionan solo al legislador autonómico y que no prevalecen frente a la legislación básica en caso de conflicto (STC 31/2010), explica que esa doctrina no es aplicable en el caso de Navarra. Entiende el Tribunal que «el marco competencial en materia de régimen local difiere de un modo esencial en el caso de Navarra, pues las previsiones de la LORAFNA, en la parte que reflejen derechos históricos, enraízan en la disposición adicional primera de la Constitución que, por lo que aquí interesa, desplaza respecto a esta entidad foral la competencia estatal de dictar legislación básica *ex art. 149.1.18.ª* CE (STC 140/1990, de 20 de noviembre, en cuanto a la legislación básica sobre funcionarios públicos, en especial, FFJJ 2, 3 y 4)».

A continuación, recuerda el Tribunal que la «organización concejil» se ha mantenido en Navarra de forma ininterrumpida, por lo que forma parte de los derechos históricos que ostenta «al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada de dieciséis de agosto de mil ochocientos cuarenta y uno, en el Real Decreto-Ley Paccionado de cuatro de noviembre de mil novecientos veinticinco y disposiciones complementarias», según el artículo 46.1 a) LORAFNA. También se refiere a ellos expresamente el artículo 46.2 LORAFNA, que alude «a los Municipios, Concejos y Entidades Locales de Navarra». Por todo ello concluye que esta materia se incardina en la competencia reservada por el artículo 46 LORAFNA al ente foral en materia de Administración local, que no queda en este punto constreñida por la legislación básica estatal.

Esta conclusión no lleva al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad del artículo 24 bis LBRL, que lógicamente es aplicable en otras Comunidades Autónomas. Precisa el Tribunal que la disposición adicional tercera de la LBRL, que expresamente prevé que «la presente Ley regirá en Navarra en lo que no se oponga al régimen que para su Administración local establece el art. 46 LORAFNA», es también aplicable a los preceptos introducidos en la misma por la LRSAL y concluye que el nuevo artículo 24 bis LBRL «no invade la competencia del ente foral dado que la disposición adicional tercera de la Ley de Bases de Régimen Local deja claro que el ámbito de aplicación de aquél no alcanza al territorio foral. Todo ello sin perjuicio de que a las entidades locales navarras le sean aplicables los controles de eficiencia que, en virtud del art. 149.1.14 CE, el Estado ha dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con las especialidades que en su aplicación al territorio foral prevé la disposición adicional tercera de esta última norma» (STC 180/2016, FJ 5).

El Parlamento de Navarra también recurrió la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, relativa a la supresión de entidades inframunicipales ya constituidas. El Tribunal Constitucional desestimó esa impugnación por las mismas razones; es decir, por entender que no era aplicables a la Comunidad Foral, aunque consideró que en este caso «la previsión que determina la no aplicabilidad de esta disposición [...] no es la disposición adicional tercera de la Ley de Bases de Régimen Local sino la disposición adicional segunda de la LRSAL, norma esta última que en su apartado primero presenta una regla general similar a la que está contenida en aquélla y hemos tenido en cuenta respecto del art. 24 bis LBRL» (STC 180/2016, FJ 5).

5. El régimen especial del País Vasco

Una solución similar es la prevista para la Comunidad Autónoma del País Vasco³⁶, ya que la LRSAL también modificó la disposición adicional segunda de la LBRL, que reconoce la singularidad del régimen local en esta Comunidad Autónoma. Encuentra esta su fundamento en la disposición adicional primera de la Constitución y en los artículos 3, 24.2 y 37 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, que amparan las peculiaridades históricas de las Entidades Locales de los Territorios Históricos de Araba/Álava, Gipuzkoa y Bizkaia³⁷. Además, la propia LRSAL contiene una disposición similar, la adicional primera, que declara su apli-

³⁶ VELASCO CABALLERO (2014a) y GALÁN GALÁN (2015: 7) se han ocupado de las particularidades que presenta las cláusulas de excepción de la LRSAL aplicables a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

³⁷ También modifica la LRSAL el texto de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, adaptando el régimen económico-financiero especial del que disfrutaban las entidades locales del País Vasco en los términos de la Ley del Concierto Económico a las técnicas de control

cación a la Comunidad Autónoma del País Vasco «sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las demás normas que actualicen los derechos históricos de los territorios forales».

Son reglas similares a las comentadas en relación con el régimen especial navarro –más claras incluso–, por lo que se puede concluir que en materia de entidades inframunicipales en el País Vasco prevalece la normativa foral dictada en cada Territorio Histórico para adaptar sus derechos históricos frente a lo dispuesto en la legislación estatal de régimen local, cuando entre en conflicto con tales derechos (RAZQUIN LIZARRAGA, 2014: 144-145). Esto supone que no serían de aplicación en el territorio de esta Comunidad Autónoma las limitaciones que introduce la LRSAL en materia de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que resulten contrarias a la regulación foral, salvaguardando así las formas tradicionales de organización de los Territorios Históricos, como los concejos alaveses³⁸.

Siguiendo esa lógica, el Parlamento Vasco ha aprobado la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, en cuyo artículo 2 se otorga la consideración de entidades locales a «Los concejos y cualesquiera otras entidades locales territoriales de ámbito inferior al municipio, conforme a la normativa foral existente en cada territorio y lo dispuesto en la legislación básica de régimen local» (artículo 2.1 b) de la Ley 2/2016). Y en el artículo 13 se atribuye a los órganos forales de los respectivos territorios históricos vascos las competencias normativas y ejecutivas, así como las de carácter económico-financiero, sobre las entidades locales menores.

III. LAS ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO TRAS LA LRSAL

Una vez determinado el alcance de la reforma de 2013 sobre la regulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio es necesario analizar el contenido de los preceptos de carácter básico que específicamente se refieren a las mismas.

Como resultado de la reforma se han configurado dos soluciones organizativas distintas, con estatutos muy diferentes: la tradicional de las entidades locales menores y otra nueva, como órganos municipales desconcentrados. A continuación se exponen las modificaciones que afectan a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio. En el siguiente apartado se analiza la regulación básica sobre los nuevos órganos municipales desconcentrados, impropriamente llamados «entes de ámbito territorial inferior al municipio».

1. La supresión del artículo 45 LBRL y la subsistencia de las entidades inframunicipales existentes

La LRSAL dejó sin contenido el artículo 45 LBRL, derogando así la regulación básica sobre entidades de ámbito territorial inferior al municipio. También suprimió la mención contenida en el artículo 3.2.a) LBRL a las «Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de esta Ley», lo que podía hacer pensar que de ese modo se negaba la consideración de entidad local a las entidades inframunicipales que previamente habían sido instituidas o reconocidas en los términos del artículo 45. Pero esa conclusión sería errónea, puesto que ni el vaciamiento del artículo 45 LBRL ha supuesto la desaparición de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, ni la supresión de la mención del artículo 3.2 conlleva que las existentes pierdan su condición de entidades locales.

Aunque en los primeros borradores del anteproyecto de LRSAL se proponía la disolución de todas las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, la fuerte oposición que levantó esa medida³⁹ provocó la incorporación a la LRSAL de la disposición transitoria cuarta, en la que se establece que mantienen su personalidad jurídica y la condición de entidad local todas las entidades de este tipo existentes en el momento de entrada

financiero que introduce la LRSAL, atribuyendo su competencia a los Territorios Históricos en lugar de a la Administración General del País Vasco.

³⁸ BAZAKO y ETXANOBE (2015) han destacado que éste era el objetivo perseguido con la negociación llevada a cabo por el grupo nacionalista vasco en el Congreso de los Diputados durante la tramitación de la LRSAL.

³⁹ Esa oposición política queda patente en las alegaciones de la Federación Española de Municipios y Provincias al anteproyecto de Ley, en las que se oponía rotundamente a la pérdida de la personalidad jurídica de estas entidades y de su carácter de entidades locales. Sí llegaron a admitir la disolución de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio que no presentasen sus cuentas, aunque se proponía la ampliación del plazo previsto en el anteproyecto.

en vigor de la Ley⁴⁰. Debe tenerse en cuenta además que la LRSAL ha modificado los artículos 45 y 3.2 LBRL, pero no ha eliminado la referencia del artículo 4.2 LBRL a dichas entidades, por lo que también pueden ejercer las potestades propias de las Administraciones Públicas de carácter territorial que las leyes autonómicas les hayan atribuido (o les atribuyan). Puede parecer un resultado discordante, debido sin duda a los importantes cambios sufridos por el proyecto de ley en cuestiones fundamentales, a las rectificaciones asumidas en contra de los objetivos iniciales⁴¹, pero sobre todo a la deficiente técnica empleada para incorporar todo ello a los textos legales que se modificaron, ya que no se prestó la debida atención a la coherencia del texto resultante⁴².

Por tanto, siguen existiendo las entidades de ámbito inferior al municipio existentes a la entrada en vigor de la LRSAL, que también conservan la condición de entidad local. Es un gran número de Administraciones, que incluso podía aumentar a medida que concluyeran los procedimientos de constitución de este tipo de entes iniciados antes del 1 de enero de 2013, como se explicará más adelante. Aunque solo gestionan el 6% del gasto del sector público local, suponen más del 25% de las entidades locales existentes⁴³. Cabe por ello preguntarse si fue razonable vaciar el artículo 45 LBRL y dejar a todas estas entidades sin una regulación estatal básica. Desde luego fue una decisión deliberada⁴⁴, pero no por ello deja de sorprender que, a pesar de la extensión de las bases en muchas de las materias reguladas en la LBRL, en este caso el legislador estatal renunciase a establecer una regulación común para las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, derogando la que existía y entregando conscientemente la completa caracterización de este tipo de entes al legislador autonómico⁴⁵. Parece al menos contradictorio con la funcionalidad de las bases que lo que durante años ha sido básico con el argumento de ser una regulación común, esencial y necesaria para este tipo de entidades, deje repentinamente de serlo, a pesar de que ni han desaparecido las entidades ni se ha producido una modificación de calado en su régimen jurídico.

2. Las nuevas causas de disolución de entidades de ámbito territorial inferior al municipio

Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio conservarán su estatus mientras no incurran en alguna de las causas de disolución previstas en la legislación de régimen local o terminen finalmente segregándose del municipio matriz⁴⁶. Sobre esta cuestión también ha incidido la LRSAL, que regula dos nuevas causas de disolución.

a) *Disolución por incumplimiento del deber de presentación de cuentas*

La primera se encuentra en el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, en la que se establece que «con fecha de 31 de diciembre de 2014, las entidades de ámbito territorial inferior al

⁴⁰ No debe olvidarse tampoco que otras normas estatales relevantes, significativamente la legislación sobre estabilidad presupuestaria, también consideraban entidades locales a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, aunque no las asimilan a los municipios a todos los efectos. Por ejemplo, no se les permitió acogerse al plan de pagos a proveedores, porque no participaban en los tributos del Estado (que sirven de garantía de los préstamos). Y ello a pesar de que muchas de las entidades inframunicipales se financian con cargo a esa participación municipal, porque así está previsto en los convenios que han suscrito con los municipios en los que se integran.

⁴¹ La disposición por la que conservan la condición de entidad local aquellas que ya disfrutaban de ella se introdujo en una enmienda en el Senado el 18 de diciembre de 2013, solo nueve días antes de la promulgación de la LRSAL.

⁴² Un claro ejemplo de esa falta de atención es que, pese a haber dejado sin contenido ese precepto, en la redacción vigente de los artículos 22, 47, 50 y 123 LBRL aún se alude expresamente a las «entidades a que se refiere el artículo 45».

⁴³ En 2014 el número de entidades de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM) era de 3.711, que representaba el 28% del total de entes que integran el sector público local. Castilla y León era la Comunidad Autónoma que más entidades tenía (2215, un 60% del total), seguida de Cantabria (520, un 14%). Ese número se ha mantenido con mínimas variaciones (en la actualidad son 3.708), puesto que algunas de esas entidades finalmente se han constituido en municipios por segregación, como más adelante se expondrá. Sobre la situación de las mismas, aunque con datos del año 2012, es muy expresiva la «foto» tomada por GALÁN y GALINDO (2015: 48-58) en su análisis del Registro de Entidades Locales y la tipología que realizan.

⁴⁴ No puede pensarse en este caso que fue un descuido más, porque durante la tramitación parlamentaria se advirtió de ello y se propuso que se mantuviera el artículo 45 LBRL para que se aplicase a las entidades existentes y a las que se encontraban en proceso de constitución, aunque la enmienda no fue admitida. Y desde luego no cabe entender que a estas entidades les resulte aplicable el nuevo artículo 24 bis LBRL, porque este tiene por objeto entes sin personalidad jurídica. GALÁN y GALINDO (2015: 81) han señalado que en esta cuestión la LRSAL profundiza en la interiorización autonómica del régimen jurídico de este tipo de entidades, a pesar de que uno de los reproches más generalizados a la misma es precisamente el de vulnerar las competencias autonómicas.

⁴⁵ Siguen vigentes los artículos 38 a 45 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, puesto que la LRSAL no contiene referencia alguna a la legislación estatal supletoria sobre este tipo de entidades.

⁴⁶ Sobre las causas y efectos de la disolución vid. PIZARRO NEVADO (2002: 125-131).

Municipio deberán presentar sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva para no incurrir en causa de disolución». En el apartado tercero se añade que la no presentación de cuentas «ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva» es causa de disolución⁴⁷.

Resulta desconcertante lo genérico de la circunstancia que llevaría a la disolución y el automatismo con el que aparentemente operaría, pues esta causa de disolución se fundamentaba en el incumplimiento de una genérica obligación formal, la de presentación de cuentas en una fecha determinada, pero sin que se definieran a qué ejercicios se extendía la obligación, ni contemplar qué sucedía en caso de cumplimiento extemporáneo por razones justificadas, por ejemplo, o cuando las cuentas se hubieran remitido en plazo pero antes de que fueran aprobadas por el Pleno⁴⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado razonable esa indefinición porque así no solo se deja en manos de las Comunidades Autónomas la adopción de la medida, sino que conservan cierto margen «para determinar el alcance de la obligación de presentación de cuentas, apreciar el incumplimiento que acarrea aquellas consecuencias y, afirmado el incumplimiento, decidir entre disolver sin más la entidad local menor o conservarla como “forma de organización desconcentrada”» [STC 41/2016, FJ 7.c)].

Era lógico pensar que la disolución no se produciría automáticamente, sino que sería necesario constatar el incumplimiento previamente. La misma disposición transitoria precisa que la disolución «será acordada por Decreto del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma respectiva», aunque ese inciso ha sido declarado inconstitucional⁴⁹, por lo que corresponde al legislador autonómico determinar el órgano, el procedimiento y la forma que ha de adoptar esta decisión, garantizando la intervención de todas las entidades afectadas, entre las que se encuentran los municipios. Y no solo eso, puesto que –como se reconoce en la STC 41/2016 [FJ 7.c)]– esa legislación también debe «determinar el alcance de la obligación de presentación de cuentas», y establecer los criterios para apreciar el incumplimiento y para decidir entre disolver simplemente la entidad o transformarla en una forma de organización desconcentrada⁵⁰.

Pero la mayor crítica que merece la disposición es la desproporción de la medida asociada al incumplimiento⁵¹. Es evidente que la disposición transitoria cuarta responde a un problema real, como era que muchas entidades no presentaban sus cuentas. Pero no parece proporcionado que se imponga la disolución de la entidad inframunicipal cuando la consecuencia no es la misma en el supuesto de que sean los municipios los que incumplan el mismo deber⁵², ni es la prevista en otras leyes cuando son otras Administraciones las que incumplen obligaciones del mismo tipo⁵³. Esa desproporción resulta aún más evidente si se considera que la gravosa medida se introdujo precisamente cuando la tendencia de los últimos años era la de la re-

⁴⁷ Aunque la constitucionalidad de esta disposición fue cuestionada por la Asamblea de Extremadura, el TC ha rechazado el recurso en este punto razonando que, a pesar de que «la organización interna municipal corresponde a los propios Ayuntamientos en el marco de la legislación sobre régimen local, que en este punto ha de ser, en principio, prevalentemente autonómica», existen intereses supraautonómicos que pueden justificar una regulación básica que imponga la supresión preceptiva de estructuras organizativas o su conversión preceptiva en formas de organización desconcentrada. Reconoce que «la medida incide directamente en la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) con el fin de proteger intereses supraautonómicos, en general, ahorrar dinero público y facilitar el cumplimiento de los mandatos constitucionales de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE), en particular» [STC 41/2016, FJ 7 c)].

⁴⁸ Sobre las continuadas denuncias de la indefinición de esta disposición durante su tramitación parlamentaria vid. GALÁN y GALINDO (2015: 69-71).

⁴⁹ El Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 41/2016 que el órgano autonómico que «ha de adoptar el acuerdo de disolución en este caso y cómo ha de hacerlo son esencialmente “cuestiones de organización administrativa” (STC 194/2012, de 31 de octubre, FJ 7) que pertenecen a la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma. En este supuesto, no hay razones constitucionales que justifiquen que las bases descendan a la regulación de estos detalles. Por eso la determinación del legislador estatal infringe los arts. 148.1.1 CE y 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura».

⁵⁰ VELASCO CABALLERO (2014b: 52) va más allá incluso y ha sugerido que la Comunidad Autónoma puede decidir sobre la continuidad de la entidad inframunicipal en función de sus propios criterios de política territorial y local.

⁵¹ Así lo denunciaba el Consell de Garanties Estatutàries, apuntando que el incumplimiento de este trámite no indica por sí mismo que se haya producido una vulneración de las exigencias derivadas de la legislación sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, por lo que consideraba la disolución una consecuencia demasiado drástica (Dictamen 8/2014, de 27 de febrero, sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local). En términos similares se pronunciaron ALMEIDA CERREDA, Marcos (2014: 24-25) y GALÁN y GALINDO (2015: 73).

⁵² Los datos recogidos en los informes del Tribunal de Cuentas muestran que las entidades de ámbito territorial inferior al municipio no tenían un grado de cumplimiento mucho peor que el de los pequeños municipios. En el *Informe de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2014*, elaborado por el Tribunal de Cuentas a partir de la información de las cuentas generales del citado ejercicio económico rendidas por las entidades locales (fecha de aprobación: 30 de junio de 2016) se comprueba que el 31 de diciembre de 2015 habían rendido cuentas de 2014 solo el 76% de los municipios y el 74% de las entidades inframunicipales.

⁵³ Una medida más proporcionada e igualmente eficaz, y así lo ha propuesto también el Tribunal de Cuentas, podría ser impedir que las Administraciones incumplidoras puedan acudir a las convocatorias de ayudas y subvenciones.

ducción del grado de incumplimiento de la obligación de rendición de cuentas, por lo que después de años de tolerancia era difícil imaginar que los Gobiernos autonómicos acordasen una disolución por esta causa⁵⁴.

Debe precisarse que esa desproporción no se ha considerado razón suficiente para declarar inconstitucional la disposición transitoria por vulnerar el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 CE, como planteó el Gobierno de Cataluña en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2006-2014. El TC rechazó ese motivo de impugnación en la STC 93/2017 por dos razones. En primer lugar, por el comentado margen de configuración que se deja a las Comunidades Autónomas para definir el alcance de la obligación de presentación de cuentas y los efectos de su incumplimiento, lo que en palabras del TC «viene en cierto modo a facilitar que las Comunidades Autónomas puedan asegurar que los efectos jurídicos que se produzcan (disolución o conversión en forma de organización desconcentrada) sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento efectivamente producido». Y en segundo lugar porque negó que para determinar si la regulación de la disposición transitoria cuarta vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad deba utilizarse como parámetro de control el canon de proporcionalidad, que entiende que es propio «de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos, así como del derecho fundamental a acceder a la jurisdicción previsto en el artículo 24.1 CE [por todas, SSTC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7 b), y 209/2013, de 16 de diciembre, FJ 3]». Por tanto, en la STC 93/2017 el Tribunal no hizo un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sino que recordó la doctrina expuesta en las SSTC 118/2016, 96/2002 y 215/2014 para insistir en que el control de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse con mucha prudencia «para evitar constricciones indebidas al poder legislativo respetando sus diferentes opciones políticas» y que en ese control únicamente puede verificar si la decisión adoptada «carece de toda explicación racional» o «establece una discriminación», «sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias». Siguiendo ese planteamiento, el Tribunal razonó que «las consecuencias asociadas al incumplimiento de la obligación de presentación de cuentas serían contrarias al artículo 9.3 CE solo si pudiéramos afirmar que carecen de toda explicación racional después de realizar un escrutinio deferente con los amplios márgenes de configuración del legislador», lo que no apreció en este concreto supuesto por considerar que la disposición transitoria cuarta de la LRSAL persigue un objetivo legítimo: «incentivar a las entidades locales menores a ordenar, equilibrar y dar a conocer sus cuentas». El Tribunal no entra por tanto a considerar la proporcionalidad de las consecuencias asociadas al incumplimiento de la obligación de presentación de cuentas porque considera que no están completamente definidas y que, además, esta no es el parámetro constitucional para controlar una eventual vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, pero de su razonamiento sí puede deducirse el deber del legislador autonómico de atemperar los efectos del incumplimiento en consideración a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Habría que añadir que las consecuencias de la disolución no solo son indeseables para la entidad de ámbito territorial inferior al municipio. También los municipios rechazarán en muchos casos esta solución, porque tendrán que asumir nuevas responsabilidades (los servicios que prestaba la entidad disuelta) y cargas que pueden ser muy pesadas, como la incorporación del personal de la entidad extinguida y la subrogación en sus derechos y sobre todo en sus obligaciones (apartado tercero de la disposición transitoria cuarta). Todo ello sin contar además con el malestar social que sin duda generaría la medida.

Todo lo anterior podría explicar la falta de desarrollo autonómico de la disposición transitoria cuarta de la LRSAL y, por tanto, la completa desactivación de su eficacia.

⁵⁴ De la ineficacia de esta medida es reflejo la situación descrita en el citado *Informe de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2014*, en el que se denuncia la interrupción de la tendencia al alza en la rendición de cuentas que venía produciéndose en los últimos ejercicios, tanto en los municipios como en las entidades inframunicipales. El 31 de diciembre de 2015 solo habían rendido cuentas de 2014 el 76% de los municipios, mientras que ese porcentaje había sido del 82% en el ejercicio anterior. Pero quizá el dato más llamativo sea el importante descenso de la rendición de cuentas de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio después del máximo alcanzado el 31 de diciembre de 2014, ante la amenaza de disolución. En esa fecha rindieron la cuenta general del ejercicio 2013 solo 2068 entidades inframunicipales, mientras que el resto (1103 entidades) rindieron la cuenta general del ejercicio 2013 con posterioridad o no la han rendido todavía y no por ello han sido disueltas. De acuerdo con los datos disponibles en el portal Rendición de Cuentas en junio de 2017 (<http://www.rendiciondecuentas.es/es/observatorioderendicion/rendiciontipoentidad.html>), se ha pasado de una rendición de cuentas del ejercicio 2013 de un 97,32 % (si se incluye la rendición extemporánea) a un 90,95 % en relación con el ejercicio 2014. Si se considera el ejercicio 2015, se comprueba que solo rindieron sus cuentas en plazo el 49,45 % de las entidades inframunicipales, porcentaje que sube hasta el 84,19 % si se considera la rendición extemporánea hasta junio de 2017.

b) Disolución por exigencia de un plan económico-financiero

Una segunda causa de disolución se contiene en el nuevo artículo 116 bis LBRL, que regula el contenido de los planes económico-financieros que deben formular los municipios que incumplen los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública o la regla de gasto. Si se da alguna de esas circunstancias, el municipio está obligado a formular uno de esos planes con el contenido establecido en el apartado segundo. Pues bien, una de las medidas previstas con carácter obligatorio es la «supresión de entidades de ámbito territorial inferior al municipio que, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, incumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria o con el objetivo de deuda pública o que el período medio de pago a proveedores supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad».

Esta es la redacción dada en el Senado, que de nuevo actuó mitigando el injustificable trato que se quería aplicar a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio. En su redacción original el proyecto de ley contemplaba la supresión de las entidades inframunicipales sin más precisiones, aunque fueran sostenibles financieramente, si no lo era el municipio y este se veía obligado a aprobar un plan económico-financiero. Soportaban así las entidades de ámbito territorial inferior al municipio las consecuencias de una situación que no les era imputable y que dejaba además su supervivencia en manos del municipio de adscripción.

Pero la redacción definitiva también resulta problemática, porque no se precisan debidamente cuestiones tan relevantes como el tipo de entidades que activarían el precepto cuando formulan un plan económico-financiero o el régimen aplicable al proceso de disolución, lo que obliga a una compleja tarea de interpretación⁵⁵. Además, la disolución prevista puede considerarse hasta cierto punto desproporcionada (ALMEIDA CERREDA, 2014: 24-25), ya que el artículo 116 bis LBRL contempla medidas mucho más contundentes que las previstas en la Ley Orgánica 2/2012 para dar respuesta a una situación de carácter coyuntural. Porque en el fondo la situación económico-financiera que el plan pretende resolver tendrá en muchas ocasiones un carácter temporal y, sin embargo, la LRSAL impone forzosamente medidas permanentes e irreversibles, entre ellas la supresión de la entidad de ámbito territorial inferior al municipio. Habría sido más adecuado, al menos en una primera fase, intentar sanear la entidad inframunicipal, como se pretende hacer con el municipio a través del plan. Esto último es particularmente necesario si consideramos que no existe una regulación que afronte decididamente la financiación de las entidades inframunicipales, que en este extremo quedan a merced del municipio y de las restantes administraciones territoriales y, por tanto, su supervivencia está supeditada a condiciones que no siempre controlan. Aunque algunas mantienen unas fluidas relaciones de colaboración con el municipio en que se enclavan, en otros casos no es así, sino todo lo contrario, por lo que en el supuesto de que el municipio matriz afrontase dificultades financieras la entidad inframunicipal se vería casi inexorablemente abocada a la disolución, consecuencia esta que además el municipio podría eludir aunque su situación financiera fuera equiparable.

3. Régimen aplicable a las entidades en proceso de constitución

La disposición transitoria quinta de la LRSAL regula los procedimientos de constitución de entidades de ámbito territorial al municipio en tramitación al momento de su entrada en vigor. No debe sorprender que se atienda a una situación siempre problemática, aclarando cuál debe ser el régimen aplicable a la entidad surgida del proceso y, por tanto, cuál sea su naturaleza jurídica. En lo que sí se aparta la disposición transitoria quinta de la práctica habitual es en la forma de determinar ese régimen, porque lo usual es que en estos casos se aplique la legislación vigente el día de inicio del procedimiento, aunque se resuelva con posterioridad a la entrada en vigor de una nueva regulación, o alternativamente aplicar la legislación vigente el día que se resuelve el procedimiento, sin entrar a considerar la fecha de inicio del procedimiento. En este supuesto no se opta ni por una ni por otra regla, sino por una combinación de ambas.

En la disposición transitoria quinta se prevé que los procedimientos para la constitución de entidades de ámbito territorial inferior al municipio en tramitación el día de entrada en vigor de la LRSAL, que fue el 31 de diciembre de 2013, se resolverían de dos formas en función de cuál hubiera sido el día de iniciación del procedimiento. Si el procedimiento se había iniciado «antes del 1 de enero de 2013 [...], una vez que se constituya, lo hará con personalidad jurídica propia y con la condición de Entidad Local y se regirá por lo dispuesto en la legislación autonómica correspondiente». Esto suponía que, si la resolución era favorable

⁵⁵ Al respecto de esta cuestión vid. GALÁN GALÁN y GALINDO CALDÉS (2015: 77-81).

a la constitución de la entidad, esta tendría personalidad jurídica propia y la naturaleza de entidad local, en las mismas condiciones que las que se hubieran constituido antes de la entrada en vigor de la LRSAL⁵⁶. Esa identidad de régimen jurídico no puede reducirse exclusivamente al previsto en la legislación autonómica, a pesar de lo que diga la disposición transitoria; también les será de aplicación la legislación estatal sobre este tipo de entidades locales, tanto la dictada con carácter básico, como la que lo tiene supletorio. En particular les será de aplicación las obligaciones y las causas de disolución comentadas en el apartado anterior.

Lo anterior no regía si el procedimiento de constitución de la entidad inframunicipal se había iniciado después del 1 de enero de 2013, porque en tal caso una interpretación *a contrario sensu* de la disposición transitoria quinta llevaba a concluir que tras la entrada en vigor de la LRSAL no podría constituirse una entidad con personalidad jurídica propia, sino que el núcleo de población a lo sumo podría alcanzar la condición de órgano desconcentrado; es decir, la de los nuevos entes de ámbito territorial inferior al municipio regulados en el artículo 24 bis LBRL. Obviamente el propósito de esta regla era evitar que ante la inminencia del cambio legal se produjese una explosión de iniciativas para la constitución de entidades inframunicipales o mitigar en parte sus efectos. Pero la solución ideada en realidad genera nuevos problemas, porque el resultado al que se llega ni era el deseado por el promotor de la iniciativa ni por el municipio (cuando la iniciativa partiera de la población del núcleo separado) al que, desconociendo su potestad de organización, se iba a imponer un órgano de gestión desconcentrada. Como es lógico la esperanza de vida de ese nuevo órgano puede ser muy corta, si es que el proceso no se ve truncado por el desistimiento de sus promotores. Hubiera sido más adecuado, y más respetuoso con la competencia autonómica sobre régimen local, que la disposición transitoria incorporase al procedimiento de constitución una fase de composición de intereses de las Administraciones implicadas y una mayor libertad de apreciación para las Comunidades Autónomas en la decisión final.

IV. EL RÉGIMEN BÁSICO DE LOS NUEVOS ÓRGANOS DESCONCENTRADOS

Aún debe analizarse la regulación contenida en el nuevo artículo 24 bis LBRL, que incorpora a dicha ley otra modalidad de organización territorial desconcentrada bajo la denominación de «entes de ámbito territorial inferior al municipio». A pesar de lo que pudiera sugerir su nombre, son simples órganos administrativos, que carecen de personalidad jurídica propia y, por supuesto, del carácter de entidad local.

Como sucede con otras circunscripciones territoriales desconcentradas, la regulación de esta forma organizativa también se entrega casi por completo a las Comunidades Autónomas, que pueden decidir si desarrollan la figura en su territorio y qué configuración darle en cada caso, sin que del artículo 24 bis se deriven grandes condicionantes⁵⁷. Al contrario, esa baja densidad normativa deja sin justificación el propio precepto y un reguero de dudas importantes.

1. Denominación y naturaleza jurídica

Es urgente que la legislación autonómica les asigne una denominación adecuada, ya que el término «ente» sugiere una existencia autónoma del municipio de la que no disfrutaban los órganos desconcentrados. Debe evitarse que, cuando se constituyan estos órganos, puedan confundirse con las verdaderas «entidades de ámbito territorial inferior al Municipio» con las que van a coexistir, porque los llamados entes de ámbito territorial inferior al Municipio carecen de personalidad jurídica y, consecuentemente, no pueden ser entidades locales.

En ello se insiste innecesariamente en el apartado primero el artículo 24 bis LBRL, cuando los define como una forma de organización desconcentrada del municipio. Con seguridad este fue el motivo de la supresión del inciso del artículo 3.2 LBRL que aludía a las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, puesto que en los primeros borradores de la LRSAL se proponía la supresión de cualquier forma de entidad inframunicipal descentralizada y se utilizaba esa expresión para nombrar a los que ahora se llama entes de ámbito territorial inferior al municipio. Sin embargo, el propósito inicial cambió durante la tramitación de la LRSAL y finalmente se mantuvieron las entidades inframunicipales existentes, conservando todas ellas la condición de

⁵⁶ En aplicación de esta regla en 2014 se crearon las entidades municipales descentralizadas de Sant Miquel de Balenyà, en el municipio de Seva (Barcelona), y de L'Estartit, en el municipio de Torroella de Montgrí (Girona), la entidad local autónoma de Bobadilla Estación, en el término municipal de Antequera (Málaga) y la entidad local menor de Itziar, en el término municipal de Deba (Gipuzkoa).

⁵⁷ En la STC 41/2016 se afirma que «[e]l art. 24 bis LBRL sigue sin incluir reglas precisas sobre creación, organización y competencias (art. 24 bis LBRL). Los propios municipios y, en su caso, las Comunidades Autónomas habrán de establecerlas».

entidades locales. Nada ha cambiado en su régimen jurídico que justifique, por tanto, la modificación del artículo 3.2 LBRL. Ni puede explicarse por la eventual confusión que pudiera suscitar la similitud terminológica de los entes de ámbito territorial inferior al municipio, porque el artículo 24 bis se encarga de subrayar que estos carecen de personalidad jurídica y consecuentemente no pueden disfrutar de tal condición.

Tampoco es fácil entender qué añade el artículo 24 bis LBRL a lo previsto en el artículo 24 de la misma Ley⁵⁸, al margen de dejar meridianamente claro que los nuevos entes «carecerán de personalidad jurídica», que parece ser lo único que justifica su inclusión autónoma. No lo es desde luego su definición como forma de organización municipal desconcentrada para la administración de núcleos de población separados, porque esto ya tenía acomodo en el artículo 24 LBRL⁵⁹. Tampoco lo será la referencia a la eficiencia del apartado tercero, que no hace sino acentuar una exigencia común a la creación de cualquier órgano municipal complementario, como es que responda a los principios de eficacia y economía organizativa⁶⁰.

ALMEIDA CERREDA (2014: 23) sugiere que la razón de esta elección «podría ser que, con la misma, el legislador estatal pretende dar vida y promover la difusión de un nuevo subtipo de organismo inframunicipal, situado a medio camino entre los tradicionales órganos de gestión territorial desconcentrada y las antiguas entidades locales menores». Pero si ese era el propósito del legislador básico, debe adelantarse que ha hecho poco por alcanzar ese objetivo, puesto que para ello sería imprescindible dotar a estos nuevos órganos de más atribuciones y mayor autonomía de la que gozan los órganos regulados en el artículo 24 LBRL, lo que no se desprende necesariamente de la redacción del artículo 24 bis. Por el contrario, ni siquiera contiene ese precepto una mínima referencia al fin que persigue toda forma de gestión territorial desconcentrada, que es «facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y mejorar ésta», lo que refleja una vez más es sesgo exclusivamente economicista de la reforma⁶¹.

2. Procedimiento de creación, modificación y supresión

Los llamados entes de ámbito territorial inferior al municipio no son órganos necesarios, forman parte de los órganos complementarios y, por tanto, corresponde a cada municipio decidir sobre su creación y configuración en el ejercicio de su potestad de autoorganización. No se afirma así expresamente en el artículo 24 bis LBRL, pero no puede ser de otra forma dada su naturaleza jurídica, al menos mientras la legislación autonómica no establezca un procedimiento de creación diferente⁶² (VELASCO CABALLERO, 2014: 52-53). Esta es además la previsión contenida en el artículo 24 LBRL, que debe entenderse aplicable también a la nueva modalidad de órganos desconcentrados.

⁵⁸ Vid. TRAYTER JIMÉNEZ (2007: 671) o GALINDO CALDÉS (2014: 48).

⁵⁹ En desarrollo de la previsión del artículo 24 LBRL el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) y la legislación autonómica habían regulado distintos órganos territoriales de gestión desconcentrada: Juntas Municipales de Distrito (artículos 128 y 129 ROF), Juntas de Vecinos en la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia, etc. El artículo 65 TRLMRLC, permite que «los grupos de población que dentro de un municipio constituyen núcleos separados pueden constituirse como órganos territoriales de participación. La constitución es obligatoria cuando la mayoría de los vecinos interesados lo pida». Y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), contempla en sus artículos 109 y 111 la creación de circunscripciones territoriales desconcentradas que «podrán ser denominadas distritos, barrios, aldeas, pedanías u otras denominaciones de análoga significación».

⁶⁰ Como se exige con carácter general para todo tipo de entes y órganos en la legislación de régimen local. Así se dispone, por ejemplo, en el artículo 49 TRLMRLC o en el artículo 110 LAULA, donde se afirma que la «organización territorial del término municipal estará presidida por el principio de racionalidad y economía administrativa».

⁶¹ QUINTANA LÓPEZ, Tomás (1991: 151) explica como desde su origen la organización municipal desconcentrada ha estado conectada con la participación ciudadana. Sin embargo, en el apartado primero del artículo 24 bis se omite cualquier referencia a este objetivo y únicamente se indica que los entes de ámbito territorial inferior al municipio se crearán «para la administración de núcleos de población separados, bajo su denominación tradicional de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos, o aquella que establezcan las leyes».

⁶² Esa parece ser también la idea que asume la STC 19/2017, en la que el Tribunal Constitucional reconoce la competencia autonómica para regular dicho procedimiento (FJ 6). Pero es difícil compartir íntegramente la solución dada al concreto conflicto planteado, puesto que para salvar la regulación impugnada la sentencia impone una interpretación conforme con la legislación básica estatal que no parece que fuera la voluntad del Parlamento de Cataluña. Parece dudoso que al reformar el procedimiento de constitución de entidades descentralizadas regulado en el artículo 79 TRLMRLC se hiciera asumiendo que serviría exclusivamente para la constitución de los nuevos órganos desconcentrados, cuando el texto refundido no se modificó para incluir esa figura. Además, ignora el Tribunal las dificultades que esa interpretación suscitará al confrontarla con lo dispuesto en el artículo 24 bis, aunque era consciente de ello, como se desprende del inciso final del FJ 7, en el que se justifica no entrar a valorar la «posible incompatibilidad de esa configuración procedimental novedosa con el tenor del art. 24 bis LBRL» porque no había sido planteada por el Abogado del Estado en el recurso de inconstitucionalidad.

Por eso resulta incomprensible la referencia del apartado segundo del artículo 24 bis a que el Ayuntamiento correspondiente «debe ser oído en todo caso», ya que es justamente el municipio el que acordará su creación. Arrastra aquí el artículo 24 bis LBRL una adherencia del artículo 45 que se ha dejado sin contenido, donde esta previsión tenía sentido porque la creación de entes con personalidad jurídica podía corresponder a la Comunidad Autónoma y era imprescindible la audiencia al municipio afectado en el procedimiento de constitución. Y debe destacarse que no todas las leyes autonómicas habían mantenido esa regla, porque algunas atribuían a los municipios la decisión sobre la creación de entidades inframunicipales⁶³. Lo que parece fuera de discusión es que el Estado, en el ejercicio de su competencia para establecer las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, pudiera establecer que la creación de estos órganos desconcentrados debe ser una decisión de la Comunidad Autónoma y no municipal.

Por tanto, puesto que estamos ante una cuestión de organización municipal (artículo 20.3 LBRL), en ausencia de una regulación específica, la creación de este tipo de «entes» puede realizarse en el reglamento de organización municipal, que regulará la existencia de estos órganos, su composición, atribuciones y funcionamiento. Pero también cabe que, como sucede frecuentemente en la creación de distritos⁶⁴, los municipios dicten reglamentos específicos para la creación y regulación de entes de ámbito territorial inferior al municipio o incluso que se incluyan en la norma que regule los mecanismos de participación ciudadana.

Sí es relevante que el apartado segundo del artículo 24 bis LBRL contemple la iniciativa vecinal para impulsar el procedimiento de creación de los nuevos órganos. Quizá se pretenda con esta previsión que el ente de ámbito territorial inferior al municipio sirva para canalizar las demandas de participación en el gobierno de los asuntos de interés de las poblaciones separadas, pero es ingenuo pensar que sea así con órganos de tan poco recorrido. Es difícil imaginar que puedan cumplir esa función si las leyes autonómicas primero y los municipios después no les reconocen amplias atribuciones, financiación suficiente y una composición interna que no convierta a los nuevos órganos en meros ejecutores de las políticas del gobierno municipal, sino que incorpore una representación de los vecinos del núcleo separado y garantice que los nuevos «entes» sean verdaderos órganos de participación y gestión de los intereses vecinales.

Por último, el apartado tercero del artículo 24 bis LBRL supedita la decisión de crear un ente de ámbito territorial inferior al Municipio a que resulte una «una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (apartado tercero del artículo 24 bis LBRL). El Consejo de Estado denunció en su dictamen 567/2013 la generalidad de esta regla, porque «el anteproyecto no determina el modo en que haya de verificarse la condición, pues únicamente invoca la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en la que no se incluye ningún requisito a estos efectos. Debería, pues, aclararse en el anteproyecto a quién corresponde tal constatación y establecerse las pautas que deban seguirse». La redacción final dada a la Ley no resuelve el problema, porque solo ha sustituido la remisión que se hacía en el anteproyecto a dicha Ley Orgánica en su totalidad por una genérica referencia a «los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril». Obviamente esto no corrige la insuficiencia denunciada, ya que ni arroja más luz sobre los criterios para verificar el cumplimiento del requisito, ni precisa quién debe hacer la comprobación. En relación con el primer aspecto, el apartado tercero es una disposición que no añade gran cosa al régimen municipal; es un mero recordatorio del régimen vigente en ese momento, puesto que los principios de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera más directamente conectados con la cuestión que nos ocupa son precisamente esos, los principios de estabilidad presupuestaria (artículo 3) y sostenibilidad financiera (artículo 4), así como el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁶⁵ (artículo 7), que ya eran exigibles en cada actuación municipal, porque las Corporaciones Locales estaban incluidas en su ámbito de aplicación. En relación con el segundo, a falta de legislación que desa-

⁶³ Así está previsto, por ejemplo, en el artículo 116 LAULA que para aprobar la creación de una entidad descentralizada exige el voto de la mayoría absoluta del número legal de miembros del pleno del ayuntamiento. La intervención posterior de la Consejería de la Junta de Andalucía competente sobre régimen local se reduce a recibir la comunicación del instrumento municipal de creación para su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y, una vez constituidos sus órganos de gobierno, para proceder a su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Locales.

⁶⁴ Sobre el tratamiento dado a los distritos en este aspecto vid. GALINDO CALDÉS (2014: 93).

⁶⁵ En el apartado tercero del artículo 7 se establece que «las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuesta-

rolle tan parca previsión, será el propio Ayuntamiento quién deba hacerlo, pues será este quien impulse y resuelva el procedimiento. Pero sobre todo el mayor reproche que merece este inciso es que olvida una vez más otros intereses dignos de consideración y con base constitucional expresa, como son los de acercar la acción administrativa a la población afectada y los de participación ciudadana⁶⁶.

Nada se establece en la LRBRL sobre la modificación o supresión de este tipo de órganos, pero es lógico pensar que al no ser órganos necesarios los municipios pueden crearlos, modificarlos o suprimirlos discrecionalmente.

3. Competencias, organización y funcionamiento

Como todo órgano desconcentrado los entes de ámbito territorial inferior al municipio actúan en una parte del municipio, exclusivamente con funciones de gestión y limitadas a los asuntos que les asigne su instrumento de creación, a menos que la legislación autonómica eventualmente les reserve un elenco de atribuciones acorde con los intereses vecinales a los que se daría respuesta con esta figura. Y, por supuesto, aunque tampoco se especifique en el artículo 24 bis LRBRL su acción deberá desarrollarse «sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio», para lo cual dispone este de las potestades de dirección características de las relaciones interorgánicas⁶⁷.

Realmente es poco lo que la legislación básica puede establecer en esta materia que la jurisprudencia constitucional entrega ampliamente al legislador autonómico, admitiendo, por tanto, tantas soluciones como exija la variada realidad del territorio español. En dos de sus recientes sentencias recuerda el Tribunal Constitucional que «la sola previsión de que estos entes carecen de personalidad jurídica no elimina amplios espacios de desarrollo autonómico y autoorganización local. La personalidad jurídica propia o régimen de descentralización administrativa no implica un estatuto sustancialmente distinto, que garantice amplias esferas de autonomía a las entidades locales menores [...] Ciertamente, la ausencia de personalidad jurídica propia remite al sistema de imputación y control de actos característico de las relaciones interorgánicas. No obstante, las concretas tareas que correspondan a estas ‘formas de organización desconcentrada’ así como las facultades de control y supervisión que el municipio desarrolle respecto de ellas siguen dependiendo esencialmente de las opciones organizativas que adopten los propios entes locales en el marco de la legislación autonómica sobre régimen local y de las bases ex art. 149.1.18 CE» [STC 41/2016, FJ 7 b), y 168/2016, FJ 3 b)].

Como era por tanto previsible, el legislador básico, aunque tuviera en mente dar respuesta a la situación y a las demandas de los pequeños núcleos de población distintos de la capitalidad del municipio, al regular un nuevo órgano desconcentrado no iba a incluir referencia alguna a los órganos de gestión o de control, ni por supuesto al carácter electivo de sus responsables, aunque será lo habitual en el caso de los órganos colegiados cuando este punto sea desarrollado por la legislación autonómica.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La descuidada regulación de los nuevos «entes» de ámbito territorial inferior al municipio no parece perseguir su proliferación, ni creemos que la desregulación de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio vaya a condicionar el funcionamiento de las existentes, porque –como es tradicional en esta materia– se deja en manos de las Comunidades Autónomas definir las características y la capacidad de actuación de ambas formas organizativas.

Lo que resulta difícil de entender es la prohibición de crear nuevas entidades inframunicipales, renunciando de ese modo a un instrumento que se ha empleado con relativo éxito para aliviar o atemperar ten-

ria y sostenibilidad financiera». Y en el apartado cuarto del artículo 11 se dispone que las Corporaciones Locales deben mantener una posición de equilibrio o superávit presupuestario.

⁶⁶ Vid. GALÁN y GALINDO (2015: 92), que reflejan las posiciones de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas ante la reforma.

⁶⁷ Como ha recordado el Tribunal Constitucional, la configuración de estos entes como estructuras desconcentradas supone, de un lado, que el Ayuntamiento se erige en el centro de imputación de las obligaciones y los derechos dimanantes de la actividad de estas «formas de organización desconcentrada» y, de otro, que los órganos municipales de gobierno se relacionan con estas en términos de jerarquía, todo ello sobre la base de que así podrá facilitarse el cumplimiento de los objetivos de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria (artículos 31.2, 103.1 y 135 CE).

siones segregacionistas y que también podría servir para facilitar las fusiones de municipios⁶⁸. Para evitar el crecimiento incontrolado de este tipo de entidades habría bastado con la introducción con carácter básico de requisitos de eficiencia y sostenibilidad para su constitución.

En relación con los órganos desconcentrados, solo una decidida política autonómica puede favorecer su utilización. Al menos es lo que parece indicar la reducidísima implantación de otras fórmulas de desconcentración municipal, a las que en su momento tampoco se prestó suficiente atención. Nada impedía, por ejemplo, que los Parlamentos Autonómicos configurasen órganos desconcentrados más potentes, puesto que el artículo 24 LBRL no imponía condiciones relevantes; ni a los núcleos de población separados servirse de las formas organizativas existentes antes de la entrada en vigor de la LRSAL. Sin embargo, estos últimos han preferido seguir la vía de la descentralización en las variedades abiertas por la legislación autonómica, todas ellas con personalidad, competencias y patrimonio propios⁶⁹.

La intención del legislador estatal ha sido cerrar esa vía, encauzando cualquier nueva iniciativa hacia soluciones desconcentradas, al mismo tiempo que se endurecían las condiciones para la supervivencia de las entidades existentes y los requisitos para su acceso a la condición de municipio. Sin embargo, los más de tres años de vigencia de la LRSAL parecen confirmar que la reforma está lejos de alcanzar sus objetivos y que todo seguirá igual, al menos hasta que no disminuyan las resistencias autonómicas y locales a su plena aplicación.

Tampoco se puede afirmar que la solución organizativa ideada haya servido para enfriar los ánimos de quienes aspiraban a un mayor nivel de autogobierno. Cabría incluso apuntar que su promulgación ha provocado algunos efectos contrarios a los objetivos perseguidos. Es evidente que las Comunidades Autónomas no se precipitaron a modificar su legislación de régimen local para adaptarla a los fines y exigencias de la LRSAL, sino todo lo contrario (ARROYO YANES, 2014; CASARES MARCOS, 2014; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2014; GALÁN GALÁN, 2015; TEJEDOR BIELSA, 2015). Ya adelantamos que, si la legislación autonómica no configura los entes de ámbito territorial inferior al municipio con amplias atribuciones, financiación suficiente y una organización representativa de los vecinos del núcleo separado, no tendrán atractivo como órganos de participación y gestión de los intereses vecinales, por lo que no servirán para aliviar las tensiones segregacionistas que esta ley parece olvidar, a pesar del auge que han adquirido en las últimas décadas.

Debe recordarse que la creación de entidades inframunicipales en los años anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL no sirvió en realidad para canalizar los intereses patrimoniales de los poblados rurales o como formas tradicionales de convivencia y asentamiento, que era la finalidad que originariamente justificaba la existencia de entidades locales menores. Desde los años noventa la razón que impulsó la creación de nuevas entidades de ámbito territorial inferior al municipio era el deseo de autogobierno de la población de núcleos que habían crecido demográficamente y económicamente, muchas veces superando a la capitalidad municipal⁷⁰. Esas iniciativas además se planteaban la creación de la entidad inframunicipal como un primer paso en un proceso que tenía como objetivo último la segregación del municipio. Por ello, cualquier ente desconcentrado que carezca de las notas apuntadas no servirá para dar respuesta a la situación descrita⁷¹.

Pero es que, además, la desconfianza manifestada en el anteproyecto de LRSAL hacia las entidades inframunicipales y el temor a que se dificultara la creación de nuevos municipios con el endurecimiento de los requisitos exigidos para ello activaron en muchas Comunidades Autónomas un buen número de procedimientos de creación de municipios por segregación de aquellos pueblos que no cumplían (y seguramente no

⁶⁸ REBOLLO PUIG (2009: 168-170) describe como esta posibilidad está prevista en el artículo 41 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, que permitía la transformación de los municipios extinguidos por fusión o incorporación en entidades de ámbito territorial inferior al municipio, permitiéndoles conservar cierto grado de administración de sus propios asuntos como entidades descentralizadas. Y los ejemplos se multiplican en la legislación autonómica. Esta posibilidad pierde parte de su atractivo si, como consecuencia de la LRSAL, ahora solo cabe admitir su transformación en simples órganos desconcentrados.

⁶⁹ COSCULLUELA MONTANER duda que las demandas de los vecinos de esos núcleos separados puedan ser cubiertas por fórmulas de gestión desconcentrada, que nacieron en un contexto urbano, para dar respuesta a necesidades de los grandes núcleos de población completamente distintas a las de los núcleos rurales y completamente ajenas a su tradición. Cfr. Prólogo al libro de PIZARRO NEVADO, Rafael (2002), *Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio*: 17. Granada: CEMCI.

⁷⁰ Vid. REBOLLO PUIG, Manuel y PIZARRO NEVADO, Rafael (2001): "Las Entidades Locales Autónomas", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 59-94; y GALÁN y GALINDO (2015: 54).

⁷¹ Es indicativo de esto lo sucedido en Andalucía, donde se regularon dos modalidades de entidades descentralizadas: las entidades locales autónomas y las entidades vecinales. Tanto unas como otras tienen personalidad jurídica, pero las segundas solo ejercen competencias municipales delegadas, ninguna propia. Tras una década de vigencia de la LAULA existen en Andalucía 42 entidades locales autónomas (aunque en 2013 eran 47) y, sin embargo, no se ha creado una sola entidad vecinal.

podrían cumplir tampoco en un futuro cercano) los requisitos previstos en el anteproyecto⁷². Como ejemplo puede señalarse lo sucedido en Andalucía, donde durante el año 2013 se iniciaron al menos quince procedimientos de segregación de entidades locales autónomas de sus municipios matrices, todas ellas con una población sensiblemente inferior a 2.000 habitantes, de los cuales siete han culminado con la creación de nuevos municipios por segregación⁷³. Los restantes procedimientos siguen su tramitación, por lo que ni siquiera cabe descartar que ese número aumente en el futuro.

Diferente es el caso de la creación del municipio de Medinyà –con una población de 866 habitantes– por segregación del municipio al que previamente había sido agregado en 1972, puesto que la segregación se ha realizado en este caso por Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, cuando ya estaba plenamente en vigor la LRSAL. En la exposición de motivos de la Ley catalana se justifica tan peculiar modo de actuar porque así se quería «reparar una decisión antidemocrática, corregir disfuncionalidades y atender a la voluntad de la mayoría de la población», reconociéndose a continuación que se recurre a una ley singular para hacer lo que al Consejo de Gobierno le está vedado por la legislación vigente. Expresivamente se indica en el apartado III de la exposición de motivos: «Bajo el punto de vista formal, dado que la normativa impide que Medinyà se constituya como municipio independiente, se requiere una ley singular que habilite la excepcionalidad de la norma general, que impide la constitución de municipios nuevos cuando no cumplen todos los requisitos legalmente establecidos». Se eluden así, sin empacho alguno, las exigencias del artículo 15 TRLMRLC, y también, no puede olvidarse, las del artículo 13 LBRL, en la redacción vigente desde el 31 de diciembre de 2013. Al no prosperar las negociaciones para resolver las discrepancias competenciales en el seno de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado⁷⁴ (artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre) se planteó el recurso de inconstitucionalidad número 1401-2016, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la Ley de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà. De acuerdo con la doctrina expuesta, el TC ha declarado inconstitucional y nula la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà en sentencia 108/2017, de 21 de septiembre, por vulnerar las bases del régimen local que corresponde fijar al Estado, entre las que se incluye la determinación de los requisitos necesarios para la constitución de un nuevo municipio (STC 214/1989, de 21 de diciembre); bases que «delimitan el ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma y, por tanto, también de su legislador» (FJ 3). Conociendo la doctrina constitucional era fácil prever el sentido del fallo. Lo que no resultará sencillo es dar respuesta a la situación social y política que deriva de sus efectos y a las eventuales resistencias a la ejecución material de la sentencia.

Pero sobre todo lo que reflejan las situaciones descritas son las carencias de los instrumentos previstos en la LBRL para encauzar las tensiones que sufre la planta local y la inaplazable necesidad de alcanzar un acuerdo político que configure mecanismos flexibles que contribuyan a su reducción. Entre ellos, necesariamente deben incluirse vías para satisfacer las inevitables demandas de participación real de los habitantes de los pequeños núcleos de población en la gestión de sus intereses vecinales, para atender sus necesidades y aspiraciones, lo que sin duda puede lograrse sin renunciar al estricto cumplimiento de los principios de eficacia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Pero sí conviene abandonar pronto la idea simplista de que los problemas de las Entidades Locales se resolverán suprimiendo los pequeños municipios y las entidades locales menores, porque esa medida no cambiará la realidad, que no es otra que la existencia de pueblos pequeños y alejados de otros, con los condicionantes geográficos, económicos y sociales que de ello se derivan, que no van a desaparecer porque se les niegue la condición de entidades locales. Esa ecuación no se resuelve con respuestas simples, ni rápidas. Al contrario, precisa de soluciones

⁷² En el apartado segundo del artículo 13 LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, se dispone que «la creación de nuevos municipios solo podrá realizarse sobre la base de núcleos de población territorialmente diferenciados, de al menos 5.000 habitantes y siempre que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles, cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados». Sobre la nueva regulación del artículo 13 LBRL vid. ALMEIDA CERREDA, Marcos (2014: 7-26); COSCULLUELA MONTANER, Luis (2013): «Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 157: 11-19.

⁷³ En 2014 se crearon los municipios de Dehesas Viejas y Valderrubio en Granada, y en 2015 fueron los de Montecorto y Serrato en Málaga, Balanegra en Almería y Játar y Domingo Pérez en Granada (2015). No han sido las únicas entidades de ámbito territorial inferior al municipio que se han segregado para constituir nuevos municipios. También pueden citarse la segregación de Tiétar (2013) y Pueblonuevo de Miramontes (2015), ambos en Cáceres.

⁷⁴ En reunión celebrada el día 16 de julio de 2015 la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la citada Comisión Bilateral acordó iniciar negociaciones para resolver las discrepancias competenciales suscitadas en relación con la Ley de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà.

inteligentes, duraderas, consensuadas entre los distintos poderes territoriales y, sobre todo, adaptadas a la realidad física, social y cultural de las poblaciones afectadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AEPDA (edit., 2013): *La planta del gobierno local: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos (2014): “La planta local a pequeña escala: municipios y entidades locales menores”, *Cuadernos de Derecho Local*, 35: 7-26.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos (2015): “Tres procesos contemporáneos de reforma de las organizaciones administrativas locales: orígenes, finalidades y líneas de actuación coincidentes”, en *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, 29-44. Madrid: Civitas.
- ALMEIDA CERREDA, Marcos (2016): “La incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, sobre la reforma del régimen de las entidades locales menores efectuada por la Ley 27/2013”, en BATALHÃO, Carlos José (coord.): *As Freguesias na Organização do Estado – Um Património Nacional*: 233-249. Lisboa: ANAFRE – Associação Nacional de Freguesias.
- AMENÓS ALAMO, Joan (2014), “El elemento territorial del municipio en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario del Gobierno Local 2013*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.
- ARROYO YANES, Luis Miguel (2014): “El impacto de la reforma de la LRBRL en la Comunidad Valenciana”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.): *La reforma del régimen local*: 923-963. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BAZAKO ATUTXA, Peru y ETXANOBE LANDAJUELA, Elixabete (2015): “Ley Municipal de Euskadi. ¿Esta vez sí?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 8: 66-85.
- BOIX PALOP, Andrés (2014): “Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nueva época, 2. DOI: 10.24965/reala.v0i2.10199.
- BOIX PALOP, Andrés (2017): “El régimen local tras el fracaso de la reforma 2013”, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 68: 24-35.
- BOIX PALOP, Andrés y DE LA ENCARNACIÓN, Ana María (coord., 2015): *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*: 81-100. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2014): “Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100: 765-781.
- CASARES MARCOS, Ana Belén (2014): “Régimen local y prestación de servicios públicos en Castilla y León tras la aprobación de la Ley autonómica 7/2013, de 27 de septiembre, y la LRSAL”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.): *La reforma del régimen local*: 769-853. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTRO BERMEJO, Cristina (1998): “Marco jurídico de la parroquia rural en Galicia”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 276: 179-202. DOI: 10.24965/reala.vi276.8980.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (1978): voz “Junta Vecinal”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XIV. Barcelona.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (2013): “Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 157: 11-19.
- DOMINGO ZABALLOS, Manuel José (coord., 2014): *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- FARIÑA JAMARDO, José (1981): *La parroquia rural en Galicia*, 2.ª edición. Madrid.
- FONT I LLOVET, Tomás y GALÁN GALÁN, Alfredo (2013), “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es ésta la reforma?” *Anuario del Gobierno Local 2012*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.
- FONT I LLOVET, Tomás y GALÁN GALÁN, Alfredo (2014): “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.
- GALÁN GALÁN, Alfredo (2015): “La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. extra 1. DOI: 10.24965/reala.v0iextra.10225.
- GALÁN GALÁN, Alfredo y GALINDO CALDÉS, Ramón (2015): “Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio”, en *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*: 47-103. Madrid: Civitas.
- GALINDO CALDÉS, Ramón Lluís (2014): *La organización territorial en los municipios: los distritos*. Granada: CEMCI-Diputación de Granada.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2014): “El impacto de la reforma de la LRBRL en la Comunidad Valenciana”, en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord.): *La reforma del régimen local*: 855-921. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEDINA ALCOZ, Luis (2017): “La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local – Instituto de Derecho Público.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2014), *La reforma del régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo (2003): “Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I: 1179-1208. Madrid: Civitas.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2014a): “Consecuencias derivadas de la supresión del principio de mayor proximidad”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 5.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo (2014b): *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?* Granada: CEMCI.
- MÍGUEZ MACHO, Luis (2013): “Galicia y la reforma de la Administración local”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. extra 1, 319-336.
- ORDUÑA REBOLLO, Enrique (2000): “Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio. Del pasado al futuro”, en SOSA WAGNER, Francisco (coord.): *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I: 745-772. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PIZARRO NEVADO, Rafael (2002), *Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio*. Granada: CEMCI.
- PIZARRO NEVADO, Rafael (2007): “Comentario al artículo 45 LBRRL”, en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*: 1053-1087. Valencia: Tirant lo Blanch.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (1991): “La desconcentración en la organización de los Municipios”, *Documentación administrativa*, 228: 145-166.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (dir.) y CASARES MARCOS, Ana Belén (coord., 2014): *La reforma del régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2014): “Reforma local y derechos históricos: Navarra y País Vasco”, en DOMINGO ZABALLOS, Manuel José (coord.): *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*: 117-150. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2009): “La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 308: 151-205. DOI: 10.24965/reala.v0i308.9701.
- REBOLLO PUIG, Manuel y PIZARRO NEVADO, Rafael (2001): “Las Entidades Locales Autónomas”, Administración de Andalucía: *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 59-94.
- ROSA MORENO, Juan (1991): “Aproximación histórica a la articulación orgánica de los núcleos separados de población”, *Revista de Estudios Locales y Autonómicos*, 262: 219-246. DOI: 10.24965/reala.vi262.8823.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord., 2014): *La reforma de 2013 del régimen local español*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- TEJEDOR BIELSA, Julio (2015): “El desarrollo autonómico de la reforma local de 2013. Entre la rebelión y el pragmatismo”, en BOIX PALOP, Andrés y DE LA ENCARNACIÓN, Ana María (coord.): *Los retos del gobierno local tras la reforma de 2013*: 81-100. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2014): “Las entidades inframunicipales”, *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*: 371-403. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2007): “Comentario a los artículos 24 y 128 LBRRL”, en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*: 671-681. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2013a): “Sobre el dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Boletín del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid*, 46 [Disponible en: http://www.idluam.org/images/files/boletines/BOLETIN_46_index_archivos/Page426.htm. Fecha de última consulta: 1 de julio de 2017].
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2013b), “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*: 75-136. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014a): “Sobre la aplicación de la LRSAL en el País Vasco: el alcance de las cláusulas de excepción”, *Blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid* [Disponible en: <http://www.idluam.es/actualidad/6422-estudios-doctrinales-sobre-la-aplicacion-%20de-la-lrsal-en-el-pais-vasco-el-alcance-de-las-clausulas-de-excepcion>. Fecha de última consulta: 1 de junio de 2016].
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014b): “La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local”, *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*: 43-81. Cizur Menor: Aranzadi.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014c): “El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas”, *Revista catalana de dret públic*, 48: 1-23. DOI: 10.2436/20.8030.01.18.



Algunos intentos de paliar, a través de la responsabilidad patrimonial, los efectos de la ejecución de sentencias que anulan licencias y ordenan la demolición de viviendas

*Some attempts of the State to remedy
(via pecuniary compensation for the demolition of property)
the consequences of which the Courts have declared null
and void the building licences*

Luis Enrique Flores Domínguez
Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla
secretarioayto@sevilla.org

RESUMEN

El crecimiento desordenado del urbanismo español en la última década del siglo xx y primeros años del siglo xxi ha provocado diversas consecuencias negativas para el interés público y para unos ciudadanos concretos, en gran número extranjeros, que se han visto afectados por un grave problema: la anulación de la licencia de la vivienda que adquirieron de buena fe con la consiguiente obligación de proceder a su demolición.

Nuestro ordenamiento urbanístico contempla un supuesto indemnizatorio por la responsabilidad patrimonial derivada de este concreto supuesto de anulación de licencias, salvo que concurra dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado. Pero junto a esta exigencia de restauración de la integridad patrimonial de los perjudicados, se alza la exigencia constitucional de la necesidad de ejecutar las sentencias en sus propios términos, correspondiendo en exclusiva al poder judicial proceder a esta ejecución.

Para conciliar todos los intereses en juego, exponemos las iniciativas legislativas que han adoptado algunas Comunidades Autónomas y que han sido abortadas por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente por ser legislación procesal excluida del ámbito competencial autonómico y por afectar a las facultades del juez en orden a la ejecución de sentencias. El Estado también ha adoptado medidas legislativas, en el orden penal y contencioso-administrativo, para intentar dar una respuesta a este problema. Sobre ellas, fundamentalmente la del orden contencioso, nos detenemos exponiendo las dificultades que encontramos en su aplicación.

PALABRAS CLAVE

Anulación de licencias, demolición, responsabilidad patrimonial, ejecución de sentencias.

ABSTRACT

The unorganized growth in urban planning in Spain in the last decade of the 20 century and the beginning of the 21st century has provoked diverse negative consequences for the public interest and specially for the large number of foreigners that have been affected by the serious problem of having declared void and null, building licenses for their properties which were bought in good faith, only to discover that they are obliged to demolish such properties.

Our planning laws contemplate a possible compensation for the cancelation of a building license, except in the case of fraud, error or negligence on behalf of the injured party. But along with this demand for the

replacement of the integral property of the injured party, it raises the constitutional demand to carry out the decisions of the Courts in its full terms, which corresponds exclusively to the judicial power, as well as to proceed to its execution.

To reconcile all the parties involved, we will show the various legal initiatives which have been taken by the different autonomous regions, which have been declared void and null by the Constitutional Court, basically due to the fact that regional parliaments have not got legal powers to regulate process law and additionally, because such initiatives would limit the exclusive faculties of the judges to execute their own decisions. The State also has adopted legal measures which are relevant in criminal and public process laws, so as to try and give a response to this problem. We will demonstrate and show the difficulties in applying such measures, specially the public process law area.

KEYWORDS

Void and null licenses, demolition, responsibility and compensation.

SUMARIO

1. INTRODUCCION. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. EL SUPUESTO DE ANULACION DE LICENCIAS. 2.1. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 2.2. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO: EL SUPUESTO DE ANULACIÓN DE LICENCIAS. 2.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ANULACIÓN DE LICENCIAS. 2.3.1. NECESIDAD DE QUE EL DAÑO SEA EFECTIVO. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE EL DAÑO. 2.3.2. EXISTENCIA DE NEXO CAUSAL. LOS SUPUESTOS DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVES DEL PERJUDICADO. 2.3.3. PLAZO PARA FORMULAR LA RECLAMACIÓN. 2.3.4. CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN. 3. LA EJECUCION DE SENTENCIAS. 3.1. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3.2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO QUE ORDENAN LA DEMOLICIÓN DE VIVIENDAS. 3.2.1. ¿Debe contener el fallo de la sentencia un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler? 3.2.2. Los cambios de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar las sentencias que ordenan la demolición. 3.2.3. La protección de los terceros de buena fe. 4. ALGUNOS INTENTOS DE PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ACUERDAN LA DEMOLICION. 4.1. LA LEY 2/2011, DE 4 DE ABRIL, DE CANTABRIA. 4.2. LA LEY 8/2012, DE 29 DE JUNIO, DE VIVIENDA DE GALICIA. 4.3. LA LEY 4/2013, DE 20 DE JUNIO, DE CANTABRIA. 5. ALGUNAS MODULACIONES AL RIGOR DE LA DEMOLICION. 5.1. LA REFORMA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ORDENAN LA DEMOLICIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 5.2. MODIFICACIONES EN EL ORDEN PENAL. 6. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION

El crecimiento desordenado y desmesurado del urbanismo español en la última década del s. xx y primeros años del s. xxi, la ambición desmedida de los promotores y la voracidad recaudatoria de los Ayuntamientos, el exceso de liquidez en el sistema financiero y una política crediticia apoyada en el valor de los activos inmobiliarios, provocó una diversidad de efectos desfavorables tanto para nuestra economía como para la protección del medio ambiente y de los valores culturales gravemente deteriorados en aras de un mal configurado desarrollo económico.

En el presente estudio nos vamos a detener en una consecuencia concreta de este desordenado proceso: la provocada para los adquirentes de viviendas de buena fe, que se han visto «sorprendidos» por decisiones judiciales que han anulado las licencias que legitimaban la construcción de sus viviendas y han ordenado su consiguiente demolición¹. La situación de estos terceros de buena fe ya fue puesta de manifiesto en el Informe Auken, de 20 de febrero de 2009, sobre el *Impacto de la urbanización extensiva en España*

¹ Una muestra la Sentencia de 10 de enero de 2017 TEDH –asunto Aparicio Navarro c. España (39433/11)– que concluye que se ha vulnerado el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo), ante la ausencia de notificación a los dos propietarios de un apartamento, los demandantes, de un proceso contencioso-administrativo sobre la legalidad de la licencia de obras que legitimó la construcción, proceso que culminó con la orden de demolición de su vivienda.

en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))². Subraya que las personas «que hayan adquirido de buena fe» una propiedad en España, y no los promotores, declarada ilegal deberían tener derecho a una indemnización adecuada a través de los órganos jurisdiccionales españoles.

La preocupación por la situación que padecen estos adquirentes de buena fe tiene eco en la doctrina del TC. Así en las SSTC 92/2013, de 22 de abril, y 82/2014, de 28 de mayo, muestra una sensibilidad social con los afectados por la demolición, señalando en su f. j. 6.º que «... Qué duda cabe de que los órganos judiciales deberán ponderar la totalidad de los intereses en conflicto a la hora de hacer ejecutar sus resoluciones y que no cabe descartar que tal ponderación pudiera llevar al órgano judicial a acomodar el ritmo de la ejecución material de las demoliciones que hayan de tener lugar a las circunstancias concretas de cada caso», pero ha primado en esta jurisprudencia el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Los intereses de los terceros de buena fe pueden ser acreedores de protección, pero frente a ellos se alzan otros intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, así como otros valores protegidos constitucionalmente como el medio ambiente o los bienes pertenecientes al dominio público. Y es que, como señala el Ministerio Fiscal (Antecedente Octavo STC 82/2014, de 28 de mayo), «la protección a los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles afectados ha de ejercerse temporáneamente, lo que en el caso del urbanismo implica la aplicación estricta de las disposiciones urbanísticas, evitándose así las consecuencias perjudiciales de resoluciones jurisdiccionales que no hacen sino tratar de que prevalezca el ordenamiento jurídico-urbanístico»³.

Analizaremos los intentos fallidos, desde la perspectiva constitucional, por las normativas de las Comunidades Autónomas de Galicia y Cantabria para supeditar la demolición ordenada por sentencia firme a la materialización de la indemnización por responsabilidad patrimonial, cuando proceda, y la solución del legislador estatal atribuyendo facultades al órgano judicial competente para la ejecución a fin de modular temporalmente la ejecución de la demolición, dando respuesta a la protección de terceros de buena fe.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO. EL SUPUESTO DE ANULACION DE LICENCIAS

2.1. El régimen de la responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico

Nuestro ordenamiento jurídico ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados hayan sufrido en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, entendidos en el sentido de actividad administrativa.

El art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de julio de 1954 («indemnizaciones por otros daños») sienta los elementos esenciales de nuestro sistema de responsabilidad patrimonial, reconociendo el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa. Una regulación más acabada de la institución se lleva a cabo en el Título III –arts. 32 a 41– de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 20 de julio de 1957, incorporando los casos de denegación ilegítima de licencia.

Este sistema se consagra en la CE, cuyo art. 106.2 sanciona:

Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Configura, de este modo, una responsabilidad objetiva desprovista de la idea de culpa, que se concretó legalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuyo art. 139, en su apartado 2, exigía además que el

² El informe fue aprobado por Resolución del Pleno del Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009, y su nombre lo toma de la ponente del mismo, Margrete Auken.

³ Tampoco hay olvidar las enormes reticencias de los Ayuntamientos para ejecutar estas sentencias, haciendo ilusorio en multitud de ocasiones el contenido del fallo. Baste como ejemplo los supuestos analizados en las SSTC 92/2013 y 82/2014, que se remontan a resoluciones judiciales de ejecución de 2000 y 2001.

daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Se matiza esta responsabilidad con la previsión del art. 141 al exigir que la lesión producida al particular provenga de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

En 2015 se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones mediante la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas –LPAC–, y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público –LRJSP–. Una de las instituciones afectadas por este nuevo enfoque es la responsabilidad patrimonial, cuya regulación se desagrega en las dos leyes: los principios que rigen la institución se regulan en el Capítulo IV, del Título Preliminar (arts. 32 a 37) LRJSP, considerando que estos principios se desenvuelven en el funcionamiento interno de cada Administración, en cuanto «atañen a aspectos más orgánicos que procedimentales»; y las reglas procedimentales de la responsabilidad patrimonial que se regulan en la LPAC, como especialidades del procedimiento administrativo común. El planteamiento se justifica en la simplificación de los procedimientos administrativos y su integración como especialidades en el procedimiento administrativo común, contribuyendo así a aumentar la seguridad jurídica. Aunque, en puridad, al diseminar las reglas de este procedimiento a lo largo de la Ley se pierde claridad, y ésta forma parte esencial de la seguridad jurídica.

En síntesis, los requisitos que exige la jurisprudencia para que surja la responsabilidad patrimonial de una Administración pública son:

- a) La efectiva realización de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, y que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo. El art. 34.1 LPAC ha precisado que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.
- b) Que el daño sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, en una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y la lesión producida, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto, actuación material o mera omisión).
- c) Que no haya concurrido fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley.

Cumplidos estos requisitos, la responsabilidad se califica de objetiva, es decir, sin que sea necesario que medie culpa o negligencia, a diferencia de la culpa extracontractual del art. 1.902 del Código Civil. Ahora bien, la jurisprudencia también ha introducido unos límites a esta responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas afirmando (STS 10 de octubre de 2007 –RJ 2007/7616–) que *«es cierto (...) la responsabilidad, y por tanto la obligación de indemnización, nace sin necesidad de que exista culpa, ni siquiera ilicitud o anormal funcionamiento de la Administración, pero ello tampoco convierte, a través de esta institución, a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares (...), es necesario que el daño sea antijurídico al no existir deber de soportarlo, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales»*.

2.2. La responsabilidad en el ámbito urbanístico: el supuesto de anulación de licencias

La responsabilidad patrimonial en materia urbanística no difiere sustancialmente en nuestro ordenamiento jurídico del sistema general⁴. En el ámbito urbanístico se han abordado con mayor detalle las singularidades de la responsabilidad patrimonial mediante el estudio de los supuestos indemnizatorios (actual art. 48 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana –TRLR15–), advirtiendo que los mismos no constituyen número cerrado sino que el sistema es de naturaleza abierta, surgiendo la responsabilidad en innumerables supuestos de daños que no pueden incardinarse en los denominados «supuestos indemnizatorios»⁵.

⁴ GARCÍA DE ENTERRIA-PAREJO ALFONSO, en sus *Lecciones de Derecho Urbanístico* (pág. 860) ya afirmaban que *«la procedencia misma de esta indemnización (en el caso de la anulación de licencias) se ha de determinar conforme a las reglas propias del instituto de la responsabilidad administrativa»*. Ed. Civitas, 1981.

⁵ Derivados de la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística (STS 15 de junio de 2002), de informaciones urbanísticas erróneas (STS 20 de enero de 2005), de la suspensión de licencias (STS 17 de octubre de 2003), por desistimiento del planeamiento aprobado (STS 30 de junio de 1998).

Nos vamos a detener en un supuesto indemnizatorio específico: el derivado de la anulación de los títulos habilitantes de obras y actividades, salvo que concurra dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado⁶. Este supuesto invierte la regla general del art. 32.1 LRJSP en virtud de la cual «la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización».

El art. 232 TRLS76 remitía este supuesto a las normas que regulan la responsabilidad de la Administración, sin que estableciera una indemnización automática⁷. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado, especificación de la regla común *allegans propriam turpitudinem non auditur*. La remisión a las normas que regulan con carácter general la responsabilidad patrimonial ha sido una constante hasta la Ley del Suelo de 2007, llevando a la jurisprudencia a admitir que «la mera ilegalidad del acto administrativo no es suficiente para la prosperabilidad de la pretensión, siendo necesario acreditar la existencia de un daño real, efectivo, evaluable y, además, que ese resultado sea consecuencia de una actuación de la Administración dolosa, negligente o, por lo menos, desconocedora de las normas y principios básicos que la regulan» (STS 9 de junio de 1986 –RJ 1986/6754–)⁸.

El TRLS92, además de la no incorporación al patrimonio de la edificación declarada ilegal (art. 40), establecía la consecuencia general indemnizatoria de concurrir los requisitos exigidos por las normas que regulan con carácter general la responsabilidad, ampliada ahora a la demora injustificada en el otorgamiento de licencias y a la denegación improcedente (art. 240). Con similar planteamiento pasó al art. 44.2 de Ley 6/1998, de 13 de abril. El cambio radical se produce con la redacción que introduce el art. 30.d de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, al establecer un supuesto indemnizatorio «en todo caso»: La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente, dará lugar en todo caso a indemnización, salvo si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado⁹. Con esta redacción se incorpora al art. 35.d TRLS08; y, por último, al vigente art. 48.d TRLS15.

Resumiendo la evolución, la STS 27 de mayo de 2008 (RJ 2008,5538) recuerda que «la responsabilidad patrimonial derivada de la anulación de licencias es objeto de atención del legislador, que se ha reflejado en sucesivas leyes urbanísticas (...) que, partiendo de la aplicación y requisitos generales establecidos en las normas que regulan la responsabilidad patrimonial, excepcionan de manera expresa la indemnización en los casos de dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.» Concluye que, al igual que en los casos de revocación de licencias del art. 16 RSCL, es indudable que «la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y perjuicios ciertos y determinables (...) es claro que el administrado en estos supuestos sufre una lesión patrimonial (...). Sin embargo, en esta materia, la regla general tiene una importante excepción (...) si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al interesado, prueba que ha de correr a cargo de quien la alegue –como causa de exoneración– conforme a las reglas generales».

Una precisión final que debemos hacer es que el concepto «anulación de los títulos habilitantes» hace referencia tanto a la anulación por la ilegalidad del título o licencia, como por ilegalidad indirecta al anularse el Plan que la legitimaba. Así, la STS 26 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2044) señala que «si ese plan ha sido ya anulado en virtud de una impugnación directa, el Tribunal sentenciador puede (...) utilizar los mismos argumentos que empleó para anular el plan para anular también los actos dictados en su aplicación».

⁶ Sobre la responsabilidad patrimonial en estos supuestos vid. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., *Manual de responsabilidad patrimonial de los entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007, págs. 2.018 y ss.

⁷ GARCIA ENTERRIA-PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, pág. 860, consideraban que «ninguna razón válida puede esgrimirse para la reducción de la responsabilidad a la anulación de licencias, debiendo afirmarse la procedencia, en principio, de indemnización por la anulación de cualquier acto administrativo que hubiera amparado la situación a la que se ha aplicado luego el régimen de protección de la legalidad urbanística», fundamentalmente porque la exposición de motivos se refiere más ampliamente a «la destrucción de un título jurídico emitido por la propia Administración».

⁸ Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley del Suelo*, Tomo III, pág. 2.303, Ed. Civitas, 1988.

⁹ MENENDEZ REXACH, A. considera que esta fórmula tan rotunda es algo arriesgada, entendiéndolo que habría sido más correcto o preferible utilizar una redacción que aludiese a las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como era lo tradicional en nuestro ordenamiento añadimos nosotros. Citado por DE LA CRUZ MERA, A., en «Expropiación Forzosa y responsabilidad patrimonial», obra colectiva *Estudio del Articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo Estatal*, Dir. GUTIERREZ COLOMINA, V/CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. Ed. Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 948.

2.3. Análisis jurisprudencial de los requisitos de la responsabilidad administrativa por la anulación de licencias

Una breve reseña sobre las características de la responsabilidad por la anulación de licencias a la luz de la doctrina jurisprudencial, fundamentalmente en los aspectos que interesan para un mejor entendimiento de la cuestión objeto del presente trabajo.

2.3.1. Necesidad de que el daño sea efectivo¹⁰. Momento en que se produce el daño

El art. 34.3 LRJSP refiere la determinación de la cuantía de la indemnización «al día en que efectivamente la lesión se produjo», por ello la cuestión que se suscita en el ámbito de las demoliciones de viviendas ordenadas por resoluciones judiciales es determinar el momento en el que se produce el daño, o más concretamente si la orden de demolición provoca en sí misma un daño indemnizable o es necesario que se lleve a efecto materialmente la demolición.

Los Tribunales descartan la posibilidad de indemnizar por la simple orden de demolición, sin que se lleve a efecto. Esta orden supone un daño emergente pero no puede considerarse efectivo hasta el momento en que materialmente se lleve a cabo la demolición, «ya que los mismos (daños) se seguirán produciendo hasta que la misma llegue a hacerse efectiva» (STSJCantabria 7 de noviembre de 2006 –RJCA 2007/19–). El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, aunque paradójicamente admite que la mera sentencia que acuerda la demolición ya produce *per se* hipotéticos daños (entre los que cita la imposibilidad o dificultad de venta del inmueble, los derivados de que deje de servir para garantizar obligaciones...), pero concluye que «esos daños, precisamente por hipotéticos, en ningún momento acreditados, no pueden servir de apoyo para la reclamación extemporánea por prematura» (STS 1 de junio de 2011, RJ/2012/1053).

Aunque el daño moral sí se reconoce como daño efectivo desde el momento que se dictó la sentencia que ordenaba la demolición, por cuanto la zozobra, inquietud, inseguridad y amenaza cierta de la pérdida de su vivienda «han supuesto un indudable sufrimiento moral» (STSJCantabria 7 de noviembre de 2006¹¹), matizando que este sufrimiento moral únicamente es resarcible respecto de los propietarios que adquirieron su vivienda antes de que la licencia que la amparaba fuese anulada judicialmente, porque solo a ellos «puede tenerseles por ignorantes y ajenos a la controversia judicial que se desencadenó posteriormente». El Tribunal Supremo reconoció el derecho a ser indemnizado en idéntica cuantía a los que no elevaron a escritura pública al prohibir el art. 14 CE las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas (STS 6 de junio 2011, RJ/2011/5057).

Esta exigencia de demolición para que sea efectivo el daño y surja la obligación de indemnizar ha intentado paliarla la Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se añade un apartado adicional 6 a la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística. Se pretende, con suspensión de la ejecución, que se concrete la cuantía de la indemnización con carácter previo a la demolición, si bien la efectividad de la misma se condiciona a la entrega del inmueble para su demolición. El apartado 4 de la nueva disposición adicional sexta dispone que «se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo».

Planteada cuestión de inconstitucionalidad, entre otros motivos, porque la norma autonómica al establecer este supuesto de responsabilidad patrimonial en el que daño indemnizable no es efectivo sino eventual, regula un elemento básico del sistema de responsabilidad patrimonial que está constitucionalmente reservado al Estado a tenor de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, la STC 92/2013, de 22 de abril, no se pronunció sobre este motivo al no considerarlo necesario para resolver sobre la solicitud de paralización de la demolición de la vivienda acordada en la fase de ejecución de sentencia. Su F. j. 3.º aclara que no es necesario «para adoptar tal decisión tenga que pronunciarse sobre la procedencia de declarar la responsabilidad

¹⁰ En ocasiones se ha dado por supuesto que la simple anulación de la licencia ya origina un daño. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., afirmaba «la anulación de una licencia de urbanismo, bien en vía administrativa o bien en vía jurisdiccional, ocasiona al titular unos daños y perjuicios incuestionables», *op. cit.*, pág. 2.302.

¹¹ Comentada en *Reconocimiento del daño moral ocasionado a los compradores de viviendas construidas al amparo de una licencia de edificación posteriormente anulada por sentencia judicial*, Redacción del Departamento de Administrativo, Práctica Urbanística, núm. 58, Marzo 2007, Ed. La Ley.

patrimonial de la Administración con una configuración de un elemento esencial pretendidamente disímil a como es regulado por la norma estatal básica»¹².

2.3.2. Existencia de nexo causal. Los supuestos de dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado

En los supuestos de anulación de licencias ya hemos expuesto que la Ley presume «en todo caso» la existencia de ese nexo causal, con una excepción ablativa: la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves del perjudicado. Precisemos que no estamos ante un supuesto que matiza la responsabilidad, como puede ser la concurrencia de culpas. Ahora bien, «*la Administración tiene la carga de probar que hubo dolo, culpa o negligencia graves si pretende que se le declare exenta de la obligación de indemnizar*» (STS 24 de julio de 1989, RJ1989/6072).

Podría justificarse la actitud del perjudicado en el desconocimiento de la infracción, que puede suceder dada la proliferación de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, aunque este desconocimiento «*no es suficiente, porque la nueva normativa (art. 232 TRLS76) no supone una exención total o absoluta de responsabilidad (frente al sistema anterior), sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado*» (STS 31 de enero 2014, RJ 2014,1049). No basta, insistimos, que el peticionario tuviese conocimiento de la infracción urbanística en que incurría el proyecto para que haya exención de la responsabilidad de la Administración. Es necesaria la existencia de dolo o culpa grave, lo que supone una especial cualificación de la culpa¹³. Por ello, advierte GONZALEZ PÉREZ, J.¹⁴, hay que entender estos conceptos, más que en la conciencia de ilegalidad del peticionario, en la conducta que se desarrolla ante la Administración¹⁵. Esta conducta del peticionario, tanto al solicitar la licencia como al ejecutar la obra, es relevante para poder determinar la exoneración de responsabilidad de la Administración (así, la STS 9 de abril 2007 (RJ2007/4092)¹⁶ Es decir, los hechos o actuaciones que realiza el titular de la licencia en la ejecución del proyecto también pueden ser relevantes a la hora de determinar si en su conducta concurre el dolo, la culpa o negligencia graves.

No obstante, alguna jurisprudencia (STSJCataluña, 25 de junio 2015, JUR/2015/232271) matiza la indemnización al no acreditarse que el interesado «*actuase en todo momento de forma jurídica y materialmente irreprochable* (de hecho llevó a cabo una operación de agrupación de parcelas para intentar regularizar la situación), *además de tratarse de una empresa profesional de la construcción*», apreciando en la apelante «*la concurrencia de circunstancias concomitantes, no excluyentes por su misma gravedad de la responsabilidad de la administración...*».

2.3.3. Plazo para formular la reclamación

El art. 142.4 LRJPAC señalaba que el derecho a reclamar prescribe al año de haberse dictado la sentencia definitiva. El art. 4.3 R. D. 429/1993 de 26 de marzo, exigió, con mayor claridad, la «firmeza» de la sentencia que anulara el acto o resolución (fijando el *dies a quo* en la «fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme»), y así lo entendió la jurisprudencia (STS 18 de abril de 2000 –RJ 2000/3373–)¹⁷. La exigencia de firmeza de la sentencia ha sido destacada por la STS 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3373) recordando que «*venimos sosteniendo que el cómputo del plazo de prescripción de un año no se inicia sino desde que se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos*

¹² A pesar de que el TC no declaró la inconstitucionalidad del apartado 4 de la disposición adicional sexta, la STSJCantabria 6 de julio de 2015 (JUR/2016/34470), siguiendo el criterio de sentencias anteriores, considera que «*debe seguir aplicando la normativa básica estatal en materia de responsabilidad patrimonial e interpretar la autonómica en el marco de esta última*».

¹³ En este sentido ya se pronunciaba BASSOLS COMA, M. en «El control de la legalidad urbanística en la nueva Ley del Suelo», REDA, núm. 6, 1975, págs. 341 y ss.

¹⁴ *Comentarios, op. cit.*, pag. 2.304.

¹⁵ La STS 24 de julio de 1989 (RJ 1989/6072) entiende que «*dolo es ánimo de engañar, y culpa o negligencia grave es descuido inexcusable*».

¹⁶ Comentada en «La responsabilidad de la Administración por anulación de licencias urbanísticas», RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R., *Actualidad Administrativa*, núm. 12, Sección Fundamentos de Casación, Quincena 16 al 30 de junio 2007. Ed. LA LEY.

¹⁷ A pesar de ello, las SSTs 17 de marzo y 16 de diciembre de 2003 consideran que ese día hay que referirlo al momento en que se notifica la sentencia que anula el acto administrativo, ya que el art. 142 habla de sentencia definitiva que es diferente a declaración de firmeza de la sentencia.

para determinar el alcance de la acción ejercitada. La firmeza de la sentencia es sin duda uno de estos elementos»¹⁸. La exigencia de firmeza también es predicable de los actos administrativos –SAN de 12 de abril de 2002 (JT 2003/334)–. A pesar de esta línea jurisprudencial, el art. 67.1, párrafo segundo, LPAC, vuelve a fijar el término del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial «al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva».

A los efectos que nos ocupan, en materia de anulación de licencias y orden de demolición la jurisprudencia ha matizado este cómputo del plazo, en la línea ya expuesta de que el daño no es efectivo hasta que se procede realmente a la demolición. La STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91) resume y sistematiza la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, concluyendo que «*si dentro del año siguiente a la sentencia todavía no se han producido los daños y perjuicios derivados de la misma la acción no ha nacido todavía por falta de daño efectivo*», recordando que «*... el hecho de la demolición y nunca la fecha de la sentencia donde se declaraba la ilegalidad de la licencia, pronunciamiento platónico mientras no se lleve a efecto materialmente. Por tanto, el cómputo del año comenzó el día en el cual concluyó el derribo de las edificaciones afectadas*», rechazando, por extemporánea anticipadamente, la reclamación de responsabilidad. Con mayor claridad la STS 6 de junio de 2011 (RJ 2011/5057) consideró extemporánea por prematura la acción de responsabilidad al no haberse producido la demolición al momento de la reclamación.

2.3.4. Cuantía de la indemnización

La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada.

La determinación de la cuantía de la indemnización plantea diversas cuestiones:

- a) Momento al que debe referirse la valoración. Siguiendo la línea jurisprudencial expuesta, la STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91), establece que «*debe calcularse su valor (de la vivienda) de mercado al momento en que su demolición se lleve a cabo*». Y las SSTJ Cantabria de 22 de abril de 2014 (JUR/2014/131584) y de 6 de julio de 2015 (JUR/2016/34470), reproduciendo el criterio de la Sentencia de 13 de marzo de 2006 (PROV 2006, 132826), consideran que «*el daño referido al valor de las viviendas debía ser efectivo y que debía esperarse a que las consecuencias dañosas se materializasen al llevarse a cabo la orden de demolición, momento en que podrían determinarse*».
- b) Respecto de la cuantía, la STSJValencia de 7 de noviembre de 2014 (RJCA/2015/91), citando una reiterada y prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo, establece el criterio de que, en referencia a los bienes inmuebles, debe calcularse su «*valor de mercado*» al momento en que su demolición se lleve a cabo. Frente a este criterio, la citada STJ Cantabria de 22 de abril de 2014 fijó el criterio de valoración en función del precio fijado en la escritura de compraventa, aclarando en Auto de 26 de junio de 2014 que dicho importe incluye la de los impuestos declarados como pagados en dicho documento público, incrementándose o disminuyéndose la cantidad en función a la evolución del índice de precios al consumo desde la fecha en que se dictó la nulidad de la licencia.
- c) En cuanto a la cuantificación de los daños morales, la STS 23 de marzo 2011 (RJ 2011, 2512) recuerda que «*el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de “pretium doloris” carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo*». Para la determinación de la cuantía la STSJ Cantabria 7 de noviembre de 2006 (PROV 2007,87290) establece diversos criterios: 1) que se trate de primera o segunda vivienda, dado el mayor sufrimiento moral por la pérdida del domicilio habitual; 2) atención al valor material de las viviendas; 3) cálculo estableciendo grupos de vecinos; 3) atención a los baremos indemnizatorios del seguro del automóvil.

¹⁸ Concretando aún más sobre el día inicial del cómputo del plazo, la Sentencia TEDH de 20 de junio de 2000 (Miragall Escolano y otros) estimó que se había producido una interpretación no razonable de los requisitos para entablar la acción de responsabilidad, con infracción del art. 6.1. del *Convenio Europeo* al no computarse el plazo desde la publicación de la sentencia en el *BOE*.

3. LA EJECUCION DE SENTENCIAS

3.1. La ejecución de sentencias en nuestro ordenamiento jurídico

La ejecución de las sentencias ha sido la asignatura pendiente de todos los sistemas de justicia administrativa de inspiración francesa. Señala BELTRÁN DE FELIPE, M.¹⁹ que las dos Leyes que en nuestro ordenamiento jurídico la han configurado, las de 1888 y 1956, el aspecto que menos se judicializaba y que más atraso llevaba fue precisamente este de la ejecución de sentencias. Y eso que, como acertadamente destacó PARADA VAZQUEZ, R. en esta cuestión la jurisdicción se ha venido jugando buena parte de su prestigio, porque «¿de qué sirve sufrir los avatares de un proceso, a veces eterno en el tiempo, si con motivo de la ejecución de la sentencia favorable se inicia un nuevo e inacabado calvario que termina en un fiasco: la imposibilidad de ejecutar la sentencia?»²⁰.

Partíamos de un sistema que dejaba la ejecución de la sentencia prácticamente en manos de la propia Administración autora del acto o disposición objeto del recurso, privilegio de reserva de la ejecución que la dejaba «al arbitrio puro y simple de la misma administración condenada»²¹. Frente a esta concepción reacciona directamente la Constitución de 1978 en los siguientes preceptos:

Artículo 117.3.- 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.

Artículo 118.- 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 resuelto²².

Publicado el texto constitucional, afirmó GARCIA DE ENTERRIA, E. que la titularidad de la ejecución en virtud del art. 117.3 CE ya no recae en la Administración sino en los jueces y tribunales²³, llegando a entender derogado los preceptos de la LJCA 1956 que se oponen a la judicialización de la ejecución²⁴. El propio TC, en Sentencia 67/1984, de 7 de junio, reinterpreto el art. 103 «no como la atribución de una potestad, sino como la concreción del deber de cumplir lo decidido por las Sentencias» (f. j. 3).

La realidad ya comúnmente admitida es que nuestro texto constitucional ha judicializado plenamente el régimen de ejecución de sentencias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo²⁵. Además, el derecho a la ejecución de la sentencia se ha integrado, formando parte de su contenido, en el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, o 140/2001, de 18 de junio, consagran la «intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales» como una exigencia de seguridad jurídica y como «una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva»). Ello no depende del acierto o de la calidad de la sentencia, de su justicia o injusticia. Como ha puesto de manifiesto SAMANO BUENO, P. «todas las sentencias son igualmente eficaces: las buenas y las malas, las justas y las injustas, las correctas y las incorrectas. Nótese que si una sentencia llega a ser firme (por definitiva o por no haber sido impugnada) es válida y eficaz, aunque sea ilegal por los cuatro costados»²⁶.

¹⁹ «Exigencias constitucionales del contencioso-administrativo», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo IV, pág. 3.103. Ed. Civitas, 1991.

²⁰ Prólogo al trabajo de GÓMEZ-FERREZ RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, 2008, pág. 24.

²¹ GARCIA ENTERRIA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Ed. Civitas, 1991, pág. 147.

²² Este mandato se desarrolla en el art. 17.2 LOPJ al disponer 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».

²³ *Op. cit.*, pág. 150.

²⁴ «Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, págs. 11-62.

²⁵ «Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», GARCIA DE ENTERRIA, E., *Documentación administrativa*, núm. 209, 1987, págs. 7-16.

²⁶ «La ejecución de sentencias en materia de urbanismo: repaso al estado de las cosas y alguna propuesta». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 238, 2007.

Esta judicialización se plasma en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)²⁷, que atribuye a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional la potestad de ejecutar las resoluciones judiciales, correspondiendo su ejercicio al que haya conocido del asunto en primera o única instancia. Correlativamente se impone a las partes la obligación de cumplir las sentencias, estando todas las personas y entidades, públicas o privadas, obligadas a colaborar en la ejecución.

La exigencia de ejecución adquiere tal relevancia que se sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, y no sólo al fallo. La conducta consistente en dictar actos y disposiciones con la finalidad de evitar los pronunciamientos de una sentencia ha sido calificada por la jurisprudencia como una «singular» desviación de poder, en la medida en que el fin perseguido no es aquel para el que se otorgó la potestad de dictarlo, aunque en este caso con la sanción de nulidad de pleno derecho (art. 103.4 LJCA)²⁸.

La LJCA ha sustituido –art. 105– la posibilidad de que la Administración suspenda o no ejecute el fallo de la sentencia por la eventual declaración de imposibilidad de ejecución o la expropiación de los derechos o intereses reconocidos en la misma. La imposibilidad puede ser legal, normalmente por la modificación sobrevenida de la normativa aplicable (STC 73/2000, de 12 de marzo), o material, en los supuestos de imposibilidad física de llevar a efecto la ejecución. En estos supuestos se fijará, en su caso, la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno²⁹. Como señala CARUZ ARCOS, E.³⁰, esta posibilidad de inejecución ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, considerando que en determinadas circunstancias no es exigible el cumplimiento exacto de lo dispuesto en el fallo, imponiéndose en estos casos un cumplimiento o ejecución alternativa o sustitutoria, bien mediante una indemnización o a través de otro tipo de prestación (STC67/1984, de 7 de junio)³¹.

No obstante, las dificultades para la ejecución de las sentencias siguen siendo manifiestas por cuanto el modelo se asienta en gran medida sobre ejes de la antigua regulación, partiendo de la falaz idea de que la Administración cumplirá voluntariamente la sentencia y, en su defecto, una simple admonición del Juez quebraría cualquier resistencia. A ello se añade el cambio que se ha producido en relación con el plazo para la ejecución de las sentencias. Admitido hasta ahora que no rige el plazo de cinco años del art. 518 LEC sino que era de aplicación el plazo de 15 años previsto en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales (STS 17 de diciembre de 2010), la disposición final primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de Reforma LEC, ha modificado el citado art. 1964 del Código Civil fijando un plazo de prescripción de las acciones personales, que no tengan un plazo de especial de CINCO AÑOS. Ello supone unificar el plazo de prescripción de la ejecución de sentencias, pero también implica un riesgo cierto de inejecución de sentencias que ordenan la demolición de viviendas simplemente por el transcurso del plazo de prescripción de la acción.

3.2. La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico que ordenan la demolición de viviendas

El problema de las dificultades para la ejecución de sentencias cobra especial relevancia en el ámbito urbanístico³². En la gran mayoría de las ocasiones los obligados a colaborar en la ejecución son

²⁷ La concepción jurisdiccional de la actividad que se desarrolla en la ejecución de sentencias ha llevado al TC a desestimar la posible vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, descartando que la demolición de viviendas como consecuencia de la ejecución de una sentencia precise de autorización judicial, porque «estamos ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes que autorizan a la Administración a desalojar y derribar las viviendas expropiadas» (STC 160/1991, de 18 de junio (RTC 1991,160).

²⁸ «La ejecución de sentencias en materia urbanística: una visión de conjunto». CABELLO MARTÍNEZ, G y GARCÍA SANZ, F. J., *Práctica Urbanística*, núm. 91, Sección Estudios, marzo, 2010. Ed. La Ley. Con cita de las SSTs 24 de julio y 10 de mayo de 2007; 31 de enero, 1 y 28 de marzo y 28 de diciembre de 2006; 21 de junio de 2005.

²⁹ El art. 18.2 LOPJ obliga en los casos de inejecución a que el Juez fije «en todo caso» la indemnización que sea procedente, frente a la previsión del art. 105.2 LJCA de que esta indemnización será fijada «en su caso». Como ha puesto de manifiesto CARUZ ARCOS, E., la jurisprudencia viene exigiendo que el recurrente sólo sea indemnizado si demuestra que la imposibilidad de ejecución le ha ocasionado un perjuicio patrimonial cierto y evaluable (STS 24 de enero de 2007), recayendo la carga de la prueba de los daños y perjuicios en quien los reclama (STS 26 de mayo de 2008). En «La imposibilidad de ejecutar la sentencia que ordena la demolición de un inmueble: análisis del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74/2009, págs. 349-377.

³⁰ *Op. cit.*, págs. 353-354.

³¹ En el supuesto que analiza la STSJ Castilla y León, Burgos, de 6 de noviembre de 2015 (RJCA/2015/1034) la compensación que se impone por la inejecución es «que por parte del Ayuntamiento de Sotillo de la Adrada se proceda a la configuración y urbanización del viario a costa del Ayuntamiento».

³² Con el art. 228 Ley del Suelo de 1956 prácticamente era voluntad de la Administración la demolición, ya que podía disponer la continuación de las obras fijando el juez la indemnización.

los Ayuntamientos (a quienes corresponde el otorgamiento de los títulos habilitantes, la disciplina y la restauración de la legalidad urbanística), que en muchas ocasiones contribuyen, por acción u omisión, a generar las situaciones que después se ven obligados a revertir. Tres cuestiones abordamos en relación con este tema:

3.2.1. ¿Debe contener el fallo de la sentencia un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler?

La cuestión se plantea en los supuestos de sentencias que anulan licencias y no contienen un pronunciamiento expreso sobre la obligación de demoler lo ilegalmente construido. En el incidente de ejecución, la parte ejecutada suele oponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por suponer una suerte de resolución sobre cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia cuya ejecución se insta, con vulneración del principio de congruencia de las resoluciones judiciales.

Frente a estos argumentos, la doctrina del Tribunal Supremo es clara y unívoca. La STS 7 de junio de 2005 (RJ 2005/5244) –citada por la STS 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/2834)– concluye que *«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 sentencia»*. No es facultativo del Juez acordar o no la demolición al ejecutar la sentencia, sino que –como aclara la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2007/4579)– *«la demolición de lo construido es la consecuencia legalmente impuesta en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística»*, aunque no contenga pronunciamiento sobre la demolición –STS 31 de marzo de 2010 (RJ 2010/2765)–.

Para completar el entendimiento de la cuestión hay que precisar, como lo hace la STS 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/2834), que no estamos ante el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que se pretenda al amparo del art. 71.1,b LJCA y que requiera necesariamente la petición previa por el interesado en su demanda (art. 31.2 LJCA), *«sino, más 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»*.

3.2.2. Los cambios de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar las sentencias que ordenan la demolición

El art. 105.1 LJCA parte de la premisa de que no puede suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo, salvo que concurren causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, que deberá apreciarlas el Juez en incidente contradictorio.

Una de las causas que se invocan para la inejecución de sentencias que ordenan la demolición es la imposibilidad legal normalmente derivada de la modificación sobrevenida de la normativa aplicable, que en el ámbito urbanístico se produce por el cambio de planeamiento de aplicación, de suerte que una edificación que era contraria al planeamiento se ajusta al mismo como consecuencia de un cambio de sus determinaciones. Dada la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, el control sobre la incidencia de ese cambio normativo en la ejecución de la sentencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, existiendo una prolija jurisprudencia al respecto³³.

Ahora bien, no basta el inicio o la mera tramitación de la modificación del plan para suspender la ejecución de la sentencia, es decir, la expectativa de cambio normativo no legitima la suspensión de la ejecución. Así, la citada STC 22/2009, de 26 de enero, nos advierte que *«la decisión judicial de suspender una demolición acordada en sentencia firme sobre la base de una mera futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios firmes términos»* (f. j. 3.º).

³³ Vid. al respecto “Las innovaciones de planeamiento urbanístico como causa de imposibilidad legal para la ejecución de sentencias” RUIZ BURSON, F. J., en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, Iustel, 2013.

A pesar de esta doctrina constitucional, la Ley 4/2013, de 20 de junio, que añade un art. 65.bis a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo de Cantabria, ha intentado suspender los procedimientos de ejecución de sentencias que obligan a la demolición sobre la base del inicio de un procedimiento de modificación o revisión del planeamiento y la concesión de una autorización provisional, con resultado infructuoso al declararse inconstitucional por la STC 254/2015, de 20 de noviembre.

Es preciso determinar qué tipo de cambio, y no la mera expectativa, es suficiente para que la inejecución sea posible. En un primer momento se entendió que bastaba la alteración del planeamiento para que se considerara que concurre la causa de imposibilidad de ejecución³⁴, pero a partir, fundamentalmente, de la STS 5 de abril de 2001 (RJ 2001/3030) –Caso el Fortín de la Reina en Tarragona– la modificación del planeamiento no será causa de inejecución de la sentencia por imposibilidad jurídica si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, de que no se ejecute, incurriendo entonces en una suerte de desviación de poder.

Son varios los criterios que utiliza la jurisprudencia para comprobar si un cambio de planeamiento tiene por finalidad exclusiva eludir la ejecución de una sentencia, contraviniendo la prohibición de actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, dictados con la finalidad de eludir su cumplimiento. Entre otros los siguientes: 1) la falta de fundamentación o motivación del nuevo planeamiento, en la medida que es un indicador de su innecesariedad más allá de la elusión del cumplimiento del fallo; 2) cuando la Administración competente para la aprobación de la modificación del planeamiento es distinta de la que dictó el acto objeto de la sentencia a ejecutar, dado que es más difícil probar la connivencia; 3) el ámbito territorial de la modificación, en la medida en que sea más extenso menos estará dirigido directamente a evitar la ejecución; 4) la modificación aprobada inicialmente antes de dictarse la sentencia. Pero el cambio de planeamiento, aún no encuadrable en los supuestos de desviación de poder, no implica sin más la imposibilidad de ejecución, requiriéndose, además, que la actuación anulada haya sido legalizada mediante la correspondiente licencia (SSTS 26 de septiembre 2006 –RJ 2006/6665– o 29 de abril 2009 –RJ 2009/5146–).

3.2.3. La protección de los terceros de buena fe

Uno de los argumentos que se esgrimen para intentar paralizar la ejecución de las sentencias que ordenan la demolición de viviendas es la protección del tercer adquirente de buena fe. Se nos presenta al indefenso ciudadano, que ve lesionados sus legítimos derechos por la codicia del promotor con la connivencia del Ayuntamiento, como acreedor de una protección más potente que la exigencia de un Estado de Derecho de la ejecución de las resoluciones judiciales.

La posición más común en la jurisprudencia es que la presencia de terceros hipotecarios de buena fe que pueden verse afectados por la demolición de una vivienda declarada ilegal es un dato irrelevante a efectos del cumplimiento de la sentencia que declara dicha ilegalidad. Se considera que los terceros adquirentes no están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ya que asumen todos los derechos y deberes urbanísticos, entendiéndose que la protección de sus intereses debe llevarse a cabo «*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*» (STS 29 de diciembre de 2010 –RJ 2011/1066–).

La STS 14 de julio de 2016 (RJ 2016/3918) resume con claridad la doctrina jurisprudencial: 1.º los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena ni están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; 2.º el art. 34 Ley Hipotecaria protege el derecho real, y éste pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente, pero no protege la pervivencia de la cosa objeto de derecho cuando ésta ha de desaparecer por imponerle así el ordenamiento jurídico; 3.º la fe pública registral y el acceso de los derechos dominicales no subsana el incumplimiento del ordenamiento urbanístico; 4.º 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 pesa únicamente sobre quien realizó

³⁴ Como señalaba el Auto TS de 29 de abril de 1977 «...puesto que la demolición de unas construcciones que inmediatamente podrían ser de nuevo autorizadas carece de sentido jurídico como mera ficción que deberá sustituirse por el equivalente real o sea el mantenimiento de la obra ejecutada...».

la edificación ilegal sino que, también, sobre los sucesivos titulares de la misma; 5.º todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir quien la construyó por los daños y perjuicios causados a los adquirentes. En la misma línea se sitúa la STJMadrid de 8 de marzo de 2017 (JUR 2017/96856), afirmando que «los recurrentes, en su condición de adquirentes de las viviendas, no están exentos de soportar las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia». El hecho de que adquirieran las viviendas con posterioridad a que fuese dictada la orden de demolición obliga a «estimar que se subrogaron en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, debiendo asumir las consecuencias de la ejecución de la sentencia».

4. ALGUNOS INTENTOS DE PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ACUERDAN LA DEMOLICIÓN

Las graves consecuencias que supone la demolición de una vivienda que ha sido construida al amparo de un título inicialmente válido y con la buena fe del adquirente, con grave atentado de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, han pretendido ser atenuadas por diversas legislaciones urbanísticas.

Así ha ocurrido en los casos de las Comunidades Autónomas de Cantabria y Galicia, que han aprobado normas que pretendían, de uno u otro modo, hacer depender la efectiva demolición de la vivienda (o la puesta a disposición en favor de la Administración) a la materialización del derecho que pudiera corresponder a su titular por la responsabilidad patrimonial de la Administración que otorgó el título, no concurriendo dolo, negligencia o culpa grave del obligado a la demolición. La idea que pretendían materializar ambas iniciativas es, a nuestro juicio, impecable desde el punto de vista de la construcción teórica de la responsabilidad patrimonial. Esta debe garantizar la indemnidad patrimonial, es decir, que el resultado lesivo sea compensado «íntegramente». Y ello no ocurre cuando un particular, además de buena fe, se ve desposeído de su patrimonio (demolición de vivienda) y no obtiene su equivalente económico hasta un tiempo después, a veces bastante largo, sin que nadie se haga responsable de los daños que pueda sufrir entre uno y otro momento u obligándole a un nuevo procedimiento lento y tortuoso de exigencia de una nueva responsabilidad patrimonial.

Ambas iniciativas fueron declaradas inconstitucionales por las SSTC 92/2013, de 22 de abril, y 82/2014, de 28 de mayo, en el particular aspecto de supeditar la ejecución de la sentencia de demolición de vivienda a que se perciba la indemnización por responsabilidad patrimonial, o bien difiriendo la puesta a disposición de la vivienda para su demolición a la puesta a disposición de la indemnización, al vulnerar la competencia estatal en materia procesal. Sin dejar de mostrar cierta sensibilidad social concluyen que no corresponde al legislador autonómico introducir una causa de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias.

4.1. La Ley 2/2011, de 4 de abril, de Cantabria³⁵

El problema que analizamos es de una especial gravedad en Cantabria³⁶. Para intentar solucionarlo la Ley 2/2011 introduce una disposición adicional sexta a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo, con un objetivo reflejado en su exposición de motivos: «incorporar

³⁵ Vid. «El problema de la responsabilidad por las sentencias de derribo en Cantabria», CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, F., *Práctica Urbanística*, núm. 110, Sección Estudios, Diciembre 2011. Ed. LA LEY; «Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una Ley autonómica de la demolición de edificaciones ilegales», ENERIZ OLAECHEA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2013, Parte Tribuna. Ed. Thomson-Aranzadi; *Especial referencia a la convalidación legislativa de la Ley 2/2011, de 4 de abril, "Ley de derribos cántabra" y la STC de 22 de abril de 2013*, VILELA PASCUAL, M. L., *Práctica Urbanística*, núm. 124, Sec. Estudios, Ed. La Ley.

³⁶ Como señala CORTINES GONZÁLEZ DE RIANCHO, en 2011 estaban pendientes de cumplimiento de orden de derribo 255 viviendas en el Ayuntamiento de Argoños, 144 del Ayuntamiento de Arnuevo; 32 del Ayuntamiento de Escalante; 110 del Ayuntamiento de Miengo; y 80 del Ayuntamiento de Piélagos. Además de un grave problema social, estos datos evidencian un grado incomprensible de incumplimiento de la normativa urbanística por parte de las autoridades municipales. Esta actividad municipal irregular dará lugar a un coste para los ciudadanos que se estima por el Gobierno de Cantabria en 156.492.914,27 euros (cuantía a la que dará lugar la ejecución de los fallos judiciales), que se elevaría a 300 millones de euros si se estimaran las pretensiones de los afectados. Y estos datos obedecen a lo que ENERIZ OLAECHEA denomina «lotería de la justificación urbanística», consecuencia de la «lotería del urbanismo», o posibilidad de que alguien recurra y se aplique inexorablemente unas normas que, a veces, tienen interpretación dudosa. Los datos de las viviendas que habría que demoler en estricto cumplimiento de la legislación urbanística y cuyos propietarios tuvieron la «buena suerte» de que nadie recurrió serían mucho más elocuentes.

a la legislación urbanística de Cantabria una previsión que (...) permita el abono de la indemnización con carácter previo al derribo efectivo de los inmuebles». Esta loable intención se articula técnicamente mediante un mecanismo que el TC considera obstativo a la ejecución de la sentencia y, en consecuencia, fuera del alcance competencial del legislador autonómico.

La disposición regula la tramitación de los expedientes en materia de responsabilidad patrimonial derivada de actuaciones en materia urbanística. Y en su apartado 4 establece que «cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar», concluyendo que «sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado».

Planteada cuestión de inconstitucionalidad frente a esta disposición, fue resuelta por STC 92/2013, de 22 de abril³⁷. Dos reproches de inconstitucionalidad se plantearon:

- 1.º La norma introduce un supuesto de responsabilidad patrimonial en el que el daño indemnizable no es efectivo sino eventual, lo que afecta al sistema básico de esta institución reservado al Estado ex art. 149.1.18. Ya expusimos que este motivo no se consideró relevante para el fallo, ya que en la cuestión de inconstitucionalidad «*lo único que ha de resolver es si resulta procedente o no la suspensión de la ejecución de la sentencia en cuanto a la demolición de las viviendas concernidas*».
- 2.º La cuestión clave a dilucidar es si la norma cántabra, al introducir una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias vulnera la competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal –art. 149.1.6 CE–, dado que no se podría proceder a la demolición de las edificaciones ilegales en tanto no se haya resuelto antes el expediente de responsabilidad patrimonial incoado y mientras no se ponga a disposición de los propietarios de las viviendas afectadas por el derribo el importe de la indemnización que se reconozca.

El Parlamento cántabro parte del hecho de que las consecuencias jurídicas de la sentencia no varían dado que las obras declaradas ilegales serán inexorablemente demolidas, introduciendo únicamente un procedimiento previo encaminado a fijar la indemnización, sin que ello signifique una suspensión *sine die* ya que el procedimiento de responsabilidad tiene una duración máxima de seis meses. La finalidad última de la sentencia, la demolición, se lleva a efecto con el sistema que diseña esta regulación autonómica.

El TC reproduce su doctrina sobre el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes en el seno de una ejecución de sentencia dictada en materia urbanística (STC 67/1984, de 7 de junio) y sobre la competencia de ejecución de sentencias como la concreción del deber de cumplir lo decidido por la sentencia (STC 160/1991), concluyendo que corresponde, en el sistema constitucional derivado de los arts. 117.3 y 118 CE, a los Juzgados y Tribunales, con carácter exclusivo, la función de ejecutar lo juzgado «en todo tipo de procesos».

Aborda el alcance de las competencias autonómicas a la hora de introducir singularidades procesales derivadas de su derecho sustantivo ex art. 149.1.6 CE. Entiende el TC que las singularidades procesales que se permiten a las CC.AA deben guardar una conexión directa con las particularidades de su derecho sustantivo autonómico, que «*vengan requeridas por éstas*», correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley impugnada, «*ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se pueda desprender o inferir esas necesarias especialidades*».

Para eludir esta doctrina, el Parlamento y el Gobierno cántabro argumentaron que la norma impugnada no introducía una especialidad material que justificara un régimen procesal singular, sino que únicamente se ha dispuesto un procedimiento administrativo a seguir en la ejecución de sentencias, insertando los trámites

³⁷ El origen del caso parte de una anulación –el 24 de julio de 2000– de licencia de obras por inexistencia del preceptivo Estudio de Detalle. En el incidente ejecución, y ante la pasividad municipal, la Sala TSJCantabria acordó, mediante Auto de 19 de febrero de 2010, la ejecución subsidiaria del derribo de las viviendas, designando a TRAGSA para llevar a cabo la demolición. El Ayuntamiento solicitó la paralización al no haberse resuelto el expediente de responsabilidad patrimonial conforme a la citada disposición adicional sexta de la Ley 2/2011. El TSJCantabria planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

para la determinación de la responsabilidad patrimonial en que hubiera podido incurrir la Administración urbanística y su satisfacción.

El TC considera que esa concepción no responde al modelo constitucional y que en la ejecución de sentencia no hay potestad administrativa alguna en juego, siendo una potestad exclusivamente judicial. La conclusión es que la introducción de este trámite («ajeno a la propia ejecución de la sentencia y que tiene el efecto de paralizar la misma mientras sustancia, decide y, en su caso, ejecuta mediante el pago») incide en la regulación de la ejecución de sentencia, sin que concorra ninguna especialidad del derecho sustantivo autonómico que lo justifique. Además, advierte de una vulneración del art. 117.3 CE ya que, de admitirse la solución autonómica, «la ejecución de la sentencia termina por escapar del control judicial, único competente para hacer ejecutar lo juzgado».

En consecuencia declara la inconstitucionalidad del párrafo 5 del apartado 4, tan sólo en cuanto se refiere a los procesos de ejecución de resoluciones judiciales, no a la ejecución de actos administrativos, y del apartado 5 en su totalidad³⁸.

4.2. La Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia³⁹

El Parlamento Gallego era ya consciente de la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 2/2011 de Cantabria, y propuso una solución aparentemente más matizada. La norma gallega, más sutil, reconocía al titular de la vivienda un derecho a residir hasta que no se determinara la indemnización correspondiente. Por ello, el representante procesal de la Xunta de Galicia proponía que la solución «no supone injerencia en las competencias estatales, puesto que no introduce ninguna causa de suspensión en la ejecución de sentencias, sino que se limita a reconocer a los titulares de viviendas una permanencia en las mismas».

La Disposición adicional sexta regula el «derecho a la vivienda y necesaria asunción por la Administración de sus responsabilidades económicas con carácter previo a la demolición e impedimento de usos», garantizando a «los titulares de las viviendas construidas al amparo de un título anulado» el derecho a residir en el inmueble mientras no se determine por la administración competente, a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el alcance de la indemnización a que, en su caso, tengan derecho. Para garantizar el derecho, «el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la reposición de la legalidad urbanística y la demolición de lo construido, por no ser las obras legalizables por su incompatibilidad con el ordenamiento urbanístico, llevará consigo, como efecto legal necesario, la apertura de oficio del procedimiento de responsabilidad patrimonial». Durante la tramitación del procedimiento el inmueble se considera incurso en la situación de fuera de ordenación.

Concluido el procedimiento, si existiera responsabilidad patrimonial de la Administración deberá proceder a ejecutar la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar. La clave del sistema es que «será requisito necesario el previo pago o consignación a disposición de la persona titular de la vivienda de la indemnización, y tendrá derecho, mientras tanto, a residir en ella». Si no existe responsabilidad patrimonial, se procederá a la demolición del inmueble y a impedir definitivamente los usos a que diese lugar, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del suelo.

La constitucionalidad de la norma fue defendida sobre la base de que no introducía ninguna especialidad de índole procesal, limitándose a reconocer un derecho subjetivo a los titulares de la vivienda, a diferencia de la Ley gallega que introducía directamente una causa de suspensión de la ejecución de la sentencia.

La STC 82/2014, de 28 de mayo, no comparte esta sutil diferenciación, considerando que el reconocimiento de un derecho a residir en el inmueble mientras se sustancia el procedimiento de responsabilidad patrimonial «tiene el mismo efecto paralizador de la ejecución de sentencias cuya inconstitucionalidad ya quedó determinada por la STC 92/2013». Es más, el derecho a residir en el inmueble que se reconoce «es rigurosamente incompatible, en su perspectiva material, con la consecución de la demolición ordenada por orden judicial».

³⁸ Declaración que no se alcanza a comprender porque el f. j. 7.º declara que «es claro que el precepto (apartado 5) resulta inocuo una vez declarada la inconstitucionalidad del apartado 4 en su párrafo quinto».

³⁹ Vid. "El derecho a residir y la anulación de licencias urbanísticas en la Ley de Vivienda de Galicia. Comentarios jurídicos". ANTELO MARTÍNEZ, A. R., *Práctica urbanística*, núm. 132, Sección Perspectivas Sectoriales, Ed. LA LEY. Aboga por una regulación autonómica que, sin supeditar la ejecución de sentencias judiciales firmes a la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial, imponga la obligación de tramitarlo a la Administración municipal como consecuencia directa de la anulación del título de otorgamiento.

En consecuencia, reitera la doctrina sobre la falta de cobertura competencial de la Comunidad Autónoma produciéndose una invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, y declara la inconstitucionalidad del inciso «o sentencia» del apartado 2 de la disposición adicional sexta (es decir, el precepto opera cuando el título lo anula un acto administrativo, pero no una sentencia, porque, en aquel caso, «no se ven comprometidos ni el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) ni la competencia reservada al Estado en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE»)⁴⁰.

4.3. La Ley 4/2013, de 20 de junio, de Cantabria

Un nuevo intento acomete la Comunidad Autónoma Cántabra para dar una solución legislativa al grave problema de las sentencias pendientes de ejecutar, pretendiendo, ahora, sortear la jurisprudencia de los efectos de una modificación del planeamiento sobre la ejecución de una sentencia que ordena la demolición, configurando una figura jurídica cuyo efecto directo es la suspensión de dicha ejecución.

La Ley 4/2013, de 20 de junio, de Cantabria, relativa al régimen jurídico de las autorizaciones provisionales de edificaciones o actuaciones preexistentes, así como de adopción de distintas medidas para la agilización de los instrumentos de planeamiento, introduce un nuevo art. 65 bis a la Ley 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, creando la figura de las autorizaciones provisionales con la evidente finalidad de impedir, o al menos posponer, la ejecución de una sentencia que ordena la demolición, omitiendo cualquier referencia a los requisitos sobre el cambio de planeamiento como causa de imposibilidad jurídica de ejecutar este tipo de sentencias. La exposición de motivos de la Ley deja clara cuál es la finalidad de esta autorización provisional, que «supondrá que mientras duren sus efectos las construcciones preexistentes a las que se refiere se mantendrán en la situación en que se encuentren y se les aplicará el régimen jurídico de los edificios fuera de ordenación».

El nuevo art. 65.bis regula una autorización provisional de edificaciones o actuaciones preexistentes, que pueden otorgarse «iniciado el procedimiento dirigido a la formación, modificación o revisión de los planes urbanísticos y demás instrumentos de planeamiento, y para impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o a los propietarios de edificaciones o actuaciones que, habiendo sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubiesen recaído órdenes de demolición administrativas o judiciales, puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando, el órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan podrá otorgar, de oficio o a instancia de los interesados, autorizaciones provisionales que afecten a dichas edificaciones o actuaciones preexistentes, previa comprobación de que resultan conformes con el nuevo planeamiento municipal en tramitación». La gran virtualidad de estas autorizaciones consiste en que «supondrán que, durante el tiempo en el que desplieguen efectos, esas edificaciones o actuaciones (afectadas por la orden de demolición) se mantendrán en la situación en que se encuentren y les será de aplicación el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación».

Los efectos de las autorizaciones provisionales se extinguirán en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Cuando las edificaciones o construcciones preexistentes obtengan una nueva licencia de obra, precisando que los requisitos relativos a las condiciones técnicas de la edificación que tendrán que cumplirse para obtener la nueva licencia de obra serán los exigidos por la legislación vigente en la fecha en la que fue concedida la licencia que permitió la efectiva construcción de las mismas⁴¹; b) Cuando las autorizaciones provisionales resulten contrarias a lo aprobado posteriormente en la aprobación inicial, provisional o definitiva del instrumento de planeamiento, sin que se aclare en cuál de los tres momentos debe ponerse de manifiesto la contradicción; c) Cuando transcurran cuatro años desde su otorgamiento.

Diversas cuestiones destacamos del precepto:

- 1.^a La amplitud del bien jurídico que se pretende proteger. No es una norma dirigida a la protección de terceros adquirentes de viviendas de buena fe, sino que alcanza a todo tipo de «edificaciones o actuaciones» que hayan sido previamente declaradas ilegales y sobre las que hubieran recaído

⁴⁰ Posteriormente, y ante otra cuestión de inconstitucionalidad, la STC 149/2014, de 22 de septiembre, declaró la pérdida de objeto respecto de los apartados 1, párrafo primero, y 2, de la disposición adicional sexta de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia.

⁴¹ Esta previsión nos parece absolutamente desafortunada. Se pretende que se otorgue una licencia (acto de control y verificación del cumplimiento de la normativa) con arreglo a una normativa que puede estar derogada o que, incluso, pueda afectar a normas básicas de seguridad que hayan sido modificadas.

órdenes de demolición administrativas o judiciales, simplemente por el hecho de que «puedan resultar conformes con la nueva ordenación que se está tramitando».

- 2.^a La autorización provisional puede concederse desde el momento en que se «inicia» el procedimiento de modificación del planeamiento, lo que plantea la duda sobre cuál sea el acto administrativo que determina este inicio. ¿Es necesario un acuerdo del Pleno, órgano competente para la aprobación inicial, decidiendo acometer la modificación del Plan o bastaría una resolución del propio Alcalde decidiendo la apertura del procedimiento de modificación? A nuestro juicio sería exigible el acuerdo plenario, dado que es el órgano que tiene atribuida la competencia, y el acuerdo, además, debe precisar cuál es el objeto y alcance de la modificación. Ello es absolutamente necesario ya que la autorización provisional se concede «previa comprobación de que resultan conformes (las edificaciones o actuaciones declaradas ilegales) con el nuevo planeamiento municipal en tramitación».
- 3.^a Entendemos, aunque nada se diga al respecto, que sigue vigente la doctrina de que el cambio normativo no puede tener como finalidad exclusiva la de articular una causa de imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia⁴².
- 4.^a En cuanto al tipo de plan que legitima esta autorización provisional, deben ser planes urbanísticos cuya aprobación inicial corresponda al municipio, dado que el apartado 1 expresamente se refiere al «órgano municipal competente para aprobar inicialmente el plan».
- 5.^a La finalidad pretendida es impedir que se generen perjuicios irreparables al interés público o al propietario de la edificación o actuación. Nada se dice sobre el perjuicio al propio interés público o a terceros que pueda causar la no ejecución. Debería exigirse, como mínimo según nuestro criterio, un juicio de ponderación sobre todos los intereses que puedan estar en juego.
- 6.^a El efecto más directo pretendido con la autorización es la suspensión es la paralización de la ejecución de la resolución, administrativa o judicial, que ordena la demolición, dado que la autorización supone mantener la edificación o actuación en «la situación en que se encuentren», aplicándoseles el régimen previsto para los edificios fuera de ordenación.
- 7.^a Además, no se les exigirá tributo alguno por el otorgamiento de esta autorización provisional.

Nuevamente el Tribunal Constitucional reaccionó contra esta decisión del legislador, y declaró mediante STC 254/2015, de 30 de noviembre⁴³, la inconstitucionalidad del inciso «o judiciales» del art. 65.bis, manteniendo los efectos de la autorización provisional para los casos de órdenes administrativas que acuerden la demolición.

Tanto el Parlamento como el Gobierno de Cantabria sostuvieron que el instrumento de las autorizaciones provisionales no es legislación procesal, sino legislación urbanística, «una nueva figura jurídica dirigida a conferir mayor eficacia a los planeamientos en tramitación mediante la anticipación parcial de sus efectos, con el fin de evitar causar perjuicios irreparables a los intereses de los particulares y al propio interés público». Añade el Gobierno que la pretendida suspensión de la ejecución procesal no es una consecuencia directa de la Ley 4/2013, no es un efecto de la aprobación de la norma, sino que se produce como consecuencia de un acto administrativo, la autorización provisional, que puede ser controlado por el Juez en el proceso de ejecución e incluso ser declarado nulo al amparo del art. 103.4 LJCA. En consecuencia, no puede haber tacha de inconstitucionalidad de la Ley.

El TC (f. j. 3) parte de la premisa de que «la introducción de la autorización provisional que prevé el artículo 65.bis.1 introduce una causa de suspensión de la ejecución que se impone al órgano judicial», y aunque admite que la misma no se produce ex lege, ya que se necesita el inicio de la tramitación de un nuevo planeamiento y el otorgamiento de dicha autorización, no es menos cierto «que es la ley la que atribuye a la autorización provisional su efecto de impedir la ejecución de la Sentencia». No corresponde al Juez realizar

⁴² No obstante, el Abogado del Estado, en el antecedente 8 de la STC 254/2015, ya advierte que «la regulación supone una inversión del proceso lógico de otorgamiento de la licencia, de modo que en lugar de implicar una abstracta comprobación de la compatibilidad de la edificación con el planeamiento, persigue una adaptación del planeamiento a las condiciones de la edificación».

⁴³ Los antecedentes de esta resolución se remontan a una STSJ Cantabria de 1990 que declaró la nulidad de una licencia al edificio «Las Torres» en el municipio de Escalante. El municipio tramitó una modificación puntual del planeamiento para «legalizar» la edificación, que fue anulada por STSJ Cantabria de 14 de abril de 1992 por incurrir en desviación de poder. Casi treinta años después todavía estamos a vueltas con la ejecución de la sentencia. El 1 de abril de 2015, el Ayuntamiento firmó Convenio con la Comunidad Autónoma para hacer frente al 50% de la cantidad acordada con los vecinos por el realojo en sus nuevas viviendas (un total de 3.686.790 euros, más IVA). La Comunidad Autónoma asume el otro 50%.

valoración o control alguno, como sostenía el Gobierno cántabro, sino que «*el efecto suspensivo que el artículo 65 bis.1 atribuye a la autorización provisional implica que el legislador autonómico impone su propia valoración del impacto de la expectativa de cambio de ordenación urbana sobre la demolición ordenada en sentencia firme (...), perdiendo, por tanto, el órgano judicial el control de la ejecución de su resolución*».

La conclusión a la que llega el TC es obvia: el art. 65.bis crea una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias que ordenan la demolición de edificaciones ilegales, por lo que resulta de aplicación la doctrina contenida en las SSTC 92/2013; 82/2014 y 149/2014, en virtud de la cual no es compatible con la reserva estatal en materia de legislación procesal ex art. 149.1.6 CE que el legislador autonómico introduzca causas de suspensión o aplazamiento de la ejecución de las sentencias no previstas en la legislación procesal.

5. ALGUNAS MODULACIONES AL RIGOR DE LA DEMOLICION

Tras los fracasos de los intentos autonómicos para modular o paliar los efectos de las eventuales demoliciones sobre terceros adquirentes de buena fe, el legislador estatal en 2015 se ha hecho eco de la recomendación del TC a la hora de ponderar todos los intereses en conflicto en los casos de ejecución de sentencias que ordenen la demolición. Ha llevado a cabo esta modulación en la norma que desarrolla su competencia en materia procesal, ex art. 149.1 6, en el orden contencioso-administrativo, introduciendo un párrafo 3 al art. 108 LJCA, y en el orden penal, modificando el apartado 3 del art. 319 del Código Penal. En ambos casos, con matices distintos, para conciliar la ejecución de la sentencia con el derecho de los terceros de buena fe a recibir las indemnizaciones debidas que le correspondan.

5.1. La reforma de la ejecución de sentencias que ordenan la demolición en el orden contencioso-administrativo⁴⁴

El art. 108 LJCA regula las medidas que puede adoptar el Juez o Tribunal si la sentencia condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto en caso de incumplimiento. La disposición final 3.4 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, añadió un párrafo tercero a este precepto con el siguiente tenor:

«El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.»

En el debate de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se presentaron en el Senado las enmiendas núm. 130 y 279 (Grupos Socialista y Entesa pel Progrés de Catalunya), que fueron finalmente aprobadas modificándose el art. 108 LJCA, con la finalidad de introducir una «*mejor técnica en aras de fomentar la seguridad jurídica y el tráfico jurídico para proteger el derecho de propiedad y, de forma análoga al cambio introducido en el Código Penal para proteger a terceros adquirentes de buena fe*».

Resulta evidente que el legislador pretende fomentar la seguridad y el tráfico jurídico, protegiendo al tercero de buena fe, pero como señala EZQUERRA HUERVA, A.⁴⁵ con la finalidad última de «*impedir la continuidad de la muy fundamentada y consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo según la cual la presencia de terceros hipotecarios de buena fe que pudieran verse perjudicados por la demolición de un inmueble ilegal resulta un dato irrelevante a efectos de cumplimiento de la sentencia que declara la*

⁴⁴ Sobre esta cuestión puede verse: “La protección de los adquirentes de buena fe frente a la ejecución de sentencias que ordenan la demolición de inmuebles”, EZQUERRA HUERVA, A., en *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Dir. GIFREU FONT, J., BASSOLS COMA, M., y MENÉNDEZ REXACH, A., INAP, 2016, págs. 873-888; “La ejecución de sentencias urbanísticas tras la reforma del art. 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La protección de los derechos de terceros de buena fe”, MARTÍNEZ HELLÍN, J., *El Consultor de los Ayuntamientos*, ref. 626/2016; “La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 LJCA)”, GONZALEZ BOTIJA, M. A./RUIZ LOPEZ, M. A., *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 35/2015.

⁴⁵ *Op. cit.*, pág. 876.

ilegalidad del inmueble». La realidad es que la demolición se mantiene aunque condicionada ahora, en ocasiones, a que se garantice el pago de las indemnizaciones que pudieran corresponder.

El precepto ha suscitado ya dudas de constitucionalidad, ya que introduce un supuesto de suspensión de la ejecución de sentencias supeditándola a «la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros», que puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, y el art. 117.3 CE que atribuye a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. La redacción del precepto parece indicar que, salvo el supuesto de peligro inminente, la suspensión de la ejecución hasta que se presten garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe se produce en todo caso, al utilizar unos términos tan imperativos como que «el Juez o Tribunal (las) **exigirá**, como condición previa a la demolición». Una interpretación tan literal sustrae cualquier competencia del Juez en orden a la ejecución, a quien se la ha venido reconociendo la competencia exclusiva para apreciar la existencia de causas de imposibilidad legal de ejecución.

La cuestión ya se ha planteado ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁶. La STJCantabria 20 de enero de 2017 (RJCA/2017/130) confirma el criterio del Juez de instancia, «*por las mismas razones que a nosotros nos han llevado a no suspender la ejecución material de las demoliciones, es decir, por no ser una exigencia del precepto aplicable, que de otro modo nos llevaría a cuestionar su constitucionalidad*». Reproduce su pronunciamiento adoptado en el Auto de 20 de julio de 2016, y a la vista de la doctrina constitucional le lleva a considerar que «*el mandato previsto en el nuevo precepto pese a las dudas de aplicación que el mismo pueda conllevar, no impone sino la exigencia de prestación de garantías, supone la anticipación de la barrera de protección mediante una suerte de tutela cautelar de unos derechos resarcitorios cuya lesión no se ha consumado, pero en el momento actual no imposibilita la continuación de la ejecución por lo que se entiende no procede plantear en el presente momento la cuestión de inconstitucionalidad*».

Se salva la constitucionalidad del precepto con una interpretación, a nuestro juicio más que forzada dado el tono imperativo del precepto –«exigirá»–, que viene a sostener que no se impone solución alguna al Juez, pudiendo éste adoptar la medida que considere procedente en orden a la ejecución, es decir, reteniendo su competencia de «ejecutar» lo juzgado. La cuestión no está definitivamente resuelta dado que contra las Sentencias TSJCantabria se han interpuesto recursos de casación, habiéndose admitido hasta la fecha dos recursos por Autos Tribunal Supremo de 27 de enero y 26 de mayo de 2017 (JUR 2017/93337 y JUR 2017/139553). El TS admite el interés casacional, planteándose –entre otras– la cuestión de dilucidar si «*para que las indemnizaciones sean debidas (...) es preciso suspender la ejecución del fallo, a fin de tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial*». El TS tendrá que abordar la interpretación del precepto y, entendemos, que de sostener que el precepto «impone» una única solución al Juez se verá obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

La segunda cuestión, relativa a la entrada en vigor de la norma y su aplicación a los procedimientos de ejecución planteados tras las correspondientes sentencias firmes que ordenaban la demolición., ha sido resuelta por el Auto TSJCantabria de 20 de julio de 2016 afirmando que «*el precepto citado que contiene una norma procesal, incluida en el capítulo IV, referido a la ejecución de sentencias, resulta aplicable a los actos procesales que se producen a partir de su entrada en vigor, con independencia de la fecha de inicio del procedimiento, en fase de ejecución*».

Además de estas dos cuestiones previas, el precepto que comentamos plantea diversos interrogantes en cuanto a su interpretación:

1.º ¿A qué tipo de resoluciones judiciales es de aplicación el artículo? La redacción literal se refiere a resoluciones que «además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo». En principio los requisitos son dos: a) que la resolución afecte a la «construcción de un inmueble», y no a cualquier tipo de actuación urbanística contraria al ordenamiento jurídico que exija medidas de restauración de la realidad física alterada; b) que ordene motivadamente la demolición. Consideramos que la interpretación razonable es que el art. 108.3 es de aplicación a todo tipo de resolución judicial que ordena la demolición, la sentencia o el auto que pone fin al incidente de ejecución, en la línea expuesta de que la demolición es consecuencia inexorable.

⁴⁶ El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, mediante Auto de 18 de abril de 2016, desestimó la suspensión de la ejecución forzosa de una sentencia de demolición. El Gobierno de Cantabria formuló apelación, entre otros motivos por vulneración del nuevo art. 108.3 LJCA, siendo desestimado por STSJCantabria de 20 de enero de 2017, reproduciendo el criterio seguido por la propia Sala (Auto 24 de octubre de 2016, entre otros).

2.º ¿Cómo se determina la cuantía de la garantía? La única previsión que se contiene es la referencia a «garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas». Habría dos posibilidades: a) suspender el incidente de ejecución y tramitar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, si el obligado es la Administración, o de responsabilidad civil, si el obligado es un particular y, una vez determinada la cuantía, exigir la garantía por su importe; b) atribuir la competencia para fijar la cuantía al órgano judicial responsable de la ejecución, debiendo determinarse en este caso cuál sería el procedimiento.

No nos parece acorde con la finalidad del precepto puesto en consonancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias, que un incidente de ejecución pueda demorarse prácticamente *sine die* hasta que concluya un procedimiento de determinación de la responsabilidad. Pugna, además, con lo expuesto sobre la necesidad de que el daño sea efectivo, y que esa efectividad únicamente se produce cuando se lleva a efecto la demolición. Y por último, de admitirse esta tesis, la previsión no tiene lógica, ya que si está determinada la responsabilidad y su cuantía, carece de sentido que se presten garantías, lo que debe hacerse, en ese caso, es pura y simplemente abonar la indemnización. Por tanto, nos inclinamos por la solución de que sea el órgano encargado de la ejecución quien fije la cuantía de las garantías a prestar, existiendo la duda sobre el procedimiento a seguir.

Esta es la solución que ha adoptado el TSJCantabria en su Auto de 30 de mayo de 2016, en el que, además de desestimar la pretensión de inejecución planteada por el Ayuntamiento, fija el importe de la garantía a prestar en la suma resultante de incrementar un 30% a cada una de las cuantías que figurasen como precio de adquisición de cada una de las viviendas. La solución de fijar unilateralmente y sin contradicción de parte la cuantía es más que discutible, de ahí que otro de los fundamentos en que se basa el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento es que «*se habían determinado, sin contradicción ni posibilidad alguna de oposición, ni de prueba, las sumas económicas que se derivan de la ejecución, y que no habían sido objeto de debate procesal, ni en la tramitación del proceso ni en su ejecución*», considerando que debió suspenderse la ejecución del fallo «*a fin de tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial, determinando los beneficiarios de la indemnización y su importe, haciéndose efectivo el mismo antes de la demolición*». Como ya hemos señalado, el recurso de casación ha sido admitido a trámite por Auto Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 (JUR 2017/93337).

La fijación de la cuantía por el órgano responsable de la ejecución, con desestimación de la suspensión de la ejecución forzosa, también la llevó a efecto el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander mediante Auto de 18 de abril de 2016 (PROV 2016/155008). En este supuesto el Gobierno de Cantabria entendió que debieron seguirse los trámites del art. 109 LJCA para resolver este incidente procesal, considerando el Juzgado que las alegaciones relativas al art. 108.3 son autónomas y se pueden resolver sin necesidad de tramitar el incidente del art. 109. Interpuesto recurso de apelación, la STSJ Cantabria de 20 de enero de 2017 (RJCA/2017/130) lo desestima sobre la base de dos premisas: 1.ª salvo los tres supuestos previstos en el apartado 1 del art. 109, no toda cuestión que se plantee en sede de ejecución conlleva necesariamente la apertura de este incidente procesal, sino sólo cuando el juez estime que es necesario; 2.ª el criterio fundamental es que se genere o no indefensión a las partes, descartándola en el supuesto que enjuicia por las razones expuestas en su fundamento de derecho 3.º.

La conclusión a la que podemos llegar respecto de la interpretación del precepto en este particular, y a la vista de la jurisprudencia que va formándose, es que la determinación de la cuantía de la garantía a prestar puede hacerla el mismo órgano a quien corresponde la ejecución de la sentencia, sin que ello implique necesariamente la suspensión de la ejecución. Ahora bien, aunque no se requiera una instrumentación formal a través del cauce del art. 109 LJCA, la determinación de la cuantía debe respetar la contradicción de parte y no causar indefensión.

3.º ¿Quién es el obligado a prestar la garantía? Nada dice al respecto el precepto comentado, correspondiendo en consecuencia al órgano encargado de la ejecución determinar la persona responsable de prestar la garantía. En el proceso de la edificación intervienen diversas partes: la Administración (que pueden ser dos: la que aprueba el planeamiento y la que otorga el título habilitante); el promotor; el constructor; el vendedor; el adquirente inicial; y los posibles terceros adquirentes. Junto a ellos, y en el supuesto de que se entablen recursos, aparece la figura del tercero, perjudicado directamente o que actúa en interés de la legalidad al ser pública la acción. Además, cada uno puede ocupar diferente posición procesal e, incluso, no haber sido parte en el proceso (como puede suceder con terceros adquirentes).

A nuestro juicio el art. 108.3 está pensando fundamentalmente en un único obligado a prestar la garantía: la Administración, bien la que otorgó el título, la que aprobó el planeamiento o conjuntamente ambas (la

misma ubicación sistemática apunta en esta dirección, ya que el art. 108 regula los supuestos de condena a la Administración). La argumentación que nos lleva a esa conclusión es la siguiente: si hay un tercero de buena fe es porque se otorgó un título aparentemente válido y éste tercero no participó con dolo, negligencia o culpa en su obtención, de lo contrario no habría buena fe; si esto es así, y se anula el título nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 48,d del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo (la anulación del título habilitante, salvo que exista dolo, culpa o negligencia graves «imputables al perjudicado», y desde luego estas circunstancias no pueden imputarse al tercero de buena fe).

Esta interpretación debe completarse con dos apreciaciones: 1.^a que la prestación de la garantía no determina el resultado del expediente de responsabilidad patrimonial que debe tramitarse, y en el que podrán resultar responsables otros intervinientes en el proceso; 2.^a que, en cualquier caso, el Juez o tribunal encargado de la ejecución podrá apreciar, con contradicción de parte, la existencia de otros obligados a prestar la garantía al no establecer limitación alguna el art. 108.3.

4.º ¿Quiénes son terceros de buena fe? Nuevamente el precepto comentado deja la cuestión sin resolver, remitiéndola al órgano encargado de la ejecución.

La exigencia de buena fe del tercero conecta directamente con la existencia de un título habilitante para la edificación. Aunque el art. 108.3 se refiera a «declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble», difícilmente podríamos encontrar buena fe en quien construye sin licencia o quien adquiere sin verificar mínimamente las condiciones urbanísticas de la edificación sin licencia.

Una interpretación restrictiva nos llevaría a considerar tercero de buena fe exclusivamente al amparado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria. En cambio, una interpretación más amplia ampararía, además de al tercero hipotecario, al tercero diligente y bienintencionado. En todo caso, corresponderá determinarlo al órgano encargado de la ejecución, al no haber precisado o distinguido el legislador. Los que sí quedarían excluidos son los que MARTÍNEZ HELLÍN, J. denomina terceros de «mala fe»⁴⁷, que han aparecido bajo prácticas picarescas. Conociendo las dificultades para proceder a la demolición en nuestro país, adquieren viviendas con sentencias de derribo a un precio muy inferior, en la creencia que estas sentencias nunca serán demolidas.

5.2. Modificaciones en el orden penal

En la tramitación de la reforma del Código Penal se presentó una enmienda en el Senado por parte del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), de modificación del art. 319 dando respuesta a la petición de adquirentes de viviendas de buena fe que habían resultado afectados por una orden de demolición.

La aceptación de la enmienda dio lugar a la modificación del apartado 3 del art. 319 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por el art. único.171 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, quedando con la siguiente redacción:

«En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.»

Con una mejor técnica que la reforma del orden contencioso, en este caso se atribuyen facultades al Juez encargado de la ejecución para que realice un juicio de ponderación, «valorando las circunstancias»⁴⁸, sobre la necesidad de una demolición inmediata o condicionarla temporalmente a la constitución de garan-

⁴⁷ Con cita de GEIS CARRERAS, G., *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Ed. Atelier, 2013, págs. 267-268.

⁴⁸ Antes de la modificación del art. 319.3 y para decidir sobre la demolición la STS 24 de noviembre de 2014 (Sala de lo Penal) –RJ 2014/6004– indicaba como circunstancias que en la práctica debían ser tenidas en cuenta «*la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse también afectados derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...*».

tías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas. Ningún reproche de constitucionalidad puede formularse al retener el Juez todas las facultades de ejecución de la sentencia, a diferencia del art. 108.3 LJCA.

En la jurisdicción penal la medida de demolición venía teniendo un carácter excepcional. Tendencia que fue alterada por la STS de 21 de junio de 2012 (RJ 2012/6963) que establece, salvo en ciertas excepciones, la regla general de la demolición: «*deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración y en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.*» Como excepciones a esta regla general se establecen las pequeñas extralimitaciones de autorizaciones administrativas y cuando el instrumento de planeamiento se haya aprobado haciendo la edificación ajustada a la norma., sin que en esta sede se aborde la problemática de las modificaciones directamente dirigidas a evitar la ejecución de la sentencia⁴⁹.

Probablemente para matizar esta nueva tendencia de la jurisdicción penal más exigente con la demolición se ha introducido esta modificación en el Código Penal, aunque los propios Juzgados de lo Penal vienen atemperando el rigor de la demolición. En general, matizan la obligación de demolición siempre que exista cualquier posibilidad de legalización, como puede ser la figura de «asimilado al régimen de fuera de ordenación» (AFO) que contempla la normativa andaluza⁵⁰ (Sentencia 204/15, de 4 de septiembre, del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Sevilla, o la Sentencia 57/16 (bis) del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla). También se han aplicado modulaciones en los supuestos de familia de precarios recursos económicos que reside en suelo no urbanizable, como la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla, de 9 de febrero de 2017, que acuerda no proceder a la demolición de la edificación por resultar desproporcionada, ya que la familia compuesta de matrimonio y dos hijos menores que podrían quedar en situación de desamparo⁵¹.

6. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

El fenómeno especulativo y la construcción desordenada de viviendas en España han causado una consecuencia negativa para algunos compradores de buena fe, muchos extranjeros, que se han visto sorprendidos con sentencias que ordenan la demolición de sus viviendas, como consecuencia de la anulación del título que las legitimaba.

La ejecución judicial de las sentencias, su intangibilidad, inmodificabilidad o invariabilidad, es una exigencia de la seguridad jurídica y una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, también, la protección del tercero de buena fe afectado por la sentencia es tenida en cuenta por nuestro ordenamiento jurídico a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, articulando la legislación urbanística un supuesto indemnizatorio como consecuencia de los daños efectivos provocados por la anulación de un título, cuando se ha actuado sin culpa, dolo o negligencia graves.

La cuestión consiste en acompasar ambas exigencias, de modo que quien sufre las consecuencias de la demolición de una vivienda que creyó adquirir conforme a la legalidad, pueda ver paliado el daño, al menos económico, percibiendo una justa indemnización.

En este contexto se han producido algunas iniciativas por parte de Comunidades Autónomas especialmente afectadas por el problema (Cantabria y Galicia), por la vía de articular mecanismos que, de uno u otro modo, demoraban la ejecución de la sentencia hasta la materialización de la indemnización. El Tribunal Constitucional ha reaccionado tachando de inconstitucionales ambas iniciativas (SSTC 92/2013 y 82/2014), en la medida que pretendían introducir una causa de suspensión de la ejecución de las sentencias que excede de la competencia autonómica en materia de legislación procesal ex art. 140.1.6 CE, destacando que las facultades del Juez a la hora de proceder a la ejecución no pueden ser sustraídas sin que ello suponga una vulneración del art. 117.3 CE.

⁴⁹ Sí se exige que exista una probabilidad cierta de modificación, de modo que la STS 22 de mayo de 2013 (Sala de lo Penal) –RJ 2013/3990– entiende que la excepción a la regla general de demolición no puede extenderse a «*tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán en exclusiva de autoridad municipal*».

⁵⁰ Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁵¹ Comentada por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., en la Revista LA TOGA del Colegio de Abogados de Sevilla, núm. 194, enero-junio 2017, pág. 61.

Finalmente el Estado ha reaccionado con dos medidas legislativas tendentes a hacer conciliar todos los derechos e intereses presentes en este conflicto. Se introduce una habilitación, no exenta de problemas, a los jueces y tribunales para que, valorando las circunstancias, puedan condicionar temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a los terceros de buena fe (con mejor regulación en el orden penal que en el contencioso-administrativo, cuya aplicación ya está pendiente de recursos de casación.)

En definitiva, la cuestión sigue abierta y la conclusión a la que debemos llegar, además de no volver a incurrir en la «locura inmobiliaria» del pasado, es a la necesidad de reforzar los mecanismos de publicidad de los recursos y acciones que se entablan en materia urbanística, para reducir sensiblemente la existencia de posibles terceros de buena fe. Ello sin olvidar la necesidad de introducir mecanismos más eficaces de ejecución de estas sentencias, que se demoran eternamente, para garantizar la protección de otros valores constitucionalmente protegidos, y como medida que aborte definitivamente la «picaresca» que se produce en el tráfico inmobiliario desde el convencimiento generalizado de que las sentencias de demolición «nunca se ejecutan».



Breves consideraciones sobre la adquisición de obras de arte en la regulación europea de los contratos públicos

Brief considerations on the acquisition of works of art in the European regulation of public contracts

Pierpaolo Forte
Università degli studi del Sannio
pierpaolo.forte@unisannio.it

RESUMEN

La obra, renunciando a una definición precisa de arte, reconoce que hay objetos de arte y objetos culturales, que, propiamente en esa capacidad, son relevantes también en términos legales, y trata de avanzar algunas reflexiones sobre la relevancia del arte en relación con la disciplina europea de contratos públicos y, en particular, con lo que puede deducirse de la Directiva 2014/24/UE, que puede entenderse como una especie de signo cultural capaz de ofrecer indicaciones sobre cómo se percibe el arte en Europa, también en términos políticos, en esta fase histórica. Por lo tanto, el documento examina el uso de procedimientos negociados sin publicación previa de un aviso de contrato, para la «creación o adquisición de una única obra de arte o realización artística», y para hacerlo enfrenta el problema del objeto de adquisición por «autoridades de contratación» que trata de cosas o realizaciones (obras, suministros o servicios) relacionadas con productos artísticos, examinando las necesidades que una administración pública puede tener en relación con la obtención de la disponibilidad de una obra de arte, y los diferentes modos de este tipo de adquisición. Finalmente, el estudio examina el tema de las «exposiciones de arte», tratando de demostrar que son objetos autónomos, que están representados en la directiva europea bajo la dicción «actuación artística única».

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, adquisiciones, arte.

ABSTRACT

The work, renouncing to a precise definition of art, acknowledges that there are art objects and cultural objects, which, in this way, are relevant also in legal terms, and try to advance some reflections on the relevance of art in relation to the European discipline of public contracts and, in particular, what can be deduced from Directive 2014/24 / EU, which can well be understood as a sort of cultural sign that can provide insights into how art is perceived in Europe, even in political terms, in this historical phase. The paper therefore examines the use of negotiated procedures without prior publication of a contract notice, for the «creation or acquisition of a unique work of art or artistic performance», and to do so faces the problem of the object of the procurement by “contracting authorities” which deals with things or performances (works, supplies or services) relating to artistic products, by examining the needs which a public administration may have in relation to obtaining the availability of a work of art, and the different modes of this type of acquisition. Finally, the study examines the theme of «art exhibitions», trying to

prove that they are autonomous objects, which are represented in the European directive under the diction «artistic performance».

KEYWORDS

Public procurement, acquisitions, art.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ADQUISICIÓN PÚBLICA DE ARTE COMO CONTRATO. 3. OBRAS DE ARTE. 4. LAS NECESIDADES EN LA ADQUISICIÓN DE ARTE: PLANTEAMIENTOS. 5. LA ADQUISICIÓN DE OBRAS DE ARTE NO IDENTIFICADAS Y SIN NINGUNA INDICACIÓN DE AUTORÍA. 6. LA ADQUISICIÓN DE LA OBRA DE ARTE A TRAVÉS DE COMISIÓN. 7. LA ADQUISICIÓN DE UNA OBRA DE ARTE EXISTENTE. 8. LAS EXPOSICIONES DE ARTE COMO «ACTUACIONES ARTÍSTICAS ÚNICAS».

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido lo difícil que es dar una definición completa e indiscutible del arte, y el presente trabajo no tiene intención de hacerlo¹.

Sin embargo, podemos percibir, al mismo tiempo, cómo tratamos pacíficamente algunos productos humanos como obras de arte, y, junto con algunos comportamientos, como fenómenos culturales; es decir, que aun dejando de lado completamente cualquier pretensión de definición, no obstante, no es posible prescindir del *hecho* de que existen, de que se dan objetos artísticos y culturales, que, precisamente en dicha capacidad, terminan siendo relevantes también en términos jurídicos.

Ahora bien, la relación entre el arte y la ley está ampliamente probada, y es muy interesante observar cómo, en las últimas décadas, ya no se centra solamente en los problemas tradicionales de inferencia (piénsese en el complejo ámbito del denominado Derecho de autor, en la variedad de fenómenos asociado con el coleccionismo, en las compraventas, en los temas de la autoría, de la protección, la atribución de las obras, etc.), sino que cada vez más a menudo nos encontramos con el derecho que penetra directamente –por así decirlo– en el arte, en el sentido de que no son pocas las obras, percibidas como artísticas, cuyos autores utilizan explícitamente elementos jurídicos para darles forma o estructura².

Pero no va a tratar sobre ello este breve trabajo, sino que se intentará avanzar algunas reflexiones, aunque incompletas, exclusivamente acerca de un tema sobre el que la literatura jurídica no es especialmente prolífica, a saber, la relevancia del arte en relación con la normativa europea (y por tanto, también nacional en los países de la Unión) en materia de contratos públicos, y en particular de lo que se puede deducir de la Directiva 2014/24/UE, a la que en adelante se hará referencia simplemente como «Directiva».

Es evidente, dada la estructura normativa de las directivas europeas, que los ordenamientos nacionales pueden establecer disposiciones más detalladas sobre el tema, más numerosas, o, allí donde no se prohíbe

¹ «¿Qué es el arte? ¿Lo que es arte en el sentido habitual o lo que es según las valoraciones que de él hacen en los ámbitos especializados lo es también para el jurista? ¿Quién lo establece y cómo?»: así en P. FABBIO, «Che cos'è arte?, Una sentenza del Tribunale di Venezia sul «valore artistico» delle opere di design e sul giudizio dell'esperto», en *Riv. dir. ind.*, 2016, 1, pág. 62 (mi traducción, al igual que todos los siguientes), que parece reproducir el mismo inicio (aunque no con las mismas consecuencias) que Benedetto Croce: «A la pregunta: –¿Qué es el arte?– podría responderse, con una broma (aunque no sería una broma tonta), que el arte es lo que todos sabemos que es» (B. CROCE, *Breviario di estetica. Quattro lezioni*, Laterza, Bari, 1913, pág. 9); A. DONATI, *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milán, 2012, pág. 6, pone de relieve que para el jurista existen «motivos de peso para permanecer en silencio», teniendo en cuenta que «la creatividad no consiente limitaciones», y que se obligaría al juez a «cumplir la función para él innatural» del crítico de arte. Me permito recurrir a una ingeniosa afirmación de Holger Liebs (ex director de una importante revista especializada internacional, la *Monopol magazine*): «el mayor secreto del mundo del arte es que nadie sabe lo que es el arte contemporáneo»: cfr. T. Girst, M. Resch (eds.), *100 Secrets of the Art World*, Keonig Books, Londres, s. f., pág. 38.

² A. DONATI, *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, cit., pág. 103 y ss., dedica un capítulo entero a los casos en que se encuentra «el contrato como obra de arte».

la *sobrerregulación*, incluso distintas³, pero los objetivos de armonización que, como es sabido, fundamentan la facultad de la Unión Europea para adoptar directivas, y la naturaleza fisiológicamente *ilimitada* del arte, autorizan un análisis y un discurso que se limite a una observación de las prescripciones y de las recomendaciones extraídas de la regulación europea, que bien puede entenderse también como una especie de señal cultural, que puede ofrecer una visión de cómo se percibe el arte en Europa, también en términos políticos, en esta fase histórica⁴.

2. LA ADQUISICIÓN PÚBLICA DE ARTE COMO CONTRATO

La Directiva aborda explícitamente el arte en dos puntos.

En primer lugar, en el Considerando 50, que confirma el carácter excepcional del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, «en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia»⁵. Entre estas circunstancias totalmente excepcionales, el mismo Considerando incluye los casos en los que «objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso» –continúa el texto– «de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico.»

Como resultado, el art. 32 de la Directiva, dedicado a los casos de «uso del procedimiento negociado sin publicación previa», contempla las circunstancias en que las obras, suministros o servicios pueden ser adquiridos solamente por un operador económico determinado, y entre estas incluye, y es la segunda ocasión en que se menciona explícitamente, la «creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única».

En resumen, la Directiva de 2014 confirma y de alguna manera refuerza una situación que ya se había manifestado, más tímidamente, en la anterior de diez años antes⁶: también la adquisición de obras de arte es una operación que la legislación europea –con o sin razón– reconduce al ámbito de la contratación pública, que en la Directiva se entiende, en primer lugar, como adquisiciones, «mediante un contrato público», de obras, suministros o servicios a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores (art. 1, apartado 2), y a continuación, en términos definitorios, como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.» (art. 2, apartado 1, núm. 5).

Estos dos textos apuntan a una cierta comprensible vaguedad allí donde el primero parece describir una metodología (una adquisición *mediante* contrato) y el otro un acto jurídico (el *contrato*). Creo que esto se debe a que la legislación europea sobre el tema ha optado, en relación con este tipo de contratos públicos y de procedimientos que los sostienen, por intentar superar, o al menos no tener en cuenta, la secular y progresiva matización en la modernidad de las diferencias entre *locatio operis* y *locatio operarum*, que con la configuración establecida a partir del *Code Napoleon* (cuyo art. 1.708 regulaba los «contrats de louage [...] celui des choses, et celui d'ouvrage»), han puesto de manifiesto la existencia de conceptos específicos suficientes para regular en diferentes términos los contratos de licitación de los contratos de obra, de encargo o de venta en los diferentes sistemas legales nacionales en Europa.

Veremos que, como ya se ha señalado, esta solución no está exenta de complicaciones; entre ellas, la dificultad para calificar a la entidad potencialmente interesada en negociar contractualmente con una ad-

³ Cfr. la Comunicación de la Comisión COM (2010) 543, en materia de «Normativa inteligente en la Unión Europea», donde la práctica de la «sobrerregulación» se define como la que «va más allá de lo exigido por la legislación y, al mismo tiempo, permanece dentro de la legalidad. Los Estados Miembros tienen amplia discrecionalidad a la hora de aplicar las directivas de la Comisión Europea. Podrán ampliar las obligaciones de información, añadir requisitos procedimentales o aplicar unos regímenes sancionadores más rigurosos. Si bien no es ilegal, la «sobrerregulación» se considera normalmente una mala práctica porque impone unos costos que podrían haberse evitado».

⁴ Se recogen importantes aportaciones al respecto en L. CASINI (ed.), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bolonia, Il Mulino, 2010.

⁵ Esta cuestión parece haberse incorporado ya en los ordenamientos jurídicos nacionales como un verdadero principio: para Italia, véase, por ejemplo, la sentencia núm. 3.488, de 10 de julio de 2015, del Consejo de Estado, Sección III.^a

⁶ El artículo 40, apartado 3, letra c) de la Directiva 2004/17/CE relativo a la utilización de los procedimientos abiertos, restringidos y negociados, los permitía, entre otros casos, «cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda ejecutar el contrato un determinado operador económico».

ministración pública por estar en condición de satisfacer alguna de sus necesidades (que afecta a la razón misma por la que existen las directivas europeas en dicha materia⁷, que como se sabe se fundamenta en los principios de libre circulación de bienes y servicios, en la libertad de establecimiento⁸ y en el principio de libre competencia⁹); en el léxico europeo, la denominación consolidada de dicho interlocutor es la de «operador económico»¹⁰, pero no obstante, cabe señalar que la enumeración de dichos operadores económicos admitidos en las licitaciones, y que actualmente se incluye en distintos lugares de la Directiva, ya se han considerado en el pasado únicamente ilustrativas¹¹.

En este sentido, la Directiva sigue dando una amplia orientación sobre el concepto de «operadores económicos»: el Considerando 14, el artículo 2, apartado 1, núm. 10 y el artículo 19¹² no solo mencionan tanto a las personas físicas como a las organizaciones, sino que parecen incluso prescindir de la posesión de la personalidad jurídica, el ánimo de lucro, la estructura organizativa de empresa o la presencia habitual en el mercado¹³, y por tanto parecen confirmar que, en la regulación de los contratos públicos, la orientación europea no considera necesario tener en cuenta elementos que, sin embargo, en el ámbito del derecho privado han sido muy empleados para diferenciar el tipo de contrato de la licitación respecto de otras formas derivadas de las *locationes operis* y *operarum*¹⁴.

Cuando, por lo tanto, la operación de adquisición tenga por objeto obras de arte, se plantea inmediatamente el problema de la identificación de la parte contratante del órgano de contratación. En una primera aproximación, se podrá establecer que se trata de la entidad que detente los derechos de explotación económica de la obra, la única capaz de procurar la adquisición, y que en lo sucesivo se definirá, convencionalmente, como «el propietario», aun siendo conscientes de que esta denominación es muy imprecisa, puesto que, si en el léxico cotidiano se puede hablar de «propiedad» de una obra de arte, en términos jurídicos exactos, como se sabe, cabe precisar que se pueden «adquirir» distintos derechos de explotación de la misma, sin que ello garantice que se ha adquirido su *propiedad*, al menos en los términos dominicales absolutos

⁷ A las primeras medidas reguladoras comunitarias (Directiva 70/32/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1969, Directivas 71/305 y 72/277, de 26 de julio de 1972, relativas a los contratos públicos de obras; Directivas 77/62, 80/767 y 88/295, relativas a los contratos públicos de suministro), les han seguido otras más especializadas: la Directiva 89/440, relativa a la contratación de obras públicas, la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, la Directiva 90/531, relativa a los contratos públicos en el sector del agua; sin embargo, con las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE el ordenamiento jurídico europeo emprendió una trayectoria más orgánica, que se desarrolló en primer lugar con las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE hasta llegar a las que estamos comentando.

⁸ M. CLARICH, «Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale», en *Diritto Amministrativo*, 2016, pág. 71, considera que «de estos principios, el Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE establece los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia en torno a los que se desarrolla la regulación en su totalidad [...]. Tal vez podría incurrirse en un exceso si se establece una jerarquía entre los grupos de principios, pero sin duda el principio de libre competencia no se sitúa en primer lugar».

⁹ cfr. M. D'alberti, «Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici», en *Dir. Amm.*, 2008, pág. 297 y ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, 2011; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Giuffrè, Milán, 2001. La posición constitucional del principio de libre competencia, no obstante, sigue siendo objeto de debate; véase, con diferentes opiniones, por ejemplo, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Turín, 2012, esp., pág. 55; F. TRIMARCHI BANFI, «Il «principio di concorrenza»: proprietà e fondamento», en *Dir. amm.*, 2013, pág. 15 y ss.; E. PICOZZA, «L'appalto pubblico, fra diritto comunitario e nazionale, una difficile convivenza», en C. Franchini (ed.), *I contratti di appalto pubblico*, Giappichelli, Turín, 2010, pág. 29 y ss.; F. PIZZOLATO, «La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale», en *Il diritto dell'economia*, 2010, pág. 811 y ss.; P. COSTA, «L'ordoliberalismo della Corte costituzionale? Sul ripeto tentativo di giustificazione giurisprudenziale di un modello economico», en *Il diritto dell'economia*, 2015, pág. 389 y ss. En la jurisprudencia, véase por ejemplo la sentencia núm. 401/2007 del Tribunal Constitucional italiano y el dictamen núm. 1, de 3 de marzo de 2008, del Consejo de Estado, sesión plenaria.

¹⁰ Definido en términos generales como «una persona física o jurídica, un organismo público, un grupo de dichas personas o entidades –incluida cualquier asociación temporal de empresas– o una entidad sin personalidad jurídica –incluida una Agrupación de Interés Económico Europeo (AEIE)– constituida de acuerdo con el Decreto Legislativo núm. 240, de 23 de julio de 1991, que ofrece al mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios» (art. 3, apartado 1, letra p) del Decreto Legislativo núm. 50/2016).

¹¹ Por último, cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14; en Italia, se puede ver la Resolución núm. 7, de 20 de octubre de 2010 de la Agencia de Control de los Contratos Públicos (AVCP, por sus siglas en italiano): Cuestiones de interpretación en relación con la disposición del artículo 34 del Decreto Legislativo núm. 163/2006 relativo a las entidades a las que pueden adjudicarse los contratos públicos.

¹² En términos completamente análogos, véanse también el Considerando 17, el artículo 2, apartado 1, núm. 6, y el artículo 37 de la Directiva núm. 2014/25/UE, así como el artículo 26 de la Directiva núm. 2014/23/UE.

¹³ Véanse, por ejemplo, las sentencias del TJUE, Sec. IV, C-305/08, de 23 de diciembre de 2009, y Sec. IV, C- 357/06, de 18 de diciembre de 2007.

¹⁴ Esta cuestión permanece todavía abierta en la jurisprudencia italiana: véanse, recientemente, dictamen núm. 1.918, de 12 de mayo de 2016, del Consejo de Estado, sec. IV; dictamen núm. 3.863, de 6 de agosto de 2015, del Consejo de Estado, sec. V; y dictamen núm. 5.917, de 1 de diciembre de 2014, del Consejo de Estado, sec. V.

que son posibles en la posesión propietaria de otros bienes¹⁵; incluso después de la compra¹⁶, en efecto, siguen existiendo protecciones legales –con salvaguardias que siguen siendo significativamente diversas en los distintos ordenamientos mundiales¹⁷– previstas para preservar la identidad de la obra y su atribución a un autor, que prescinden de la posesión actual de la obra, de sus operaciones de transferencia y, por lo tanto, de la propiedad de los llamados derechos económicos, y por lo tanto no se van a tener en cuenta en el presente trabajo¹⁸.

Pero, como veremos más adelante, las prácticas y los comportamientos efectivos relevantes, tanto en la percepción habitual de las obras de arte como en el mercado en el que estas circulan, ofrecen un panorama subjetivo muy articulado de actores capaces de influir en términos determinantes, y habrá que tenerlo en cuenta con el fin de comprender la estructura de las operaciones de adquisición pública.

3. OBRAS DE ARTE

Aunque sea con el único propósito de entrar en el análisis estrictamente jurídico, es necesario plantear el problema de la naturaleza de aquello de lo que se está hablando; incluso al margen de cuestiones etimológicas u ontológicas sobre el arte. Es decir, cuando nos ocupamos jurídicamente de la adquisición por parte de «poderes adjudicadores» que tenga por objeto cosas o prestaciones (obras, suministros o servicios) relacionadas con productos artísticos, resulta imprescindible convenir acerca de qué es lo que son dichos productos, qué rasgos los distinguen, al menos de forma limitada al asunto en cuestión.

¹⁵ La naturaleza del derecho de propiedad de los bienes culturales, aunque privada, se considera singular de forma bastante unánime; en la literatura iusprivatista, por ejemplo, véanse, además de la obra fundamental de S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, S. RODOTÀ, “Lo statuto giuridico del bene culturale”, en *Annali dell’associazione Bianchi Bandinelli*, Roma 1994, pág. 15 y ss.; M. CALVANO, “I beni culturali: restituzione dei beni illecitamente esportati e nuova disciplina dell’esportazione”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pág. 761 y ss.; R. Di RAIMO, “La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali”, en *Rass. dir. civ.*, 2000, pág. 1.101 y ss. Este punto de vista está muy extendido en la jurisprudencia: cfr. sentencia núm. 763, de 10 de marzo de 1969, del Tribunal de Casación italiano, sección única, y más recientemente la sentencia núm. 3.665, de 14 de febrero de 2011, del Tribunal de Casación italiano, sección única; para la evolución de la legislación europea, cfr. M. TRIMARCHI, “La proprietà nella prospettiva del diritto europeo”, en M. COMPORI (ed.), *La proprietà nella carta dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milán, 2005, pág. 149 y ss.; M. JAEGER, “Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en *Eur. dir. priv.*, 2011, pág. 352 y ss.; L. NIVARRA, “La proprietà europea tra controriforma e rivoluzione passiva”, *ibidem*, pág. 603. Recientemente, la insuficiencia del modelo dominical se ha confirmado en las denominadas *new properties* (información, derechos de la personalidad, éter radiotelevisivo): a partir del trabajo C. REICH, “The new property”, en *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, núm. 5, pág. 733, véanse también A. ZOPPINI, “Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza”, en *Riv. dir. civ.*, 2000, pág. 188; C. TENELLA SILLANI, “I diversi profili del diritto di proprietà nel XXI secolo: brevi spunti di riflessione”, en *Rass. dir. civ.*, 2013, pág. 1.058 y ss.; en relación con los aspectos relacionados con la propiedad pública pueden consultarse S. CASSESE, *beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, Giuffrè, 1969, pág. 261 y s.; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Nápoles, 1971, pág. 358 y ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua, Cedam, 1983; VV.AA., “Titolarità pubblica e regolazione dei beni”, en Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2003*, Giuffrè, Milán, 2004; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Turín, Giappichelli, 2004, en especial pág. 321 y ss.; A. POLICE (ed.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milán, Giuffrè, 2008.

¹⁶ A. DI MARIO, “Il campo di applicazione oggettivo delle direttive appalti, con particolare riguardo alla nozione di appalto”, en P. M. Vipiana (ed.), *Le direttive UE del 2014 in tema di appalti pubblici e concessioni*, POLIS Working Papers núm. 221, 2015, 68 «el Considerando 4 aclara, sin embargo, que la noción de adquisición debe ser entendida en un sentido amplio; es decir, en el sentido de que la Administración obtenga beneficios de las obras, de los servicios y de los suministros en cuestión, sin que necesariamente se exija una transferencia de la propiedad. Por lo tanto, el contrato no es solo aquel con el que se adquiere la propiedad de ciertos bienes, sino también todos los otros tipos de contratos que permitan a la Administración disponer de los bienes para sus propias necesidades o las de los ciudadanos».

¹⁷ P. KEARNS, *The Legal Concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998; S. STOKES, “Art and copyright: some current issues”, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2006, 1, pág. 272 y ss.; P. JASZI, “Is there such a thing as post-modern copyright?”, en *12 Tulane Journal of Technology and Intellectual Property Fall*, 2009, pág. 105 y ss.; A. DONATI, *Law and art*, cit., esp. pág. 41 y ss.; D. MCCLEAN, K. SCHUBERT (eds.), *Dear Images, Art Copyright and Culture*, Ridinghouse, Londres, 2002.

¹⁸ El problema no afecta solamente al arte, sino también a todos los fenómenos de desmaterialización, hasta el punto de que la doctrina considera actualmente la propiedad como fenómeno de pertenencia (cfr., p. ej., A. GAMBARO, “La proprietà, beni, proprietà, comunione”, en G. IUDICA, P. ZATTI (ed.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 12), o como «categoría ordenadora en el seno de la cual es posible incluir las situaciones subjetivas más dispares caracterizadas por el rasgo de la exclusividad» (O. T. SCOZZA-FAVA, “Dei beni, artt. 810-821”, en *Il codice civile*, fundado por P. Schlesinger y dirigido por F. D. Busnelli, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 23).

Comprendo que, en primer lugar, pueda resultar desconcertante recurrir al término «productos» para describir las obras de arte; pero, incluso si es el utilizado por la Directiva en distintos lugares para referirse a algunos de los bienes comprados por la administración pública a través de contrato público¹⁹, no es este el motivo por el que lo empleo.

No me parece haber lugar a dudas de que, efectivamente, las obras de arte son productos, y además humanos, aun cuando alcancen alturas sublimes y sean percibidas y tratadas con un respeto y reverencia que, a veces, parece rayar en lo sagrado. De hecho, parece muy útil para un discurso jurídico en torno a estos objetos el hecho de tratarlos por lo que son, manteniéndolos *sub-limen*, renunciando a cualquier visión, por así decirlo, semiteológica²⁰ con la que a veces, sobre todo en el discurso público, nos referimos a las obras de arte, las colecciones, las composiciones musicales, las obras de teatro, las películas, los libros, los edificios y las reliquias del pasado²¹, y por lo tanto, casi por la propiedad transitiva, también a la percepción que asimila a lugares de culto aquellos en los que tales productos se recogen, estudian, conservan y disfrutan²². Encierran valores importantes, y a veces realmente únicos²³, no solo estéticamente, sino también en la vertiente del conocimiento, las dimensiones espirituales y la evolución social y cultural humana; las obras de arte, en definitiva, a menudo bienes no comunes y muy, muy valiosos, y esto justifica y explica la dificultad del tratamiento jurídico de su reconocimiento, de la condición jurídica especial de su posesión y de su circulación, de las cuestiones complejas relacionadas con su permanencia en vida a lo largo del tiempo, de la existencia de un mercado independiente y de un sistema de fijación de precios a veces anómalo; pero aún así siguen siendo productos humanos.

Dicho esto, en segundo lugar, es necesario asumir y recordar que las obras de arte, en la actualidad, pueden no consistir en *cosas*, sin dejar de ser *objetos*; los productos culturales se pueden considerar tales tanto si se manifiestan en formas materiales –utilizando los soportes tradicionalmente asociados a ellos y adquiriendo la estructura de un objeto físico–, como si lo hacen inmaterialmente, sin un *medio*, o al menos sin un medio material que fundamente su existencia y haga posible que sea percibido.

En plena continuidad con un enfoque que precisamente los estudios jurídicos han estado entre los primeros en perfeccionar, con la sofisticada distinción entre *bienes* y *cosas*²⁴, se está extendiendo la con-

¹⁹ Ver la definición de «contratos públicos» incluida en el art. 2, apartado 1, núm. 5) de la Directiva 2014/24: «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios»; y el núm. 8 en relación con los «Contratos públicos de suministro»: «os contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación»; en ocasiones, la expresión «adquisición de bienes» se utiliza en lugar de «suministro de productos» como, por ejemplo, en el considerando 47: «La adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que responde a desafíos fundamentales para la sociedad».

²⁰ «No hay más espacio para la arrogancia de la inconmensurabilidad de los expertos/sacerdotes en las cosas “superiores” al vil metal, que rechazan la restricción de la escasez y la competencia con otras cosas también “superiores”, ni tampoco para la arrogancia de cotización de los “economistas/tecnócratas”, convencidos de que se puede medir y “objetivar” todo, lo que reduce la vida de los hombres a los flujos monetarios regidos por algoritmos», así en F. ROCCHI, “Cultura e azienda”, en M. RISPOLI, G. BRUNETTI (ed.), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Bologna: Il Mulino, 2009, pág. 139 y s.

²¹ Sobre este asunto, me apoyo en la autoridad de M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009, 307: «abandonemos la distinción supersticiosa entre las cosas todos los días y estos objetos un tanto sacros y un tanto vanos que tienen las obras».

²² «No se puede hablar de museo (...) si no admitimos que somos nosotros –la sociedad en el seno de la cual vive y actúa (...)– los artífices de lo que es, de lo que representa, de lo que conserva y de cómo lo relata»: así en P. C. MARANI, R. PAVONI, *Musei. Trasformazioni di un’istituzione dall’età moderna al contemporaneo*, Marsilio, Venecia, 2006, pág. 23; D. F. CAMERON, “El museo: templo o forum”, en C. Ribaldi (ed.), *Il nuovo museo. Origini e percorsi*, Il Saggiatore, Milán 2005, pág. 45; el artista Allan Kaprow ha confesado la dificultad de su arte para adaptarse «físicamente a un templo del arte de este estilo de santidad»: cfr. A. KAPROW, “Death in the Museum: Where Art Thou, Sweet Muse?”, en *Art Magazine* 41, núm. 4, 1967, pág. 40 s.

²³ En su resolución de 27 de abril de 2006, el Parlamento Europeo apoyó la Convención de la Unesco sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que establece en particular que «las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial». La Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales aprobó en nombre de la Comunidad dicha Convención de la Unesco.

²⁴ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milán, 1962, pág. 24 y ss.; ID., “Beni”, en *Enc. Dir.*, V, Giuffré, Milán, 1959, pág. 164; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Nápoles, 1971, pág. 55; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici (circolazione e tutela)*, Milán 1969; V. CERULLI IRELLI, *sub voce* “Beni pubblici”, en *Dig. disc. pubbl.*, II, pág. 273 y ss.

ciencia, y la aceptación generalizada, de la existencia no solo de obras individuales, sino incluso de «patrimonios culturales»²⁵, inmateriales o desmaterializados²⁶; al menos en lo que respecta al arte, esto se debe probablemente al hecho de que, desde hace tiempo, este ha dejado de ponerse límites, si es que alguna vez los tuvo, en relación con su función, sus formas o sus expresiones, investigando y utilizando como material representativo, epistémico y hasta ontológico, también lo intangible, lo psíquico, los procesos, las acciones, las actitudes, las relaciones, y utilizando en gran medida los documentos no solo como sucedáneos, sino a menudo como forma de expresión²⁷.

Y cabe destacar que este tipo de liberación²⁸, y por lo tanto de libertad, ha afectado necesariamente no solo a los autores y sus obras de arte, sino también a su público, al que se guía por itinerarios complejos, *multinivel*, donde las cualidades de cada uno pueden añadir elementos a la obra, y el visitante experimenta muy bien la hipótesis, muy antigua y por ello muy contemporánea, por la que está llamado a completar el trabajo, al aceptar la propuesta que le llega a través del artista, y a cumplirla al menos temporalmente, ya que nada puede asegurar que su discurso no pueda volver a abrirse sorprendentemente²⁹.

En definitiva, como el conocimiento reciente permite pensar, el patrimonio cultural inmaterial y los elementos que lo componen (incluidas las obras de arte que carecen de soporte) no dejan de tener un *medio*, porque este existe, y a falta de cualquier otro, es nuestra misma mente, con el resultado de que es posible argumentar que, al igual que una pintura de indiscutible materialidad o una sólida escultura de bronce, las representaciones teatrales o musicales, las *performances* y otras obras artísticas realizadas mediante movimientos corporales, pronunciamientos, comportamiento o expresiones meramente fonéticas, sonoras o simples estímulos psíquicos, evoluciones biológicas y... actos jurídicos, pero también prácticas sociales, rituales y actos de culto, y así sucesivamente, son objetos culturales, y como tales, es posible observarlos,

²⁵ El artículo. 2 de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de la Unesco de 2003 define el patrimonio inmaterial como «los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana».

²⁶ El debate en Italia sobre el tratamiento jurídico del componente inmaterial del «patrimonio cultural» sigue vivo; solo a título ilustrativo, véanse G. SEVERINI, «Commento all'art. 1», en M. A. SANDULLI (ed.), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II ed., Giuffrè, Milán, 2012, pág. 26; B. CAVALLLO, «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini», en VV.AA., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milán 1988, II, pág. 119 y ss.; L. CASINI, *sub voce* «Beni culturali (dir. amm.)», en *Dizionario di diritto pubblico* (dir. S. CASSESE), Milán 2006, I, pág. 680; A. BARTOLINI, «Beni culturali (diritto amministrativo)», en *Enc. dir.*, Annali VI, Milán 2013, pág. 93; S. CASSESE, «Il futuro della disciplina dei beni culturali», en *Giorn. dir. amm.*, 2012, pág. 781 y ss.; A. Bartolini, D. Brunelli, G. Caforio (eds.), *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del convegno di Assisi (25-27 ottobre 2012), Jovene, Nápoles, 2014.

²⁷ Hasta tal punto que se sospecha que, en algunos casos, más que obras se venden ideas: Cfr. A. ALBERRO, *Arte concettuale e strategie pubblicitarie*, Johan & Levi, Monza, 2011, pág. 147; un gran artista del siglo XX, por lo demás, escribió que «en el arte conceptual la idea del concepto es el aspecto más importante del trabajo. Cuando un artista utiliza una forma conceptual de arte, significa que toda la planificación y las decisiones se toman de antemano y la ejecución es un asunto superficial. La idea se convierte en una máquina que fabrica el arte»: S. LEWITT, «Paragraphs on Conceptual Art», en A. ALBERRO, B. STIMSON (eds.), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999, pág. 12. Sin embargo, en muchos casos (entre los que es paradigmático el trabajo de LeWitt), la obra inmaterial se acompaña de diversas prácticas de documentación y certificación, y entonces «sigue siendo cierta la coincidencia entre el certificado y la obra de arte: donde la obra se encuentra subsumida en el certificado, este, al constituir su proyecto y su memoria, la protege y circula en su lugar»: así se expresa A. DONATI, *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, cit., pág. 188.

²⁸ «La obra de arte es una liberación porque es una laceración de sus tejidos propios y ajenos. Al rasgarse, no se eleva al cielo, sino que permanece en el mundo. Por eso todo puede buscarse en ella, siempre y cuando sea la obra la que nos advierta que todavía hay que encontrarlo, porque todavía le falta algo a su plena comprensión»: así en R. LONGHI, «Proposte per una critica d'arte», en *Paragone*, 1, 1950, 1, pág. 5 y ss., 17 y ss.

²⁹ «La definición de un «objeto» se sustituye por la definición más amplia de un «campo» de posibilidades interpretativas»: así lo afirma U. ECO, *La definizione dell'arte*, Garzanti, Milán, 1984, pág. 166. Por otra parte, Eco introdujo en Italia la conciencia de que «cualquier obra de arte, aunque no se entregue materialmente incompleta, requiere una respuesta libre y creativa, aunque solo sea porque no puede comprenderse realmente si el intérprete no la reinventa en un acto de comunión con el autor. Excepto que esta observación es un reconocimiento de que la estética contemporánea ha actuado solo después de haber alcanzado una conciencia crítica madura de lo que es la relación interpretativa, y ciertamente un artista de algunos siglos atrás estaba muy lejos de ser críticamente consciente de esta realidad; ahora, por el contrario, esta conciencia está presente especialmente en el artista, quien, en lugar de someterse a la «apertura» como un hecho inevitable, la elige en su programa de producción y, más aún, ofrece su obra con el fin de promover la máxima apertura posible», U. ECO, *Opera aperta*, Bompiani, Milán, 1976 pág. 5 y ss.

reconocerlos, protegerlos, hacerlos objeto de compraventa y disfrutar de ellos. Y, con mayor razón, esto puede decirse para el uso artístico consciente de materiales u objetos de uso común o con funciones de tipo completamente distinto, una técnica –conocida como *ready-made* y empleada desde hace tiempo– que actualmente conoce un uso extensísimo³⁰.

Es decir, que la apertura a lo inmaterial probablemente cae en un fenómeno más amplio, la constante «expansión» de los medios que ha erosionado cada vez más aquellas «normas» que, según algunas visiones, regían la determinación ontológica del *medio artístico*, de manera que desde hace ya tiempo se habla de un «principio de la expansión hacia el infinito» (*principle of the expansion to infinity*) de los medios en el arte³¹.

Las implicaciones de todo esto son enormes, pero aquí, para nuestro propósito, tiene una consecuencia muy obvia, en relación con la imposibilidad de reconocer y clasificar los productos artísticos sobre la base de sus propios *medios* de expresión. Comprar una obra de arte, en la actualidad, o contribuir a su existencia, así como a su percepción, a su disfrute, son operaciones que ya no pueden ser limitadas, como ocurría con más frecuencia en el pasado, en función de objetos típicos, articulados y divididos en las formas clásicas de la pintura, la escultura, la arquitectura, la fotografía o lo audiovisual, las formas de espectáculo o la interpretación musical, la literatura y la poesía, sin que ello impida, sin embargo, su tratamiento jurídico como bienes.

Desde luego, no me corresponde a mí, puesto que no dispongo de las competencias necesarias, plantear que es la estructura, más que la materia o el medio de expresión, lo que se ha convertido en el elemento central de la obra de arte, en una especie de «principio de organización *interna* de la forma»³², que efectivamente parece connotar la obra artística en todas sus formas; pero sí podemos afirmar que existe una conciencia de ello desde tiempos muy antiguos, por ejemplo si solo recordamos las célebres afirmaciones de Marsilio Ficino, que describe la naturaleza con la que trabaja el artista un «carpintero de madera dentro de la madera»³³, o las de Leonardo sobre la «fantasía exacta» que permite la «segunda creación» propia del arte³⁴.

No obstante, esto plantea, sin duda, grandes desafíos, no sin cierta confusión, a los museos y otros «lugares de la cultura»³⁵, forzados a cuestionar los puntos de vista tradicionales y demasiado fáciles sobre sí mismos, y a dotarse de medidas que, cada vez más, ponen en evidencia las funciones que les hacen más cercanos a unos complejos archivos.

Lejos de poder limitarse a recoger, conservar, estudiar y exhibir artefactos acabados y bien soportados, como las pinturas, esculturas, objetos arqueológicos o de uso ya poco común, instrumentos científicos, productos editoriales, musicales o audiovisuales, evidentes en su calificación indiscutible, y por tanto, aun

³⁰ Para una reflexión jurídica sobre el tema, cfr. N. WALRAVENS, «La remise en cause des notions traditionnelles», en *L'Art contemporain confronté au droit, L'Art contemporain confronté au droit*, Univ. Panthéon-Assas París II, pág. 13.

³¹ P. OSBORNE, *Anywhere or not at all. Philosophy of contemporary art*, Londres, Verso, 2013, 44.

³² G. V. KASCHNITZ-WEINBERG, «Struttura, Ricerca di», *sub voce* en *Enciclopedia dell'Arte Antica*, Treccani, Roma, 1966; «la obra de arte como estructura –entendiendo este término como sinónimo de forma, [...] constituye un sistema de relaciones entre múltiples elementos (los elementos materiales constitutivos de la estructura-objeto, el sistema de referencias a los que remite la obra, el sistema de relaciones psicológicas que la obra inspira y coordina, etc.) que se establece en diferentes niveles (el nivel de los ritmos visuales o sonoros, el nivel de la trama, el nivel del contenido ideológico coordinado, etc.)», U. ECO, *Apocalittici e integrati: Comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Bompiani, Milán, 1964, pág. 32. En el ámbito jurídico, véase Piola CASELLI, *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere*, UTET, Turín, 1907, pág. 265: la estructura interna es la que «se encuentra entre la sustancia íntima de la obra y su apariencia exterior dada por palabra, el dibujo, los colores o los tonos musicales. Se compone especialmente de la forma de interrelación, agrupamiento, asociación, sucesión, movimiento o el contraste de las ideas o conceptos sustanciales».

³³ «¿Qué es el arte humano? Una especie de naturaleza que elabora la materia desde el exterior. ¿Qué es la naturaleza? Un arte que da forma a la materia desde dentro, como si un carpintero de madera estuviese dentro de la madera»: MARSILIO FICINO, *Teologia platonica*, IV, trad. it Bompiani, Milán, 2011, pág. 42.

³⁴ LEONARDO DA VINCI, *Trattato della Pittura*, I Parte, Vicenza, Neri Pozza, 2000, pág. 3: «La pintura representa a los sentidos con mayor verdad y certeza las obras de la naturaleza»; para el pintor, «lo que existe en el universo en esencia, presencia o imaginación, lo tiene primero en su mente, y luego en las manos, y éstas son de excelencia tal, que al mismo tiempo generan una armonía proporcionada en un solo golpe de vista, igual que lo hacen las cosas» (*ibidem*, pág. 7).

³⁵ H. HEIN, *The Museum in Transition. A philosophical Perspective*, Smithsonian Institution Press, Washington y Londres, 2000; C. RIBALDI (ed.), *Il nuovo museo. Origini e percorsi*, il Saggiatore, Milán, 2005; M. TRIMARCHI, F. LONGO, «I musei italiani nel decennio: innovazioni e questioni irrisolte», en C. Bodo, C. Spada (eds.), *Rapporto sull'economia della cultura in Italia, 1990-2000*, Il Mulino, Bolonia, 2004; es también interesante la percepción de estos cambios: cfr. F. AGO, *Musei citati: l'idea di museo nella letteratura contemporanea*, Pisa, Felici, 2009; P. C. MARANI, R. PAVONI, *Musei. Trasformazione di un'istituzione dall'età moderna al contemporaneo*, Marsilio, Venecia 2006.

siendo numerosos e inmensos, por lo general fáciles de tratar, clasificar y contabilizar, estos lugares están obligados a convertirse en escenario, lugar sonoro, sede de la palabra y de la imagen, a utilizar documentos y conexiones, a aceptar rastros débiles y verbalizaciones atécnicas, testimonios y recuerdos, evocaciones y referencias.

El resultado de todo ello es una profunda transformación de las funciones de los museos, de los profesionales que están implicados en sus trabajos y de muchas de las normas que lo regulan³⁶. Reconocer, investigar, comprender, conservar, proteger, restaurar, exhibir, preparar muestras, explicar, educar, facilitar el disfrute del arte siguen siendo sus funciones fundamentales, pero es como si tuvieran que cambiar de registro, como si se extendiesen las necesidades y las competencias, en función de la disponibilidad requerida para el almacenamiento de estos materiales inciertos y discutibles, carentes de género, cuya documentación puede ser la forma más frecuente, o en algunos casos incluso única, de la obra, o puede que incluso carezca de ella, como sucede cuando toda la obra se desarrolla en los márgenes de la relación intersubjetiva, de la prestación *ad personam*, confiando todo el producto artístico a la memoria, al consumo que se persigue, a su autodestrucción intencionada³⁷.

Hay que reconocer que al Derecho le cuesta seguir todas estas implicaciones de la expansión de los medios expresivos y de la desmaterialización de las obras artísticas desde diferentes puntos de vista; y, en particular, esta evolución tienen una repercusión peculiar cuando los sujetos que están llamados a ocuparse del arte, o están interesados en adquirirlo, son administraciones públicas, y por lo tanto, la tiene en la vertiente de la disciplina positiva de los contratos públicos, donde, sin embargo, el ordenamiento jurídico parece haber dado algunos pasos en los últimos años.

4. LAS NECESIDADES EN LA ADQUISICIÓN DE ARTE: PLANTEAMIENTOS

Dejando a un lado de momento estas cuestiones complejas, hay que detenerse ahora en los contenidos relacionados con las necesidades que puede tener una administración pública en relación con la adquisición de una obra de arte³⁸.

En primer lugar, la primera y quizás la más importante distinción, que incluye diferentes variaciones, debe hacerse entre los casos en los que se debe crear la obra o cuando esta ya existe. No hace falta decir que, en el primer caso, para el que vamos a utilizar de manera convencional, y por tanto sin ningún propósito de clasificación técnico-jurídica, el término «encargo», por la única razón de que es el habitual en la jerga del mundo del arte, el interlocutor de la administración es necesariamente un artista vivo.

Tanto si el trabajo debe ser creado como si ya existe, la necesidad de la administración pública podría manifestarse de dos maneras diferentes:

- a) esta tiene la intención de adquirir una o más obras de arte todavía sin identificar y sin ninguna indicación del autor, aunque pueda señalarse algún elemento de orientación de la elección (un tema, una época histórica, una forma de expresión, etc.).
- b) tiene la intención de adquirir una o más obras de arte todavía sin identificar, pero sí de un autor ya identificado.

³⁶ S. BODO (ed.), *Il museo relazionale. Riflessioni ed esperienze europee*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Turín, 2003; M. V. MARINI CLARELLI, *Che cosa è un museo*, Carocci, Roma 2005, esp., pág. 104 y ss.; A. POLVERONI, *This is contemporary! Come cambiano i musei d'arte contemporanea*, Franco Angeli, Milán 2007, pág. 33 y ss.

³⁷ K. GIBBS, M. SANI, J. THOMPSON (eds.), *Musei e apprendimento lungo tutto l'arco della vita. Un manuale europeo*, EDISAI, Ferrara 2007; acerca de la función de los museos en la construcción de las identidades sociales, véase S. COLAZZO, *Il museo e la formazione dell'identità sociale tra storia e territorio*, Amaltea Edizioni, Castrignano dei Greci, 2002; M. D'AMATO (ed.), *Museo e identità sociale. Proposte di mediazione culturale*, Le Lettere, Florencia, 2012; sobre la promoción de los cambios sociales, cfr. BROWN C. (ed.), *Inspiring Action: Museums and Social Change: a Collection of Essays*, Museums Etc, Edimburgo, 2009; o, por el contrario, el mantenimiento del *status quo*, cfr. F. E. S. KAPLAN, *Museums and the making of «ourselves»: the role of objects in national identity*, Leicester University Press, Londre, 1996; sobre los museos como lugares de conflicto, cfr. W. L. BOYD, "Museums as Centers of Controversy", en *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 128, 1999, pág. 3 y ss.

³⁸ Aunque desde un punto de vista iusprivatista, A. DONATI, *I contratti degli artisti. Nuovi modelli di trattativa*, Giappichelli, Turín, 2012, pág. 77 y ss., analiza y elabora una numerosa serie de «modelos de contrato»: Contrato de obra de arte, Contrato de obra de arte en un lugar específico (site specific), Contrato de instalación temporal, Contrato de performance, Contrato de asociación para la producción de obras de arte, Contrato de venta, Contrato de mandato de venta con depósito de obras de arte, Contrato de mandato en exclusiva de venta con depósito de obras de arte, Contrato de encargo, Contrato de arrendamiento de obras de arte, Contrato regulador de préstamo, Contrato para exhibiciones.

Por último, si la obra ya existe, se puede manifestar la última variante, que es que la administración tiene la intención de adquirir una o más obras de arte identificadas (y, por lo tanto, si se conoce, de autor ya identificado).

Podría hacerse una segunda distinción en función de la intención efectiva de la administración, a saber, si se trata de adquirir la obra para su propio patrimonio, a título definitivo, la titularidad de la obra, operación que convencionalmente remite a la propiedad, o si, más bien, debe utilizarla para un uso temporal, en cuyo caso se podrán producir varias modalidades, según si, por ejemplo, la adquisición tiene una finalidad de posesión precaria y circunscrita, para una exposición, por razones de estudio o de conservación, o incluso para un *long loan*, su adquisición a largo plazo en una colección, una exposición, sin adquirir la propiedad convencional, sino recurriendo en cambio a distintas formas de depósito, comodato u otros derecho de uso.

Tendremos ocasión de considerar estas formas de la necesidad en las operaciones de adquisición pública de arte. Pero es preciso señalar en primer lugar que hay buenas razones para argumentar que todas ellas están unidas por el hecho de que nos hallamos ante decisiones de un contenido que, en la jerga del derecho administrativo, se definen por la discrecionalidad técnica, y por lo tanto hay que afirmar que en todos los casos la decisión tendrá que ser apoyada por los órganos competentes, es decir, aquellos capaces de ejercer adecuadamente este tipo de facultad discrecional, y lo que cambia es únicamente el momento de su intervención.

Por otra parte, la adquisición de arte de las instituciones públicas ya no puede ser considerada, así como lo fue, una mera necesidad de adorno, de decoración de edificios o espacios públicos, ya que desde el patrimonio cultural, su protección, la actualización continua, se han convertido en misiones constitucionales asignadas a las instituciones del Estado.

En general, esta es la razón por la cual las administraciones públicas que tienen como misión institucional ocuparse del arte, que gestionan los lugares culturales, como está definido por ley, se adecúan normalmente, en términos de organización, con órganos estables u oficinas técnicas científicas para dirección y consulta. No es casual que en Italia la disciplina vigente otorgue la potestad en estos términos al Ministero per i beni le attività culturali ed il turismo, cuyos organismos están dotados de autonomía organizativa y para la toma de decisiones en la gestión de los museos y otros lugares culturales³⁹.

Nada impide, sin embargo, que otras autoridades puedan decidir adquirir arte, pero siempre siguiendo el ajuste mencionado, es decir, utilizando previamente un apoyo técnico o científico para guiar, justificar, motivar y demostrar la idoneidad de la elección⁴⁰, su fiabilidad, y también para la definición del precio apropiado.

En la Directiva 2014/24/UE hay algo acerca de esta necesidad; en primer lugar, el art. 40, dedicado a la *consulta previa del mercado*, que los órganos de contratación podrán utilizar, antes del inicio de un procedimiento de contratación, a efectos de su preparación y para informar a los operadores económicos de la compra programada y sus requisitos. La disposición menciona expresamente la posibilidad de adquirir «el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o participantes en el mercado», y, sobre todo en este último caso, puede resultar necesario para no distorsionar la competencia o no violar los principios de no discriminación y transparencia.

5. LA ADQUISICIÓN DE OBRAS DE ARTE NO IDENTIFICADAS Y SIN NINGUNA INDICACIÓN SOBRE EL AUTOR

Para marcar el comienzo de los métodos de este tipo de adquisición, será necesario tener en cuenta que se diferencia de los otros por un aspecto principal: la administración pública *aún* no ha identificado el producto a adquirir, pero debe hacerlo.

³⁹ Para Italia, véase, por ejemplo, art. 115 del Decreto Legislativo 22 de de enero de de 2004, núm. 42, con el Código del patrimonio paisajístico y cultural, el cual, en la definición general de las «formas de gestión directa» de los sitios culturales, sostuvo que «a través de las estructuras internas de las organizaciones a las autoridades», establece que deben ser «característica *autonomía científica adecuada*, organizativa, financiera y contable, y siempre con el personal técnico adecuado»; pero véase también el artículo. 141, en relación con la identificación de propiedades y áreas de interés público considerable en el tipo de paisaje.

⁴⁰ En Italia, los antiguos artículos 21 y siguientes. RD 30 de enero de 1913, núm. 363, sobre la regulación de la ejecución de las leyes el 20 junio 1909, núm. 364, y 23 de junio de 1912, núm. 688, en relación con las antigüedades y las bellas artes, estableció que para la compra (excepto para los artículos de menor importancia, para lo cual se pensó competencia suficiente del Superintendente, Oficina todavía viene con la experiencia técnica) debe buscar la opinión del Consejo Superior, y en los casos más graves para el Consejo de Estado.

Aquí faltan las dos condiciones para la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa, es decir, la obra identificada y, por lo tanto, el agente económico en particular que, de forma única, puede satisfacer la necesidad. La operación, en este caso, está enriquecida por el modo con el que llega a la detección y, por lo tanto, tiene dos posibilidades: recurrir a un análisis técnico y científico por uno o más expertos que permiten una elección consciente y fundada o empezar un período de libre concurrencia⁴¹.

En el primer caso parece ser apropiado el citado art. 40 de la Directiva, o el artículo 12 para el caso de uso de expertos de otra administración, cuyo trabajo será capaz de preparar la fase de concurso, o directamente proponer la obra (o las obras) a adquirir. Si la administración se decide por esto segundo, la obra será identificada sobre la base del trabajo y la propuesta de expertos, lo que permitirá la determinación de la motivación, la definición de su costo estimado y la consiguiente identificación del «operador concreto» que, como veremos, en ese momento será el único en disposición de permitirla, y podrá entablar una negociación sin anuncio que satisfaga las necesidades.

Si se opta por la exposición abierta al público, se iniciará un procedimiento abierto (art. 27) o restringido (art. 28), pero mientras en el primer caso la intervención de expertos será especialmente importante cuando se tenga que seleccionar entre todas las ofertas recibidas la que sea más adecuada, en el segundo caso serán decisivos ya en el momento de la detección de los operadores a los que se invitará a la oferta.

Negociado o no, sin embargo, para el procedimiento de adjudicación, y en particular en la comparación de las ofertas, las condiciones para la decisión de identificación de la obra deben ser encomendadas, como hemos visto, a los órganos expertos. Aunque no hay una disposición específica a este respecto (a pesar de que, en los casos de negociaciones, la misma Directiva exige «un jefe de proyecto para velar por la buena cooperación entre los operadores económicos y el poder adjudicador durante el procedimiento de adjudicación»⁴²), pueden ser contemplados, en una especie de analogía, los dispuestos en la Directiva dirigidos a los concursos de proyectos, en particular los artículos 81 y 82, relativos a los jurados de selección.

6. LA ADQUISICIÓN DE LA OBRA DE ARTE A TRAVÉS DE COMISIÓN

Entre los que son operadores económicos protagonistas de la obtención pública de obras de arte, es muy posible que haya un autor. Los autores pueden tener dificultades para reconocerse a sí mismos como «licitadores», «operadores económicos» y, a la vez, para muchos de ellos esta calificación se puede considerar ofensiva. Sin embargo se debe tener en cuenta que nuestra identidad no está formada por un solo elemento⁴³, y por lo tanto es posible sugerir que también un artista, con el único propósito de participar en una operación de adquisición pública de sus obras, puede ser convencionalmente y temporalmente calificado como «operador económico», sin que esto disminuya de ninguna manera el valor de su figura y su obra.

Y es de hecho difícil negar que las operaciones relativas a la transferencia de una obra son en realidad económicas, y por lo tanto, aunque por traslación meramente literal, el que participa puede ser reconocido, únicamente con fines descriptivos de esta participación, «operador económico», aunque, como se ha mencionado, esta definición tenga un significado legal todavía no completamente asentado⁴⁴.

⁴¹ En Italia, se puede tomar, por ejemplo, una de las primeras apariciones de arte en la disciplina de las obras públicas, la Ley 11 de mayo de 1942 # 839, que fue sustituida por la «versión» republicana, la Ley 29 de julio de 1949, núm. 717, aún vigente, que regula «embellecimiento» y «decoración» del público de los nuevos edificios con «arte de la pintura y la escultura»; Artículo. 2 establece que «la elección de los artistas para la ejecución de las obras de arte que se refiere el artículo 1 y 'hecho con los procedimientos de quiebra, por un Comité compuesto por representante de la administración en cuyo presupuesto corre con los gastos, del diseñador la construcción, el superintendente para el patrimonio artístico e histórico competente y por dos reconocidos artistas nominados por el mismo».

⁴² Teniendo en cuenta (42).

⁴³ Ver. A. SEN, *Identità e violenza*, trad. it. Laterza, Roma-Bari, VIII s.: «La misma persona puede ser, sin ninguna contradicción, un ciudadano estadounidense, de origen caribeño, con ascendencia africana, cristiana, liberal, mujer, vegetariana, corredor de maratón, histórico, profesor, novelista, partidario heterosexuales feminista de los derechos de los homosexuales y lesbiana, amante del teatro, un ecologista militante, aficionado al tenis, músico de jazz».

⁴⁴ Véase el considerando (14), de la Directiva 2014/24: «Hay que dejar claro que» los operadores económicos el término debe ser interpretado en sentido amplio, para incluir a cualquier persona y / o entidad que ofrece el mercado de la ejecución de las obras, el suministro de productos o la prestación de servicios, con independencia la forma jurídica en el marco de la cual se ha elegido para

Como es bien sabido desde hace tiempo, lo que llamamos aquí el *procurement* de una obra de arte mediante comisión podría darse, en lugar de a través de contrato público, también por varias otras estructuras contractuales, sobre todo la del contrato de obras, o de las ventas futuras, y las diferencias con el primero son desde hace mucho tiempo una fuente de peleas y diatribas⁴⁵.

Aquí encuentra su lugar el tema de la versatilidad expresiva del arte de hoy, porque no son raros los casos en los que la «creación» de una obra no sucede por mera y exclusiva mano del autor, sino que realmente necesita de diferentes sujetos externos, no sólo y no tanto de los colaboradores *di bottega*, ellos mismos artistas, aunque en ciernes, como de variadas profesionalidades, para la adquisición de materiales (que pueden ser de lo más dispares), para su montaje o, más generalmente, el uso expresivo, para la preparación que permite la entrada en existencia o la percepción de la labor realizada, que puede necesitar al desempeño de actuaciones que no son necesariamente artísticas, pudiendo consistir en obras, servicios, suministros, por decirlo así, ordinarios. Y es común que los artistas empleen proveedores y prestamistas que tampoco son artistas, a menudo exclusivamente, y de hecho sucede incluso que sólo la ejecución de determinados operadores, permite la asignación de la obra a ese autor⁴⁶.

Vale la pena señalar que, en el campo del derecho civil y derecho laboral italianos, de acuerdo con algunos parámetros jurisprudenciales, sólo si la creación de la obra se lleva a cabo por medio de una compleja organización se puede hablar de contrato («*appalto*»), ya que, de lo contrario, es decir, si el trabajo creativo de la persona autora esta totalmente, o en gran medida, prevalente, la regulación cubriría un contrato de trabajo, o de una venta⁴⁷.

Por lo tanto, se puede argumentar que cuando la comisión se refiere a un trabajo cuya creación requiere la cooperación de diferentes oficios, la recogida de diferentes materiales, el rendimiento de varias personas, y el artista participa con una organización directa o coordinada por él, y suficientemente estable, en todas las necesidades productivas del trabajo, nos encontramos ante un contrato, un «*appalto*», y vamos a llamar, de manera totalmente convencional, sin pretensión de definición, a todos los empleados que participan con el artista en la creación o adaptación de la percepción de la obra, «operadores instrumentales»

En estos casos, por lo tanto, la participación de un «operador instrumental» no es porque sea un artista, sino porque, por decir así, es una especie de *longa manus*, a pesar de que, fuera de esta zona, bien puede ser uno de varios actores en un mercado, y por lo tanto su rendimiento puede ser objeto de licitación, de comparación competitiva. En resumen, no se convierte en el único, pero es el operador «concreto» que, hemos visto, autoriza la utilización del procedimiento negociado sin previo aviso, debido a un acto explícito de voluntad, una identificación, del artista autor, que contribuye en el proceso creativo en términos no fungibles, y hace su contribución decisiva a la creación del «valor y el carácter únicos del objeto artístico» que se menciona en la misma directiva europea, que es lo que en la jerga artística quizá defina el aura⁴⁸.

operar. Por lo tanto, empresas filiales, afiliadas, asociaciones, cooperativas, sociedades de responsabilidad limitada, las universidades públicas o privadas y otras formas de diferentes instituciones que los individuos deben incluirse en el concepto de operador económico, independientemente de si son «personas jurídicas» o menos todas las circunstancias.

⁴⁵ En la doctrina italiana, L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Giappichelli, Turín, 1984, pág. 705 y ss.; D. RUBINO, G. IUDICA, *Appalto*. Arts. 1.655-1.677, in *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 2008, pág. 2 y ss.. En la jurisprudencia italiana, véase, por ejemplo., Cass. civ., enviado. 2 de septiembre 2010, núm. 19.014; Cass. civ., enviado. 4 de junio de 1999, núm. 5.451; Cass. civ., enviado. núm. 703 del martes, 29 de mayo de 2001).

⁴⁶ Solamente los ejemplos emblemáticos de una amplia serie, se pueden mencionar el trabajo de Richard Long, o Sol LeWitt, que lleva a cabo proyectos reales con las instrucciones para llevar a cabo el proyecto, que también actúa como certificado de autenticidad, en la que informó la afirmación «esto no es una obra de arte y no puede ser presentada como tal.» Esto permite la realización de obras de LeWitt, incluso después de su muerte, que se reconocen como tales si el proyecto es realizado por trabajadores específicos: ver. A. DONATI, *Law and Art*, cit., spec., pág. 82 y *passim*.

⁴⁷ Ver., Ej., G. DE NOVA, *I tipi contrattuali*, Cedam, Padua, 1974, pág. 97 y ss., que se distingue del contrato de obras del contrato, «dependiendo de si la obra o servicio se realiza a través de una organización de dicha empresa, o en lugar de trabajar con todo el personal del artesano y su familia: dos tipos, por lo tanto, que se diferencian porque un partido es, o no es, organizada para los negocios». Según la ley italiana, véase, por ejemplo, Cass. pluma., Sec. IV, enviado. núm. 25.278 del viernes, 20 de junio de 2008). núm. 12.348 del jueves, 20 de marzo de 2008). núm. 1.770 del viernes, 16 de enero de 2009).

⁴⁸ Es un área donde la confianza juega un papel decisivo; y en este sentido, véanse las reflexiones de L. TORCHIA, «La nuova Direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari», in *Dir. Amm. Dir. Adm.*, 2015, pág. 291 y ss.. Que distingue «entre las normas basadas en la confianza y reglas basadas en la desconfianza. En los sistemas basados en la confianza que admite la existencia de un cierto grado de incertidumbre no puede ser eliminado y están utilizando precisamente la confianza como mecanismo de reducción de la incertidumbre, está dirigido a fomentar procesos de toma de decisiones de las distintas partes implicadas y las relaciones entre ellos, tanto para orientar estas relaciones para que la confianza se mantiene y se fortalece mediante la iteración de la conducta correcta. Por el contrario, en los sistemas en los que dominan la desconfianza y la sospecha, y se intenta ajustar la incertidumbre en su

Es un camino bastante refinado, porque –no es superfluo señalarlo– el operador económico instrumental que interviene en el proceso creativo en términos tan exclusivos, y parece determinantes, no se convierte en un «autor», ni aparecerá en ningún caso entre los titulares de los diversos derechos creados por la puesta en circulación de la obra, aunque no debe excluirse que pueda ser mencionado en los diversos documentos que acompañan copiosamente estas operaciones. Se debe decir que, al final, este operador hace de cepillo y cincel, una especie de herramienta de implementación sin la cual (como sin el autor) el trabajo no surge, no lo hay, pero sin que esto afecte el fenómeno de la paternidad, es decir, de la imputación, a quien no participa.

En tales casos, la operación de *procurement* puede ser confiada al artista con la total responsabilidad de la adquisición, y luego en el contexto de la Directiva, esto parece asumir la forma de «suministro», ya que las actividades complejas requeridas para la existencia de la obra estarán completamente gobernadas por el artista, cuyo desempeño consistirá en la entrega de los bienes ya constituidos; además, el considerando (11) de la Directiva⁴⁹ proporciona los motivos del art. 3, párrafo 2, utilizando el cual el suministro de obras parece ser «el objeto principal del contrato en cuestión», aunque puede contemplar servicios y obras.

Pero también puede suceder que la operación sea más compleja, cuando la autoridad contratante, de acuerdo con los párrafos 3 y 4 del art. 3 de la Directiva, considera las distintas prestaciones del contrato «objetivamente separables», y puede «optar por adjudicar contratos distintos para prestaciones distintas» y, por tanto, junto con la asignación al artista, hacer los arreglos directos para la adquisición de los suministros, servicios y trabajos «instrumentales» necesarios para el establecimiento y la adquisición de la obra, pero todas estas actuaciones siempre se llevarán a cabo bajo la dirección y la indicación decisiva del artista, sin las cuales el trabajo corre el riesgo de no nacer o no ser reconocido como tal; en el segundo caso, en definitiva, por la Directiva Europea siguen teniendo contrato («appalto»), y la identificación de los operadores instrumentales se puede considerar como la caída en la expresión artística, contribuyendo a lo que hemos llamado «aura», y de ahí la razón de que, como hemos visto, la Directiva justifique la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa.

7. LA ADQUISICIÓN DE UNA OBRA DE ARTE EXISTENTE

A no demasiado diferentes conclusiones también se puede llegar en operaciones distintas de la «comisión» de una obra, dirigidas, a saber, a su «creación». De hecho, la norma también se refiere a «la adquisición de una obra de arte o actuación artística única», y se debe suponer que, por lo tanto, se refiere a las obras ya existentes.

Las opciones en este sentido pueden ser diferentes; por ejemplo, la administración puede intentar adquirir una obra específica en una propiedad convencional, o en una base precaria, o estar frente a la oferta de venta o donación de una obra, y para decidir si está «interesada», debe solicitar, hemos visto, el fortalecimiento debido a la asistencia técnica científica que interviene sobre los motivos de la decisión de adquisición, la determinación de su valor confiable, así como la confiabilidad del trabajo (con diversas *expertises*, también en relación con la autenticidad y la imputación).

Sin embargo, los operadores económicos que son relevantes aquí son, en primer lugar, los sujetos que pueden conducir a la adquisición, y luego, los que se han definido convencionalmente los propietarios de la obra, es decir, no sólo los poseedores, sino también –y tal vez en especial– los titulares de los derechos de uso económicos, en definitiva los que son habilitados a la transferencia que permite la adquisición al poder adjudicador, incluyendo, ha sido dicho, si están vivos y en posesión del trabajo ya existente, también el autor, que en este caso participa en la operación no como creador, sino como propietario de los derechos relacionados con la adquisición, y por lo tanto capaz de conseguirla.

Por lo tanto, dichos propietarios pueden ser identificados sin previo aviso y sin procedimiento, con adjudicación directa, como «concretos» operadores, los únicos capaces de asegurar la adquisición de ese trabajo específico, en plena aplicación del art. 32 de la Directiva.

totalidad por la compulsión, es muy difícil asegurar la cooperación y la colaboración entre los individuos y el conflicto que prevalece es la clave de las relaciones sociales e institucionales. el exceso de regulación es siempre el indicador de una sistemática falta de confianza».

⁴⁹ «En el caso de contratos mixtos en los que las diversas partes constituyentes del contrato no son objetivamente separable, las normas aplicables deben determinarse en función del objeto principal del contrato».

Pero puede suceder que el propietario convencional, para vender sus obras, use profesionales o empresas, comúnmente definidos, incluso si los términos no deben considerarse sinónimos, «galeristas», «comerciantes de arte» o «casas de subastas», que sin embargo, son indiscutiblemente operadores económicos de mercado, aunque, entre ellos, pueden encontrarse figuras de gran prestigio cultural por la forma en que operan o dirigen sus negocios, más orientados a perfiles culturales y artísticos que a los relacionados con los negocios.

A diferencia de la operación de comisión, aquí no hay ninguna participación específica de estos individuos en el proceso creativo, aunque no son raras las influencias, también importantes; pero puede suceder que la relación jurídica establecida entre ellos y el propietario convencional del trabajo (sea o no el autor) también prevea una especie de intermediación obligatoria que, por supuesto, también afecta a las posibilidades de adquisición y los honorarios debidos por lograrlo.

La relación convencional entre el propietario y este tipo de operadores auxiliares puede ser de hecho extremadamente compleja, y se divide en varios tipos de relación jurídica; por lo general en la base hay un mandato sin representación y, a menudo, constituye un contrato de comisión real que, como es común en la norma y la literatura sobre el tema, es una forma especializada de orden, expresamente dedicado a la venta de bienes⁵⁰.

Sin embargo, con demasiada frecuencia, la relación se complica con los arreglos o el comportamiento de las partes; pueden cumplir diferentes requisitos de custodia, cuando la obra se deposita físicamente en el agente, y es muy común que la venta vaya precedida y acompañada de evaluaciones o estimaciones de expertos, a veces mediante certificados o atestaciones reales⁵¹, marcos de la obra en la historia y en el «sistema» de arte, una ilustración del trabajo general del autor, ensayos y lecturas críticas, etc. Todo esto frecuentemente es respaldado por documentación fotográfica más o menos exigente, producciones editoriales y exposiciones, a veces de nivel cualitativo y cuantitativo comparable a los de los museos. Y, por último, el trabajo de estos operadores auxiliares está dirigido no solo a favor del artista, sino también como garantía del comprador⁵².

Todo esto, sin embargo, puede permanecer sumergido en la operación de adquisición pública; en todos los casos en los que no hay representación en el sentido técnico, o en cualquier caso, la transferencia se lleva a cabo directamente por el propietario convencional, de hecho, la intervención de este tipo de operadores auxiliares puede, a lo sumo, afectar el precio de compra, lo que puede comprender una especie de indemnización que les corresponde por su rendimiento, que, sin embargo, será procedente soportar⁵³.

⁵⁰ G. MINERVINI, "Commissione (contratto di)", en *Nss. Dig. It.*, III, Utet, Torino, 1959; G. MIRABELLI, *Dei singoli Contratti*, en *Comm. Cod. civ.*, IV, 3, Utet, Torino, 1968, pág. 633 y ss.; A. F. FORMIGGINI, "Commissione (Contratto di)", en *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, Milán, 1960, pág. 862, que la Comisión considera «manifestación típica, pasados y actuales, el mandato sin representación»; A. BRILLANTE, *mandato, comisión, el envío, por ejemplo el tratado. CIV. y Comm.*, dirigida por Cicu y Messineo, XXXII, Giuffrè, Milán, 1984, pág. 598, según el cual la comisión sería atribuible «a un mandato marcado por dos notas Especializada»; F. MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Giuffrè, Milán, 1972, pág. 60 segundos, que el comité sería «un *sottofigura* el mandato sin representación» (énfasis en el original).

⁵¹ En Italia, el art. 64 d. Decreto 22 de de enero de de 2004, núm. 42 (Código del patrimonio cultural y del paisaje) requiere «cualquier persona que realiza actividades de venta al por menor, la exposición a los efectos de la negociación o intermediación que implica la venta de pinturas, esculturas, gráficos u objetos d' antigüedades o interés histórico o arqueológico, o normalmente todavía se vende las obras o los mismos objetos, está obligado a entregar al comprador la documentación que acredite la autenticidad o al menos la atribución probable y procedencia de estas obras; o, en su defecto, para liberar, en la forma prevista por las leyes y reglamentos sobre la documentación administrativa, una declaración que contiene toda la información disponible sobre la autenticidad o la atribución probable y procedencia. Tal declaración, si es posible en relación con el trabajo o la naturaleza y «colocado copia fotográfica de los mismos». Sobre las deficiencias de la legislación en este sentido, especialmente para el arte contemporáneo, ver. A. DONATI, "Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose", en *Riv. dir. civ.*", 2015, pág. 987 ss.

⁵² Por todo esto, y también en otras articulaciones no siempre encomiable el «mercado del arte», entre «bajo tierra», la explotación de los aficionados, la superficialidad en la atribución de autoría, etc., se puede ver F. POLI, *Il sistema dell'arte contemporanea: Produzione artistica, mercato, musei*, Laterza, Roma- Bari, 2009; L. PRATESI, *L'arte di collezionare arte contemporanea. Orientarsi nel mercato, conoscere le strategie, guadagnare in valore e prestigio*, Roma, Castelveccchi, 2010.

⁵³ Por otra parte, como resultado de la Directiva 2001/84/CE relativa al «Asunto del derecho de participación en las obras de arte», el precio puede también afectar a la cd. derecho de participación, que tiene como objetivo garantizar que los autores, a modo de compensación de la cantidad de la cual es equivalente a un porcentaje del precio de cada venta posterior de sus obras, un cierto nivel de pago, y que hoy, como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, 26 de Febrero de 2015, asunto C - 41/14, también puede pesar sobre el comprador. Para un comentario sobre el juicio, consulte G. MAGRI, *Alcune riflessioni su diritto di seguito e mercato unico dell'arte contemporanea, alla luce della sentenza*, Christie's France c. Syndicat national des antiquaires, en *Aedon*, 2/2015, sobre el *droit de suite* pueden verse L. Nivarra, "Il diritto di seguito tra esclusiva ed equo compenso", en *Aedon*, 3/2006; V. M. DE SANCTIS, M. FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 2007, pag. 296 y s.; F. LAFARGE, "Cultura", in M. P. CHITI, G. GRECO (eds.),

Cuando, por otro lado, la venta es realizada por el operador auxiliar, como resultado de una representación técnicamente entendida o, por ejemplo, en el caso de una transacción de venta o mediación con un contratista no nombrado, el operador auxiliar es la contraparte del poder adjudicador en la operación de adquisición, y, dada la inviabilidad de su rendimiento, es elegible entre los operadores concretos que pueden identificarse sin previo aviso y con la negociación directa.

Aunque la presencia de estos tipos de operadores auxiliares puede resultar compleja y dependiente de la relación que tengan con los propietarios convencionales de la obra, podría preverse un supuesto general: si, por inequívoca voluntad del propietario convencional, la prestación se puede concluir solo a través, a saber, de servicios por un operador auxiliar, que necesariamente interviene en la transacción porque, en su defecto, no se concluirá, su rendimiento es por lo tanto infungible para el resultado deseado por la administración pública contratante, y lo convierte en el «operador concreto» únicamente para lograrlo, y se puede usar la negociación sin previo aviso.

Por lo tanto, cuando la transacción se refiere a la adquisición de una obra de arte existente, puede argumentarse que, en cualquier caso, «el objeto principal del contrato en cuestión», incluso cuando hay servicios, es un suministro, independientemente del valor y la importancia operativa o productiva que pueda tener la realización de cualquier obra o servicio necesario para lograr la adquisición.

El discurso, por supuesto, se refiere a la adquisición de un trabajo único; si, de hecho, hay varias copias originales o réplicas múltiples, y hay más propietarios y más operadores auxiliares capaces de obtenerlo, se pierde el argumento del único operador y, por lo tanto, no será posible utilizar el procedimiento negociado sin previo aviso por la pluralidad de cedentes potenciales.

8. LAS EXPOSICIONES DE ARTE COMO «ACTUACIONES ARTÍSTICAS ÚNICAS»

Además de la compleja cuestión de la ontología y de la importancia de las exposiciones de arte en relación con las obras artísticas que exhiben (y por lo tanto también de aquellos que las tratan en comparación con los artistas⁵⁴), aquí nos gustaría avanzar en un tema extremadamente más estrecho, a saber, que una exposición es un objeto con su propia identidad (no superior o inferior) distinta de la de las obras que recoge.

El supuesto tiene varias evidencias empíricas: en el mundo, la producción de exposiciones se ha convertido en el objeto social de sociedades comerciales, y también en la profesión de muchas personas, y las exposiciones pueden «circular», es decir, replicarse con adaptaciones debido a los lugares de exhibición, en más sitios, y también con remuneración.

Una exposición, por tanto, puede no solo ser producida (como tal, y esto ya es una indicación), sino también vendida, replicada, reeditada, reactivada, re-producida⁵⁵, «expuesta»⁵⁶ exactamente cómo puede suceder, y sucedió tantas veces, con las obras de arte visual individuales⁵⁷, las películas (no sólo con nue-

Trattato di diritto amministrativo europeo, II, Giuffrè, Milán, 2 ed., 2007, pag. 995 y ss.; L. BENTLY, B. SHERMAN, *Intellectual Property Law*, Oxford, IV ed., 2014, pág. 340 ss.

⁵⁴ "Exhibitions have become the medium through which most art becomes known", dijo R. GREENBERG, B. W. FERGUSON, S. NAIRNE, *Thinking about Exhibitions*, Psychology Press, Londres, 1996, p. 2 (énfasis en el original); cfr. también H.-U. OBRIST, *A brief history of curating*, Zurich-Dijon, 2008; T. SMITH, *Tinking Contemporary Curating*, Independent Curator International, Nueva York, 2012.

⁵⁵ Puede mencionarse, entre otros, los casos de la exposición en 1932 a cincuenta Pablo Picasso de la Kunsthau Zürich, y se replica (con algunas variaciones) en 2010 para celebrar el centenario de la Institución; o el famoso *When Attitudes Become Form*, comisariada por Harald Szeeman en 1969 en la Kunsthalle de Berna y replicada en Venecia por Germano Celant en la Fondazione Prada en 2013 (pero la exposición también ha recibido otras ediciones críticas, como *Live in Your Head, When Attitudes Become Form Become Attitudes: A Restoration – A Remake – A Rejuvenation – A Rebellion*, curada por Jens Hoffman CCA Wattis Institute for Contemporary Arts en San Francisco en 2012).

⁵⁶ El término «exposición de una exposición» *Perché e come? Una conversazione con Germano Celant*, en G. CELANT (ed) *When Attitudes Become Form Berna 1969/2013 Venecia*, Fondazione Prada, Milán, 2013, pág. 652.

⁵⁷ No sólo se ha desarrollado, a lo largo del siglo xx, una técnica –por lo general llama *appropriazionismo*– que se utiliza de forma explícita con la intención y el significado de diferentes y complejas, la renovación de las obras de otros: además de la enorme obra de Elain Sturtevant, sólo por mencionar *Seven Easy Pieces* de Marina Abramović, presentada en el Museo Guggenheim de Nueva York en 2005, y la exposición *la Monnaie Vivante*, aterrizó en la Bienal de Berlín en 2010, después de varias exposiciones, entre ellas una en la Tate Modern de Londres en 2008: ver H. SCHWARTZ, *The Culture of The Copy: Striking, Likenesses, Unreasonable Facsimiles*, The MIT Press, Cambridge MA, 2013; G. SPEDICATO, "Opere dell'arte appropriativa e diritti d'autore", en *Giur. comm.*, 2013, pág. 118 y ss.

vas ediciones del mismo film, sino también con traducción de obras literarias⁵⁸), la música (será suficiente mencionar el fenómeno de las *covers*). Y, por último, se considera que las exposiciones, una vez que han sido desmontadas, no desaparecen en el aire, sino que se conservan además de en la memoria de los visitantes en los productos editoriales que son un tipo de resultado, una pista final. Sin mencionar todos los documentos que generan físicamente para las necesidades productivas (conceptos, proyectos, facturas, contabilidad presupuestaria), o el efecto que tienen en el público (comentarios, debates, discusiones en las redes sociales, etc.).

La función principal de la exposición puede ser, de hecho, la representación, que ya es una actividad profundamente creativa por sí misma, y está destinada a producir algo que podemos disfrutar, utilizar en su compleja totalidad, ya que no solo cubre la elección de las obras, ya en sí misma operación con sentido e ingenio, sino también su ubicación espacial, en relación con los volúmenes, la luz, el diálogo con el entorno y entre las otras obras, los otros objetos y documentos utilizados, su afiliación o distancia, y así sucesivamente.

Pero esto es sólo una fase del complejo objeto de una exposición⁵⁹; pues es evidente que existe una gran cantidad de trabajo que precede a la producción, búsqueda, recuperación e incorporación de materiales auxiliares (música, las letras, la arquitectura y el paisaje, el aparato textual, educativo y didáctico), pre-comprensión, pre-conocimiento, y después y alrededor de ella, con comunicación, organización económica (presupuesto, costos, promociones y contratos), visitas acompañadas, catálogos, libros, diversas grabaciones documentales, reacciones, lecturas y comentarios críticos. Y todo este gran trabajo productivo (más allá de lo que se enfoca en la verdadera representación) es el objeto de la exposición en sí mismo, y tal vez sea por eso que el llamado *curador* se ha convertido, no solo en el mundo del arte, en una actividad real, una función (y, por lo tanto, una profesión, aunque no está sujeta a ningún requisito particular).

En resumen, parece poco discutible que una exposición —a partir de la «idea elaborada» que constituye su *concept*⁶⁰, es una distinta obra de ingenio, y como cualquier creación, incluso la más original, que, lo hemos visto, no desaparece con el desmontaje, no sale de la nada⁶¹, parece derivar fisiológicamente de la capacidad de recombinar y reinterpretar ideas, estilos, materiales, señales ya existentes⁶², un «*raw material*»⁶³ que, aunque puede estar compuesto de objetos que no son *raw*, hace posible el nacimiento de una nueva obra⁶⁴ gracias al trabajo de un autor, que en el caso de la exposición de arte se compone principalmente de obras de arte (pero también otro material documental).

⁵⁸ Pero las películas también pueden ser re-shot, cuadro por cuadro, tal como sucedió en 1998 para *Psicosis*, de Alfred Hitchcock, y luego pueden convertirse en obras de arte visual, como en el caso de *24 Hour Psycho*, una obra de 1993 por Douglas Gordon.

⁵⁹ L. CASINI, «La valorizzazione dei beni culturali», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pág. 651 y ss., localiza en la organización de una exposición por un organismo público los siguientes pasos: «*Iniziativa L*», que pueden ser directamente entidad o institución, sino también a la parte privada, acompañada de un estudio de viabilidad técnica y económica; *diseño*, que debe incluir los detalles dell'allestimento con los elementos de coste individuales (materiales, iluminación, seguridad, eventual transporte de obras, etc.); l'«*aprobación del proyecto*; l'«*ejecución*. En cada una de estas fases, es evidente la necesidad de una interacción constante entre las autoridades públicas y los particulares, que, tras la firma de los contratos fijados, pueden aparecer en los promotores de prendas de vestir, diseñadores, restauradores, los donantes; la administración, además de la asignación de fondos, debe asegurarse de que toda la organización de un espectáculo o exposición cumple con ciertos niveles de calidad, lo que garantiza un uso completo y correcto. Por último, cabe precisar que la pesca es siempre precedida por un *horario*, que es esencial si se piensa, por ejemplo, en la red nacional e internacional de los contactos entre los diferentes organismos e instituciones culturales para el préstamo de obras de arte».

⁶⁰ P. GRECO, P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Utet, Torino, 1974, pág. 43; S. RUBINSTEIN, «La protezione delle idee elaborate», en *Dir. Aut.* 1953, pág. 44 y ss.; A. GIANNINI, *La protezione delle così dette "idee elaborate"*, *ibidem*, pág. 317 y ss.

⁶¹ J. Litman, *The Public domain*, 39 Emory L. J., 1990, 965: «our copyright law is based on the charming notion that authors create something from nothing».

⁶² Ver. Entre otros, A. MUSSO, «Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche», en *Commentario del codice civile*, ed. por Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 2008, pág. 43: no hay «creatividad original (no derivado) también hacia obras en las que la posible (o incluso necesario) recuperación de materiales con derechos de autor se caracteriza por una instrumentalidad suficientemente funcional para un efecto artístico diferente o al menos estética»; de acuerdo con el Autòr, el art. 2, núm. 2, de la Ley italiana sobre el derecho de autòr constituye «el arquetipo de la posibilidad legal de trabajos anteriores en función «transfigurativa» o «ricreativa» inherente a cualquier tipo adicional de la composición artística» (*ibid*, pág. 64).

⁶³ P. GOLDSTEIN, «Derivative Rights and Derivative Works in Copyright», 30 *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1983, págs. 209, 218; W. M. LANDES, R. A. POSNER, «An Economic Analysis of Copyright Law», in *Journal of Legal Studies*, 325, 1989, pág. 332; D. D. LANGE, «Recognizing the Public Domain», 44 *Law and Contemporary Problems*, 1981, 171 y ss., http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/824.

⁶⁴ «La idea, el primer elemento del pensamiento humano y el principio de toda actividad intelectual, aunque manifestada, no implica la creación de una obra intelectual; pero cuando se toma forma en una organización de la construcción personal y expresiva que

Y eso explica por qué comienzan a surgir sentencias jurisprudenciales que perciben la capacidad de las exposiciones de ser dignas de protección como propiedad intelectual independiente⁶⁵ por su parecido con la obra colectiva⁶⁶, en la cual las partes individuales siguen siendo separables y distinguibles, en el contexto de un único plan de coordinación, en cuyo caso la atribución de autoría, en la ley italiana, es para aquellos que «organizan y dirigen su creación», sin perjuicio de los derechos de autor sobre las contribuciones individuales⁶⁷.

Sin embargo, vale la pena considerar que como obra autónoma y creativa una exhibición de arte es, sin la necesidad de demasiadas demostraciones, un producto artístico; así que me parece que las exposiciones se pueden incluir en aquellos objetos que se describen en la letra de la Directiva como «actuaciones artísticas únicas», cuyo autor no es, sin embargo, un artista, sino con otra función, con otra mecánica, es también quien «determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos» del producto artístico llamado exposición, que en consecuencia, como se ha visto, justifica el uso de procedimientos negociados sin publicación previa.

Si es así, no sólo la decisión de adquirir una exhibición específica, y la elección del operador económico que tiene los derechos de producción, pueden negociarse sin previo aviso, ya que el primero es el objeto con «carácter y valor único» para ser adquirido, y el segundo es el «operador concreto» infungiblemente capaz de proporcionar ese carácter y valor únicos, pero es posible argumentar que todas las operaciones necesarias para la entrada en vida del objeto-exhibición como «actuación artística única» son atraídos por él, y por lo tanto todos los operadores económicos que contribuyen a su creación pueden llegar a ser infungibles, tan intrínsecamente vinculados a la creación que no pueden ser reemplazados por otros, a expensas de la imposibilidad de constituir justo el específico objeto, o de hacer otro, diferente del deseado.

Si, por ejemplo, el «curador» considera que las operaciones de verificación de condición de las obras (*condition report*), las relacionadas con el diseño, la construcción, el desmantelamiento, la edición editorial, requieren operadores determinados por su calidad particular, experiencia, o simplemente por plena confianza en la capacidad de su trabajo para influir en el «carácter y valor únicos» de la exposición, de modo que en su ausencia no se determine o se temiera que se determine en términos distintos a los perseguidos, este parece permitir (no menos que en la creación de una obra de arte que necesita contribuciones y el rendimiento adicionales a las del autor) el uso de la negociación sin previo aviso, en plena conformidad con el Considerando (50) de la Directiva, que recolecta las situaciones de exclusividad en los casos en que hay una «práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico».

La confirmación de la hipótesis, por otro lado, se encuentra en la misma Directiva. El hecho de que estos servicios tienen un carácter especial, queda demostrado por el hecho de que, entre las licitaciones especiales a que se refiere el título III, capítulo I, de la Directiva y, en particular, los servicios sociales y otros servicios específicos del artículo 74, aparecen los «servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos». El artículo 75, sin embargo, especifica que esos procedimientos especiales no se aplican «si, de conformidad con las disposiciones del artículo 32, se hubiera podido emplear un procedimiento negociado sin publicación previa para la adjudicación de un contrato público de servicios», confirmando que con esta disposición, y por lo tanto, la negociación sin previo aviso se puede utilizar para los servicios en cuestión, si corresponde.

Por lo tanto, podría argumentarse que el procedimiento simplificado se utiliza cuando el curador no ha considerado necesario restringir algunos prestamistas por las razones de exclusividad mencionadas, y el valor de los contratos es igual o mayor que el umbral indicado en el artículo 4, letra d) (€ 750.000), y luego se puede realizar un llamado a licitación o un aviso de preinformación, el resultado del procedimiento de adquisición se conoce a través de un aviso de adjudicación; por lo demás, la disciplina se deja a la legislación

toma la forma de una entidad, lo que refleja la personalidad del autor, que es lo creativo... La legislación actual no concede la protección a la creación de contenido o las ideas que se basan trabajo, sino a la forma mediante la cual se exterioriza el contenido producto intelectual...»; Cass. sect. VI, 23 de abril de 2013, núm. 9.757; cfr. también Cass., 13 de febrero de 1987, núm. 1.558.

⁶⁵ En Italia, véase Corte de Casación, sent. 7 julio de 2015, núm. 14.060.

⁶⁶ No es casualidad que el CD. *concepto* de una exposición ha sido comparado con el *format* de televisión: P. MAGANI, "Proprietà intellettuale ed esposizioni" en *Dir. Aut.*, 2008, pág. 173, «como el *format* se puede considerar un esquema que identifica las características principales de un programa de televisión o una serie de transmisiones, por lo que la exposición de un concepto pueden constituir el esquema según el cual las características distintivas son identificados por una exposición».

⁶⁷ En Italia ven el art. 03:07 L. 22 de abril de 1941, núm. 633.

nacional, con el solo respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos» por los poderes adjudicadores, y los Estados miembros son «libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión» (artículo 76)⁶⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENTLY, L., SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford, IV.ª ed., 2014, pág. 340 y ss.
- BOYD, W. L., “Museums as Centers of Controversy”, en *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 128, 1999.
- BOURDIEU, P., *The Field of Cultural Production: Essays on Art and Literature*, Columbia University Press, 1993.
- BROWN, C. (ed.), *Inspiring Action: Museums and Social Change: a Collection of Essays*, Museums Etc, Edimburgo, 2009.
- CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Turín, 2012.
- CASINI, L. (ed.), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- CASSESE, S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, Giuffrè, 1969, pág. 261 y s.
- CERULI IRELLI, V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua, Cedam, 1983.
- CLARICH, M., “Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale”, en *Diritto Amministrativo*, 2016, pág. 71.
- CROCE, B., *Breviario di estetica. Quattro lezioni*, Laterza, Bari, 1913, pág. 9.
- Leonardo DA VINCI, *Trattato della Pittura, I Parte*, Vicenza, Neri Pozza, 2000.
- D’ALBERTI, M., “Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici”, en *Dir. Amm.*, 2008, pág. 297 y ss.
- DERIEUX, F. (ed.), *Harald Szeeman: Individual Methodology*, JRP|Ringier, Zúrich, 2007.
- DONATI, A., *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milán, 2012.
- ECO, U., *Opera aperta*, Bompiani, Milán, 1976.
- FERRARIS, M., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009.
- FICINO, Marsilio, *Teologia platonica, IV*, trad. it Bompiani, Milán, 2011.
- GIANNINI, M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963.
- GOLDSTEIN, P., “Derivative Rights and Derivative Works in Copyright”, *30 Journal of the Copyright Society of the USA*, 1983, pág. 209, 218.
- GREENBERG, R., B. W. FERGUSON, S. NAIRNE, *Thinking about Exhibitions*, Psychology Press, Londres, 1996, pág. 2.
- HABERMAS, J., *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), trad. it. *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Laterza, Bari, 1984.
- HEIN, H., *The Museum in Transition. A philosophical Perspective*, Smithsonian Institution Press, Washington y Londres, 2000.
- JAEGER, M., “Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, en *Eur. dir. priv.*, 2011, pág. 352 y ss.
- JASZI, P., “Is there such a thing as postmodern copyright?”, en *12 Tulane Journal of Technology and Intellectual Property Fall*, 2009, pág. 105 y ss.
- KAPLAN, F. E. S., *Museums and the making of «ourselves»: the role of objects in national identity*, Leicester University Press, Londres, 1996.
- KAPROW, A., “Death in the Museum: Where Art Thou, Sweet Muse?”, en *Art Magazine* 41, núm. 4, 1967, pág. 40 y s.
- KASCHNITZ-WEINBERG, G. V., “Struttura, Ricerca di”, *sub voce* en *Enciclopedia dell’Arte Antica*, Treccani, Roma, 1966.
- KEARNS, P., *The Legal Concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- LAFARGE, F., “Cultura”, en M. P. CHITI, G. GRECO (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Giuffrè, Milán, 2.ª ed., 2007, pág. 995 y ss.
- LANGE, D. D., “Recognizing the Public Domain”, *44 Law and Contemporary Problems*, 1981, pág. 171 y ss., http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/824. DOI: doi.org/10.2307/1191227.
- LEWITT, S., “Paragraphs on Conceptual Art”, en ALBERRO, A., STIMSON, B. (eds.), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999.
- LITMAN, J., “The Public domain”, *39 Emory L. J.* 0, 2.
- LONGHI, R., “Proposte per una critica d’arte”, en *Paragone*, 1, 1950, 1.
- LANDES, W. M., POSNER, R. A., «An Economic Analysis of Copyright Law», en *Journal of Legal Studies* 325, 1989, 332. DOI: doi.org/10.1086/468150.

⁶⁸ Por otra parte, se afirma explícitamente que los servicios a la persona con valores por debajo de este umbral no será, en general, de cualquier interés para los proveedores de otros Estados miembros, si «... no hay indicios concretos de lo contrario, como se como la financiación de la Unión para los proyectos transfronterizos», dijo el Given (114) de la Directiva.

- MCCLEAN, D., SCHUBERT, K. (eds.), *Dear Images, Art Copyright and Culture*, Ridinghouse, Londres, 2002.
- OBRIST, H.-U., *A brief history of curating*, Zúrich-Dijon, 2008.
- PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Nápoles, 1971, pág. 358 y ss.
- POLICE, A. (eds.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milán, Giuffrè, 2008.
- PUGLIATTI, S., *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, Milán, 1962, pág. 24 y ss.
- REICH, C., "The new property", en *The Yale Law Journal*, 1964, vol. 73, núm. 5, pág. 733. DOI: doi.org/10.2307/794645.
- SCHWARTZ, H., *The Culture of The Copy: Striking, Likenesses, Unreasonable Facsimiles*, The MIT Press, Cambridge MA, 2013.
- SEN, A., *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari.
- SMITH, T., *Thinking Contemporary Curating*, Independent Curator International, Nueva York, 2012.
- STOKES, S., "Art and copyright: some current issues", en *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2006, 1, pág. 272 y ss.
- TORCHIA, L., "La nuova Direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari", en *Dir. Amm.*, 2015, pág. 291 y ss.
- WALRAVENS, N., "La remise en cause des notions traditionnelles", en *L'Art contemporain confronté au droit, L'Art contemporain confronté au droit, atti del Seminario del 8 giugno 2006*, Univ. Panthéon-Assas Paris II, pág. 13.



Impuestos locales y parejas de hecho: problemas actuales a considerar

Local taxes and couples with stable union: current problems to consider

Irene Rovira Ferrer
Universitat Oberta de Catalunya
iroviraf@uoc.edu

RESUMEN

El objetivo principal del presente trabajo es poner de manifiesto los principales problemas que actualmente se presentan, a nivel constitucional, en los impuestos locales respecto a las parejas de hecho, tanto desde la óptica de los principios de justicia tributaria como desde un punto de vista competencial. En concreto, tales conflictos se circunscriben en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana e, indirectamente, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, donde resultan necesarios, en ambos casos, cambios en la regulación estatal.

PALABRAS CLAVE

Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Tributos locales, Uniones estables de pareja.

ABSTRACT

The main objective of the present work is to show the most important problems that local taxes have concerning couples with stable union, especially from a constitutional point of view. In general, their conflicts are focused in two different aspects: on the one hand, the respect for the principles of fiscal justice set out by the Constitution, and, on the other hand, the demarcation of the competences between the State and local entities. These problems are specifically limited in the area of two different taxes: The Tax on the Increase in Value of the Urban Land and, indirectly, The Property Tax, being necessary to reformulate the state regulation in both cases.

KEYWORDS

Property tax, Tax on the Increase in Value of the Urban Land, Local taxation, Couples with stable union.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIONABLE TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IIVTNU. 2.1 LOS APARENTES SUPUESTOS DE NO SUJECCIÓN PREVISTOS PARA LOS CÓNYUGES. 2.2 LA POTESTATIVA BONIFICACIÓN PREVISTA PARA LOS CÓNYUGES. 2.3 LA EQUIPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y LAS PAREJAS DE HECHO DEL ART. 105.1.c) DEL TRLRHL. 3. LA CUESTIONABLE TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IBI. 4. CONCLUSIONES. 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como consta en sentencias como la STC 180/2001, de 17 septiembre, el TC ha sido claro a la hora de afirmar que la institución del matrimonio y de las parejas de hecho responden a realidades jurídicas diferentes y que, por tanto, no pueden equipararse, de modo que nada impide que tengan un tratamiento jurídico diferenciado y, en consecuencia, una diversa atribución de derechos y obligaciones (sin que ello infrinja de por sí el derecho fundamental de igualdad previsto en el art. 14 de la Constitución –CE–)¹.

De hecho, como ha señalado expresamente, su equiparación sólo deberá proceder cuando las parejas de hecho no hayan podido contraer matrimonio en virtud de una causa no admisible constitucionalmente, supuesto en el que sí resultaría vulnerado el art. 14 por constituir la falta de libertad una clara discriminación ante la obligada igualdad de trato.

Sin embargo, la no necesidad de equiparar la regulación prevista para los matrimonios y las parejas de hecho no resulta tan clara desde la óptica del principio de igualdad tributaria, el cual, contenido en el art. 31 de la CE, requiere que todas las situaciones económicas equivalentes sean tratadas de la misma manera. Por consiguiente, es difícilmente aceptable en muchos casos que los beneficios fiscales que el legislador ha considerado pertinente conceder a los matrimonios (con o sin hijos) no sean reconocidos a las parejas de hecho que conviven en las idénticas condiciones, máxime cuando hoy en día la constitución de esta institución ya se encuentra jurídicamente formalizada y se ha regulado a nivel autonómico (puesto que, aparte del Derecho foral y a diferencia de lo que contempla el art. 149.1.8 de la CE en relación con los matrimonios, el texto constitucional no reserva al Estado competencias exclusivas al respecto)².

No obstante, y a pesar también del deber de protección de la familia que el art. 39.1 de la CE impone a los poderes públicos, la normativa tributaria estatal sigue sin prever dicha equiparación, a pesar de que cada vez son más las Comunidades Autónomas que, conscientes de ello, empiezan a hacerlo dentro del ámbito de sus competencias³.

Y como no podía ser de otro modo, esta polémica que acompaña a la tributación de las uniones estables de pareja se observa también en los tributos de ámbito local, donde se acompaña de los conflictos ya de por sí implícitos en las limitaciones de las Corporaciones locales al respecto (y es que, si bien su autonomía financiera y, en consecuencia, su capacidad para establecer y exigir tributos se encuentra constitucionalmente reconocida –arts. 133.2 y 140 de la CE–, resulta supeditada a varias limitaciones).

Así, además de tener que sujetarse a la Constitución y las leyes, las entidades locales se encuentran sometidas a la potestad originaria para establecer tributos que, mediante ley, corresponde exclusivamente al Estado (art. 133.1 de la CE), tanto con el fin de preservar la unidad del ordenamiento y una básica igualdad en las posiciones de los contribuyentes, como para integrar las exigencias en materia tributaria del principio de reserva de ley (ya que las Corporaciones locales únicamente disponen de potestad de ordenanza que deriva del carácter representativo de su Pleno).

Y es que, como señala el art. 31.3 de la CE, «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley», lo que precisa con más detalle el art. 8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) al requerir dicho rango, entre otros aspectos, para la delimitación del hecho imponible, de los sujetos pasivos, del devengo, de la base imponible y liquidable, del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.

Por consiguiente, el principio de reserva de ley tributario requiere que el legislador estatal ordene la configuración general de los tributos locales, aunque reconociendo en todo caso una intervención de las Corporaciones en su establecimiento o en su exigencia (ya sea para que, mediante sus ordenanzas, determinen su concreta

¹ Al respecto, como señala Sala Galván, a pesar de que las uniones de hecho puedan incluirse en el concepto constitucional de familia, el legislador posee plena libertad a la hora de configurar el régimen jurídico de la protección familiar que requiere el art. 39.1 de la CE, dado que no entraña un deber para los poderes públicos de dispensar un amparo diferenciado y sin matices a todo género de unidades familiares (Sala Galván, 2003: 108). Para un mayor desarrollo de la relación entre las parejas de hecho y la CE, véase Sánchez Martínez, 2000; De Verda y Beamonte, 2001; o Mata de Antonio, 2002.

² De hecho, en la autonomía gallega, el primer apartado de la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia llega a señalar expresamente que, «a los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges».

³ A modo de ejemplo, así ocurre en el art. 59 de la Ley catalana 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, donde se señala que, por lo que respecta a las competencias normativas autonómicas del Impuesto, «los miembros de las parejas estables quedan asimilados a los cónyuges», añadiendo el art. 60 que «las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja quedan asimiladas (...) a las relaciones entre ascendientes e hijos».

regulación dentro de unos límites o para que decidan incluso sobre su propio establecimiento). De este modo, la capacidad normativa de los entes locales en el ámbito impositivo se limita a decidir si establecen las diversas figuras tributarias que prevé el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (ya que, con la excepción del Impuesto sobre los Bienes Inmuebles –IBI–, el Impuesto sobre Actividades Económicas –IAE– y el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica –IVTM–, son de aplicación potestativa) y, si así se les habilita, a concretar sus diferentes elementos esenciales dentro de los límites expresamente establecidos (que básicamente son de cuantificación).

Sin embargo, como ha dejado claro el TC en varias sentencias, la reserva de ley que impera en este ámbito no es de carácter absoluto sino relativo, en el sentido que únicamente serán necesarias las normas de rango legal para crear los tributos y configurar sus elementos esenciales: los que determinan el nacimiento de la obligación tributaria (hecho imponible), los que exoneran del deber de contribuir (exenciones y demás beneficios fiscales), los que fijan su cuantía (base imponible y tipo de gravamen) y su imputación a un sujeto concreto (sujetos pasivos)⁴.

De todos modos, la precisión de tales limitaciones y la determinación de las eventuales extralimitaciones de los entes locales no resulta tarea fácil, y menos cuando pueden encontrarse amparadas en el respeto de otras previsiones de carácter constitucional. Por ello, se ha considerado de interés abordar el presente trabajo, el cual se fundamenta, además, en una temática que supone una creciente realidad social.

Así pues, a lo largo de este estudio se analizarán los problemas implícitos en los impuestos locales respecto a las parejas de hecho, los cuales se circunscriben en el ámbito del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) y del IBI.

2. LA CUESTIONABLE TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IIVTNU

El primero de los impuestos locales que plantea serios problemas respecto a la tributación de las parejas de hecho es el IIVTNU, concretamente en relación con unos aparentes supuestos de no sujeción relativos a los cónyuges (art. 104.3 del TRLRHL) y con una potestativa bonificación prevista para los mismos (art. 108.4 del TRLRHL). Y es que en ninguno de los dos casos el TRLRHL equipara los miembros de un matrimonio con los de una pareja de hecho, aunque, curiosamente, sí que lo hace a la hora de impedir la procedencia de la exención contemplada en el art. 105.1.c).

2.1. Los aparentes supuestos de no sujeción previstos para los cónyuges

Como señala el art. 104.3 del TRLRHL, «no se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes», añadiendo que tampoco tendrá lugar «en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial».

Así, en ningún caso se mencionan las parejas de hecho al respecto, aunque, antes de entrar en el análisis de los conflictos implícitos en su no equiparación, aparece un primer problema de índole técnica. Y es que, a pesar del tenor literal del mencionado precepto, lo que realmente está contemplado el TRLRHL en este punto no son supuestos de no sujeción (es decir, situaciones en las que el hecho imponible de un tributo no tiene lugar, pero que, por estar íntimamente relacionadas con el mismo, la Ley decide dejar claro que no estarán sujetas a gravamen)⁵, sino verdaderas exenciones (supuestos excepcionales en los que, como señala el art. 22 de la LGT, a pesar de realizarse el hecho imponible, la ley exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal)⁶.

⁴ Al respecto, véase, entre otras, en las SSTC 6/1983, de 4 de febrero, 179/1985, de 19 de diciembre, o 233/1999, de 16 de diciembre. Asimismo, para un mayor desarrollo de dicho principio, véase BÁEZ, 2009; GARCÍA-FRESNEDA, 2015: 171-210; o ALGUACIL, 1999: 5-34.

⁵ De hecho, por esto el art. 20.2 de la LGT señala que «la ley podrá completar la delimitación [en este caso, negativa] del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción».

⁶ Por ello, como señaló SÁINZ DE BUJANDA, las normas que establecen exenciones no son preceptos orientadores o didácticos (como es el caso de las que detallan los supuestos de no sujeción), sino «preceptos dotados de una eficacia singular por el

En este sentido, y teniendo en cuenta que, conforme el art. 104.1 del TRHRHL, el IIVTNU es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto «a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos», es evidente que los supuestos contemplados por el apartado 3, donde realmente se transmite la propiedad o los mencionados derechos sobre tales terrenos, forman parte del hecho imponible impuesto, por lo que no constituyen actuaciones no abarcadas por el ámbito objetivo del mismo que, a pesar de quedar fuera de su órbita, guardan cierta proximidad con él.

Así, en tanto que las circunstancias previstas en el art. 104.3 del TRLRHL quedan dentro del hecho imponible pero, por sus características especiales, se les excluye del nacimiento de la obligación tributaria, lo que contempla el precepto es en realidad son verdaderas exenciones, previsión importante a la hora de entrar en el análisis de la falta de inclusión de las parejas de hecho al respecto.

No obstante, por lo que respecta a la viabilidad de la propia exención en sí, no parece que en principio haya nada que objetar, puesto que, según la doctrina constitucional, su establecimiento no sólo queda limitado a excluir de la exacción de los impuestos a aquellas situaciones en las que, a pesar de realizarse el hecho imponible, no haya elementos indicativos de capacidad económica (lo cual, considerando la riqueza del matrimonio en cuanto a unidad familiar –es decir, en su conjunto–, ocurriría en este caso), sino que también puede venir justificado por otros fines (incluso extrafiscales) siempre que se encuentren destinados a la protección o consecución de objetivos e intereses de rango constitucional (como podría ser aquí la garantía de protección social, económica y jurídica de la institución familiar que requiere el art. 39.1 de la CE)⁷.

Sin embargo, cierto es que, para su procedencia, resulta incuestionable que las exenciones respeten los principios de justicia tributaria derivados del art. 31 de la CE, entre los que se encuentra el principio de generalidad (que prohíbe cualquier tipo de discriminación o privilegio en el reparto de la carga tributaria que no se encuentre debidamente justificada)⁸ y el de igualdad tributaria (que requiere que dos situaciones económicas iguales sean tratadas de la misma manera y que se vele por conseguir la equidad real en la distribución de la carga tributaria)⁹. Y es en este punto donde las exenciones aquí previstas por el art. 104.3 entran en cuestionamiento por lo que respecta a las uniones estables de pareja, ya que, a pesar de poder encontrarse en una situación económicamente idéntica a la aquí contemplada para los matrimonios (puesto que nada impide que constituyan un patrimonio conjunto durante su convivencia y que éste se disuelva, tras acudir a los Tribunales de justicia, después del cese de la misma), el TRLRHL en ningún momento las incluye al respecto.

De hecho, no sólo es que los convivientes *more uxorio* puedan encontrarse en las mismas situaciones fácticas que las previstas en el art. 104.3 del TRLRHL, sino que en algunas autonomías existe incluso una igualdad jurídica esencial entre ambas instituciones, como ocurre en Cataluña con la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (donde no sólo se prevé la libertad de los convivientes de una unión estable de pareja para establecer un régimen económico, sino que se regulan los acuerdos conseguidos después del cese de su convivencia e incluso la atribución o distribución del uso de la vivien-

que se enerva, respecto a determinados sujetos, la eficacia constitutiva general de las normas ordenadoras del tributo» (SÁINZ DE BUJANDA, 1964: 431).

⁷ Al respecto, procede destacar la STC 134/1996, de 22 de junio, en la que consta expresamente que las exenciones, que suponen excepciones al deber de contribuir establecido en el art. 31.1 de la CE, «pueden tener su fundamento bien en la consecución de finalidades extrafiscales o de estímulo de determinadas actividades (...) bien en la realización efectiva del principio de capacidad económica que debe inspirar el sistema tributario en su conjunto», y es que, como ha puesto de manifiesto el TC en varias ocasiones (como en la STC 46/2000, de 17 de febrero) los tributos, aparte de servir como medio de recaudación de ingresos públicos, sirven como instrumentos de política económica general y para asegurar una mejor distribución de la renta nacional.

⁸ En concreto, así lo manifiesta Martín Queralt, quien señala que el principio constitucional de generalidad «constituye un requerimiento directamente dirigido al legislador para que cumpla con una exigencia: tipificar como hecho imponible todo acto, hecho o negocio jurídico que sea indicativo de capacidad económica (...) vedando la concesión de exenciones y bonificaciones tributarias que puedan reputarse como discriminatorias» (Martín Queralt, 2000: 108).

⁹ Por consiguiente, como ha reiterado el TC, cabe y debe adoptarse «todo mandato de desigualdad o diferenciación que logre precisamente la igualdad real», permitiéndose así «regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material, para reequilibrar la desigualdad originaria de las condiciones económicas, sociales o de posición jurídica de las personas» (STC 3/1983, de 25 de enero). En opinión de algunos autores, este principio de igualdad tributaria no deja de ser una especificación del principio de igualdad que contempla el art. 14 CE (Chico de la Cámara, 1994: 58), en tanto que «el principio de igualdad ante la Ley tributaria supone que el reparto de la carga tributaria se haga por igual entre los contribuyentes, teniendo presente su capacidad económica, utilizando la técnica de la progresividad» (Bonell Colmenero, 2005: 203).

da familiar –punto en el que, además, el art. 234-8.4 se remite directamente a determinadas disposiciones previstas para los matrimonios–)¹⁰.

Así pues, y con base en el triple examen al que somete el TC la valoración de las eventuales discriminaciones, nos encontramos ante dos situaciones fácticas y jurídicas que pueden ser iguales (contribuyentes que se hacen cargo de una familia mediante un patrimonio conjunto o liquidándolo tras el cese de su convivencia) a las que la normativa tributaria les dispensa un trato dispar a la hora de aplicar una exención del IIVTNU, y ello a pesar de que la justificación de la misma opera plenamente en ambos supuestos (tanto desde el punto de vista que no hay un incremento de capacidad económica considerando la familia su conjunto como por lo que respecta a la protección y sustento de la familia como supuesto habilitador). Y además, lejos de tener una motivación adecuada y suficiente, dicha diferenciación sólo se fundamenta en la falta de regulación de las uniones estables de pareja a nivel estatal, aunque sí que existe la misma a nivel autonómico y, en muchos casos, incluso equiparada a la del matrimonio.

Asimismo, junto a la falta de justificación objetiva y razonable, esta disparidad de trato tampoco supera el tercer requisito que exige el TC para que pueda considerarse legítima, y es que las consecuencias jurídicas que derivaban de la misma, aparte de ser del todo inadecuadas y desproporcionadas, comportan un resultado especialmente gravoso para los afectados (especialmente desde la óptica del principio de capacidad económica)¹¹.

Y todo ello sin olvidar el art. 39.1 de la CE, en tanto que la familia a la que manda proteger nada tiene que ver con que los miembros fundadores de la misma estén unidos por un vínculo matrimonial. De hecho, procede recordar justamente en este punto que, a pesar de que el TC ha reconocido abiertamente el amplio margen de libertad que asiste al legislador a la hora de configurar las distintas formas de convivencia, también ha dejado claro que ésta no es absoluta, sino que, como puntualizó la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y, deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas».

Además, la distinción aquí analizada todavía resulta más difícil de justificar considerando que, a la hora de desarrollar la regulación básica de una de las exenciones del IIVTNU, el penúltimo párrafo del art. 105.1.c) del TRLRHL sí que equipara los cónyuges a los miembros de las uniones estables de pareja, aunque en este caso, sorprendentemente, a efectos de determinar la no procedencia de la misma. Así, señala que «respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio», añadiendo que, «a estos efectos, se equiparará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita»¹².

De todos modos, como se señalaba, no hay que olvidar que, más allá de su eventual discriminación, la inclusión de las uniones estables de pareja también resulta necesaria desde el punto de vista del principio de capacidad económica, puesto que, considerándolas en tanto que unidades familiares, no se experimenta en los supuestos mencionados una manifestación de riqueza susceptible de gravamen que legitime tributo alguno¹³.

Por su parte, surge también aquí la duda de si las Corporaciones locales, amparadas por la conveniencia constitucional de incluir a las parejas de hecho, podrían hacerlo a través de sus ordenanzas fiscales, y es que justamente Ayuntamientos como el de Barcelona así lo han hecho¹⁴.

¹⁰ Asimismo, como se ha señalado, recuérdese que el primer apartado de la Disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia llega a señalar expresamente que, «a los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges».

¹¹ En relación con la consolidada doctrina del TC respecto al principio de igualdad y al triple examen que exige para detectar su vulneración ante diferencias normativas, véanse, entre otras, las SSTC 46/1999, de 22 de marzo, 200/2001, de 4 de octubre, 39/2002, de 14 de febrero, o 96/2002, de 25 de abril.

¹² Para un mayor desarrollo de dicha previsión véase el apartado 2.3 *La equiparación de los cónyuges y las parejas de hecho del art. 105.1.c) del TRLRHL* del presente trabajo.

¹³ Y es que, como señaló, entre otras, la STC 194/2000, de 19 de julio, «por imperativo del art. 31.1 CE, sólo puede exigirse [un tributo] cuando existe capacidad económica y en la medida [en función] de la capacidad económica», es decir, que todo hecho imponible debe contener algún índice o manifestación de riqueza o capacidad de pago en tanto que es su presupuesto legitimador (riqueza que, como puntualizó la STC 221/1992, de 11 de diciembre, no podrá ser inexistente o ficticia).

¹⁴ Véase al respecto el art. 3.4 de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 29 de diciembre de 2015, donde se señala que, en relación

Sin embargo, como señala el art. 9.1 del TRLRHL, «no podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales», aunque sin que ello impida que, en los supuestos expresamente previstos por la ley, las entidades locales establezcan beneficios fiscales en sus ordenanzas.

Por consiguiente, lo que debe delimitarse aquí es si los entes locales podrían entenderse habilitados al respecto mediante la aplicación analógica del art. 104.3 del TRLRHL a las parejas de hecho, punto en el que resulta de suma relevancia recordar las consideraciones realizadas por el TS en la STS 812/2002, de 8 de febrero (donde valoró justamente si los beneficios fiscales previstos para los cónyuges en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) resultaban aplicables a los convivientes *more uxorio* (especialmente por lo que respectaba al menor gravamen de su tarifa) o si se les debían aplicar las previsiones relativas a los parientes colaterales a partir del cuarto grado y personas que no tuvieran parentesco con el testador).

Y al respecto el TS rotundo al considerar que, aun participando de la sensibilidad social llevaría a asimilar las uniones de hecho con los matrimonios, él y, en tanto que órgano público, la Administración tributaria se encuentran obligados al estricto cumplimiento de la ley, por lo que, a pesar de que la interpretación de las normas debe realizarse con criterios no sólo históricos, lógicos y sistemáticos sino también sociopolíticos, si la normativa del ISD únicamente hace referencia a los cónyuges, sólo a quienes se hallen unidos por matrimonio les resultará de aplicación (tanto por la aplicación de los arts. 66, 67 y 68 del Código Civil como por el mismo significado que le da a dicho término la Real Academia Española de la Lengua).

Además, como añadió, tampoco procederían en este caso las tres condiciones exigidas por su doctrina a la hora de permitir la aplicación analógica de tales previsiones, ya que, en primer lugar, no existe una laguna legal (en el sentido que la tributación de los miembros de las parejas de hecho puede deducirse según la letra y el sentido lógico de las normas existentes). En segundo lugar, y aunque la posición del TS en este punto es más discutible, entendió el Tribunal que no concurría una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por la ley, en tanto que los miembros de las uniones estables de pareja son libres de casarse y asumir, en consecuencia, las cargas, obligaciones, ventajas y beneficios del matrimonio. Además, como añadió, si los miembros de una unión estable de pareja no se casan y, por consiguiente, quedan libres de tales cargas y obligaciones, tampoco pueden disfrutar las ventajas o beneficios previstos al respecto.

Sin embargo, procede remarcar en este punto que tales consideraciones pierden su fuerza en el caso de que la normativa autonómica haya regulado la institución de las parejas de hecho previendo también una serie de cargas y obligaciones, como ocurre al respecto en el caso catalán (Capítulo IV del Título III de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia –concretamente a lo largo de sus tres secciones: la primera dedicada a disposiciones generales de la institución (arts. 234-1 a 234-3), la segunda a la Extinción de la pareja estable (arts. 234-4 a 234-6) y la tercera a Efectos de la extinción de la pareja estable (arts. 234-7 a 234-14)–).

De todos modos, y aunque estas últimas consideraciones no dejan de ser un argumento más para justificar la vulneración del principio de igualdad tributaria que conlleva la no inclusión de las parejas de hecho (en el sentido que cierto es que, si se encuentran sometidos a obligaciones y limitaciones equiparables a las de los matrimonios, también deben poder verse beneficiados por las ventajas de dicha situación), cierto es que, en tercer lugar, la analogía al respecto se encuentra expresamente prohibida en este punto, por cuanto, conforme al art. 14 de la LGT, no será posible acudir a la misma para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible y de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

De hecho, en relación con los mismos supuestos que aquí se cuestionan pero respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en la misma línea se ha pronunciado la propia DGT, al entender que la exención prevista en el art. 45.I.B).3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITPAJD), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (relativa a las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales) no puede aplicarse a las uniones estables de pareja al encontrarse

con las mencionadas transmisiones realizadas por los cónyuges, se equiparán a las «hechas por los miembros de uniones estables de pareja, constituidas de acuerdo con las leyes que regulan las uniones de este tipo, siempre que hayan regulado en documento público sus relaciones patrimoniales».

la analogía prohibida en este extremo¹⁵. Y es que, como resaltó la Consulta Vinculante de la DGT de 10 de marzo de 2016, incluso en el caso que se encuentre expresamente prevista la equiparación de los derechos civiles entre los matrimonios y las uniones estables de pareja (como ocurre, por ejemplo, en Galicia), «nunca se pueden extrapolar dichos derechos a efectos tributarios»¹⁶.

Así pues, considerando que la extensión del art. 104.3 del TRLRHL a las parejas de hecho no se encuentra justificada desde la óptica de la analogía sino desde los propios principios de justicia tributaria, las Corporaciones locales no se encuentran técnicamente habilitadas para preverla sin incurrir en extralimitación (ya que permitírsele sería reconocerles capacidad para modificar una ley estatal), sin olvidar, en cualquier caso, que el establecimiento de exenciones debe venir fijado por ley.

Y es que, en este punto, junto a las mencionadas exigencias del art. 31.3 de la CE y el art. 8 de la LGT (cuyo apartado d) contempla la reserva de ley para «el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales»), opera también el art. 133.3 de la CE, el cual requiere el rango legal para establecer «todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado». No obstante, cierto es que el TC ha realizado una polémica interpretación restrictiva sobre el alcance de dicha reserva, ya que, a pesar de reconocer la exención como elemento esencial del tributo (sometiendo, en consecuencia, su creación a la ley), consideró que sólo su establecimiento o ampliación quedaba cubierto por el principio de legalidad (dejando fuera los otros aspectos relacionados con su regulación –como su reducción o supresión–)¹⁷. De todos modos, considerando que lo que aquí se plantea es la ampliación de una exención prevista, no cabe margen de duda acerca de la necesidad de su establecimiento por ley.

Por consiguiente, resulta totalmente ineludible una reformulación del art. 104.3 del TRLRHL incluyendo a los miembros de las parejas de hecho, tanto porque así lo exige el respecto a la CE y, en concreto, a los principios de justicia tributaria, como para impedir que se produzcan más conflictos de competencia a la hora de desarrollar la normativa de los tributos de carácter local.

De hecho, y con carácter general, el propio Defensor del Pueblo se pronunció en esta línea efectuando una Recomendación a la Administración el 2 de julio de 2015, en el sentido de acometer una reforma de la LGT equiparando el tratamiento fiscal de los matrimonios y las parejas de hecho (con el fin de conseguir así que quedara acomodada la normativa de todos los impuestos).

2.2. La potestativa bonificación prevista para los cónyuges

El siguiente de los preceptos del TRLRHL que contempla especialidades en relación con el IIVTNU respecto a los matrimonios (sin mencionar tampoco a las parejas de hecho) es el 108.4, el cual habilita a los Ayuntamientos para que, a través de sus ordenanzas fiscales, puedan regular una bonificación de hasta el 95% de la cuota íntegra del impuesto en los casos de transmisiones de terrenos, así como en la transmi-

¹⁵ Al respecto, véase la Consulta Vinculante de la DGT de 20 de diciembre de 2007, donde se remarca que «esta exención se refiere a aportaciones hechas por cónyuges a sociedades conyugales, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que no se trata de una sociedad conyugal, sino de una sociedad a formar por una pareja de hecho». Por consiguiente, como precisa, las aportaciones de bienes realizadas por un miembro de una pareja de hecho a una sociedad en la que participará al 50% con su pareja sin obtener contraprestación alguna a cambio, constituirán una adquisición lucrativa de bienes por parte de la pareja sujetas al ISD (por el concepto de adquisición de bienes a título gratuito e *inter vivos*), mientras que si mediara contraprestación alguna la operación quedaría sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Asimismo, en cuanto a su disolución, varias consultas han señalado que tributará como la de una comunidad de bienes, precisando Consultas como la de 28 de octubre de 2010 que cuando la disolución de una comunidad de bienes (formada por los miembros de una pareja de hecho) sea sobre una vivienda propiedad de dos comuneros, «el exceso originado por su adjudicación a uno de ellos cuando éste, además, sea compensado en metálico por su parte, no está sujeto a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD, al ser un exceso de adjudicación inevitable por tratarse de un indivisible o que desmerecería mucho por su división» (y añadiendo a tal efecto que, «también tiene la consideración de compensación en metálico la asunción por el adjudicatario de la parte de deuda del otro copropietario en el préstamo hipotecario común»).

¹⁶ Asimismo, respecto a los supuestos de disolución del vínculo matrimonial, también el TS se ha pronunciado en la misma línea, remarcando que esta exención del ITPAJD únicamente es aplicable a los supuestos en los que haya una efectiva comunidad de bienes (una sociedad conyugal) y no, por tanto, en el resto de supuestos (incluso si rige un régimen económico matrimonial de separación de bienes). Véase, entre otras, la STS de 30 de abril de 2010.

¹⁷ Al respecto, como señaló la STC 6/1983, de 4 de febrero, «en el sistema constitucional español no rige de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria (...) [por lo que] la "reserva de ley" se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede situarse genéricamente el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquier otra regulación de ellas, ni la supresión de exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo».

sión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre los mismos, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes.

Así, el TRLRHL permite aquí que las Corporaciones locales decidan si adoptar una bonificación previamente configurada y su cuantía, lo cual, como reconoció la STS de 29 de mayo de 2008, resulta totalmente conforme con la CE. Sin embargo, al no incluir dentro de su texto a los miembros de las parejas de hecho, se plantean también diferentes problemas, ya que, como se ha apuntado, el art. 14 de la LGT prohíbe la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

Por consiguiente, en primer lugar, aparece de nuevo la eventual vulneración del principio de igualdad tributaria (sin olvidar en este punto que las exigencias de los principios de justicia tributaria están dirigidas al conjunto de los Poderes Públicos con capacidad normativa tributaria¹⁸) y, en segundo lugar, se plantea el cuestionamiento de la capacidad de los Ayuntamientos para incluir a tales sujetos (como ha ocurrido, en este supuesto, en muchos más casos).

Y ciertamente, en relación con el principio de igualdad tributaria, resulta procedente la remisión a las consideraciones ya apuntadas en el apartado anterior, por cuanto, a pesar de que tanto los cónyuges como los miembros de las uniones estables de pareja puedan encontrarse ante una situación económicamente idéntica (la recepción *mortis causa* de un terreno de naturaleza urbana por parte de un familiar directo), el TRLRHL en ningún momento incluye a estos últimos en la mencionada bonificación.

Además, con base en el triple examen al que somete el TC la valoración de las eventuales discriminaciones, nos encontramos también aquí ante dos situaciones fácticas y jurídicas iguales (contribuyentes que guardan un vínculo de parentesco directo con el causante) a las que la normativa tributaria dispensa un trato dispar a la hora de aplicar una bonificación en el IIVTNU, y ello a pesar de que la justificación de la misma opera plenamente en ambos supuestos (tanto considerando que en tales casos, partiendo de la familia como unidad económica, el incremento de capacidad económica es menor, como tomando como base la protección y sustento de la familia como supuesto habilitador)¹⁹. Y esta disparidad de trato tampoco supera aquí el tercer requisito que exige el TC para que pueda resultar legítima, y es que las consecuencias jurídicas que derivaban de la misma, aparte de ser del todo inadecuadas y desproporcionadas, comportan un resultado especialmente gravoso para los afectados carente de justificación.

De hecho, justamente con base en la igualdad tributaria que rige entre los matrimonios y las parejas de hecho por lo que respecta a la sucesión, algunas Comunidades Autónomas ya han empezado a equiparar su tratamiento fiscal aunque dentro del ámbito de sus competencias, como es el caso de Cataluña con los arts. 59 y 60 de la Ley catalana 19/2010, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones²⁰. Y es de suma relevancia destacar tal extremo en este punto porque, considerando que las

¹⁸ Al respecto, como señala Hernández Guijarro, «el mandato constitucional de llamar a todos al sostenimiento de los gastos públicos, va también dirigido a potestad tributaria de los Municipios..., cuando estas entidades dicten sus correspondientes Ordenanzas Fiscales», por lo que «la norma municipal deberá señalar a los obligados al pago del tributo de forma abstracta e impersonal, deberá evitar también el establecimiento de beneficios fiscales que puedan reputarse como privilegios y, finalmente, deberá garantizar que no haya un trato discriminado a los sujetos pasivos del tributo que carezca de justificación». (Hernández Guijarro, 2015: 367).

¹⁹ De hecho, resultarían incluso trasladables aquí las tradicionales críticas al ISD abogando por no someter a gravamen las transmisiones *mortis causa* entre familiares directos, al considerar que en tales casos no se produce el necesario incremento de gravamen para que pueda someterse a imposición. Así, como entiende García Novoa, no puede afirmarse que en tales casos exista un verdadero aumento de la renta disponible susceptible de gravamen puesto que los propios adquirentes, además de coadyuvar a formar el patrimonio que aquí se transmite, ya venían disfrutando del mismo, y es que, como recalca, se hace difícil explicar el incremento de riqueza que experimenta un viudo/a que hereda la vivienda habitual en la que vivía con el causante y en la que seguirá viviendo o el que se constata en la herencia del saldo de una cuenta corriente propiedad del fallecido pero a la que los herederos accedían por vía de una titularidad indistinta (García Novoa, 2004: 7). Asimismo, tampoco parece justificable cuando el cónyuge o los hijos reciben un patrimonio esencialmente inmobiliario del que, a efectos prácticos, ya venían disfrutando y, ante la falta de liquidez del mismo, deben enajenar una parte para poder hacer frente a la correspondiente tributación, por no mencionar, como lo hacen García Villarejo y Salinas, la inexistencia de cualquier tipo de incremento de capacidad de pago (sino más bien de lo contrario) que experimentan las familias en las que el causante era el sustento económico principal (García Villarejo y Salinas, 1994: 486). Por consiguiente, como pone de manifiesto Plaza, podría considerarse que lo ocurre realmente en tales casos no es una efectiva transmisión, sino un mero cambio formal de titularidad individual (Plaza, 2000: 333), si bien es cierto que, como ha considerado la opinión mayoritaria, si tales adquisiciones no se sometieran a imposición, se estaría atentando contra el principio de igualdad de forma injustificada.

²⁰ En concreto, señalan tales preceptos que, a efectos del ISD y dentro del ámbito de las competencias autonómicas, «los miembros de las parejas estables quedan asimilados a los cónyuges» y que «las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja quedan asimiladas (...) a las relaciones entre ascendientes e hijos».

autonomías tienen competencia para regular las exenciones dentro del ámbito del ISD²¹, en el caso catalán ya se encuentran equiparados los miembros de ambas instituciones a la hora de aplicar la reducción de la base imponible en las adquisiciones *mortis causa* por razón del grado de parentesco entre el adquirente y el difunto.

Y por su parte, igual que en el caso anterior, la segunda problemática derivada del art. 108.4 del TRLRHL deriva de la inclusión de los miembros de las parejas de hecho por la que han optado muchos Ayuntamientos al regular la mencionada bonificación, ya que, mientras que algunos han desarrollado la regulación el IIVTNU respetando el texto literal del art. 108.4 del TRLRHL²², muchos otros han integrado los miembros de las uniones de hecho²³.

Sin embargo, como se apuntaba, el art. 9.1 del TRLRHL prohíbe reconocer «otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales», aunque sin que ello impida que las entidades locales establezcan beneficios fiscales en sus ordenanzas pero siempre que sea en los supuestos expresamente previstos por la ley.

Por consiguiente, y considerando la prohibición de analogía en materia tributaria, es evidente que, igual que en el caso anterior, las entidades locales no pueden considerarse habilitadas para realizar esta equiparación, incurriendo en una clara extralimitación en todos los casos en los que así ha sucedido.

Y es que, además, así se desprende también de una de las finalidades básicas que tiene la reserva de ley en opinión del TC, ya que, como ha destacado, el instituto del art. 31.3 de la CE tiene como uno de sus objetivos «la preservación de la unidad del ordenamiento, y de una básica igualdad de posiciones de los contribuyentes», por lo que, claramente, no permite «al acuerdo municipal como sustitutivo de la Ley para la adopción de unas decisiones que, sólo a ella, porque así quiere la Constitución, corresponde expresar»²⁴.

Así pues, también en este caso resulta un imperativo ineludible equiparar de una vez por todas a los matrimonios y a los miembros de las uniones estables de pareja dentro de la norma estatal, consiguiendo el pleno respeto a los principios constitucionales, evitando discriminaciones injustificadas e impidiendo la adopción de ordenanzas fiscales susceptibles de contravenir la Constitución.

2.3. La equiparación de los cónyuges y las parejas de hecho del art. 105.1.c) del TRLRHL

Finalmente, para cerrar el análisis de los problemas que plantea la relación de las uniones estables de pareja con el IIVTNU, debe destacarse, como ya se ha apuntado, el penúltimo párrafo del art. 105.1.c) del TRLRHL, donde, a pesar de que en todo el texto no se extienden a las mismas los beneficios fiscales previstos para los matrimonios, se equiparan inéditamente los cónyuges y los miembros de las parejas de hecho a efectos de determinar la no procedencia de una exención.

Así, el mencionado precepto contempla que estarán exentas del IIVTNU «las transmisiones realizadas por personas físicas con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios», añadiendo al mismo tiempo que también lo estarán «las transmisiones de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizadas en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales».

Sin embargo, para tener derecho a dicha exención, señala el propio artículo que ni el deudor o garante transmitente ni cualquier otro miembro de su unidad familiar podrá disponer, en el momento de poder evitar

²¹ Véase al respecto el art. 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, donde se establece que las autonomías podrán regular las reducciones de la base imponible, la tarifa, las cuantías y los coeficientes del patrimonio preexistente y las deducciones y las bonificaciones de la cuota del ISD, así como los aspectos de gestión y liquidación.

²² Este es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Valencia (art. 17 de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada el 30 de noviembre de 1989).

²³ Entre muchos otros, así lo han hecho Barcelona (art. 9 de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada el 29 de diciembre de 2015), Madrid (art. 18 de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada el 20 de diciembre de 2001) o La Coruña (art. de la Ordenanza Fiscal núm. 53-2015 Reguladora del Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aprobada el 26 de diciembre de 2013).

²⁴ Véase al respecto la STC 19/1987, de 17 de febrero.

la enajenación de la vivienda, de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria, precisando que «respecto al concepto de unidad familiar, se estará a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio» y que, «a estos efectos, se equipará el matrimonio con la pareja de hecho legalmente inscrita».

Por consiguiente, sobran los motivos para resaltar la incoherencia y perplejidad que deriva de la consideración de las parejas de hecho por parte del TRLRHL, y es que, a pesar de la procedencia de estas últimas consideraciones con base todo lo expuesto hasta el momento, no tiene sentido alguno que sí las considere como unidad familiar a los efectos de negar una exención a un contribuyente pero no a la hora de aplicar los beneficios fiscales que derivan justamente de su condición como tal (por lo que, o las equipara a los matrimonios de forma completa, o incurre claramente en una más que impropia e injustificada sinrazón).

3. LA CUESTIONABLE TRIBUTACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL IBI

Finalmente, la problemática que genera la tributación de las parejas de hecho en el ámbito local también se plantea en relación con el IBI, aunque en este caso de forma indirecta y sólo en el supuesto de que tales uniones tengan la condición de familia numerosa.

Al respecto, de conformidad con el art. 2.1 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, se define el concepto general de familia numerosa como la integrada «por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes», si bien el apartado 3, al precisar que «se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos», no contempla a las uniones estables de pareja.

Por consiguiente, de acuerdo el art. 5, el título oficial mediante el que se acredita la condición de familia numerosa (esencialmente a efectos de los beneficios económicos o sociales que se prevén para las mismas) únicamente se otorgará a ambos padres con 3 o más hijos si están casados, de modo que, si no existe vínculo matrimonial, estos beneficios sólo se concederán a uno de los progenitores.

Y justamente por ello es donde, de nuevo, la tributación de las parejas de hecho presenta problemas en el ámbito local, concretamente por lo que contempla el art. 74.4 del TRLRHL. Así, como señala el mencionado precepto, se habilita a las entidades locales para que, en relación con el IBI, puedan decidir si establecer una bonificación de hasta el 90% de la cuota íntegra del impuesto a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de titulares de familia numerosa, por lo que, considerando que el titular de la familia que constará en el título oficial que acredite a tales familias únicamente será un progenitor en el caso de las uniones estables de pareja, esta bonificación sólo podrá operar cuando el contribuyente del IBI sea dicho miembro²⁵.

Sin embargo, cierto es que este problema no se da en la totalidad del territorio del Estado, ya que en Cataluña, por ejemplo, si bien opera concepto de familias numerosas recogido en la Ley estatal 40/2003, también se consideran familias numerosas, de acuerdo con el Derecho Civil catalán, las uniones estables de pareja con independencia de la orientación sexual (siempre y cuando, claro está, cumplan los requisitos normativamente previstos para serlo)²⁶.

De este modo, como consta expresamente en el art. 9.6 de la vigente Ordenanza fiscal núm. 1.1 reguladora del Impuesto aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona, «los sujetos pasivos que tengan la condición de titulares de familia numerosa tienen derecho a una bonificación sobre la cuota líquida del impuesto correspondiente al domicilio habitual», estableciéndose que, a tales efectos, «esta bonificación se tramitará por la Administración tributaria municipal de acuerdo con la información sobre las familias numerosas facilitada por el Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat» (cuya expedición del título acreditativo abarca, como se señalaba, a ambos miembros de las uniones estables de pareja).

²⁵ A modo de ejemplo, así se contempla en la vigente Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Madrid relativa al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, aprobada el 28 de marzo 2001, cuyo art. 12.1 establece que «los sujetos pasivos del impuesto que, en el momento del devengo, ostenten la condición de titulares de familia numerosa, conforme lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, y demás normativa concordante, gozarán, en la cuantía y condiciones que se regulan en este artículo, de una bonificación en la cuota íntegra del impuesto correspondiente a la vivienda habitual de la familia, siempre que el valor catastral de la misma no exceda de la cantidad que se fija en este artículo».

²⁶ Véase al respecto el art. 3 del Decreto 151/2009, de 29 de septiembre, de desarrollo parcial de la Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias.

Así pues, de nuevo, aparece como inexcusable una nueva modificación de una ley estatal, aunque en este caso no de índole tributaria sino reguladora de las familias numerosas, concretamente de la Ley 40/2003 en el sentido de reconocer a los dos miembros de las parejas estables como titulares de las mismas. Y es que también en este caso se produce una clara discriminación de estos tipos de familia completamente contraria al principio de igualdad tributaria, agravada, además, por el hecho de que no se plantea en todas las partes del territorio.

No obstante, procede remarcar al respecto que la inclusión de las uniones de hecho que se produce en este caso en Cataluña no redundará aquí en una extralimitación de las Entidades locales, sino que deriva de la aplicación indirecta del Derecho Civil catalán a la hora de regular el título de familias numerosas y, por consiguiente, resulta plenamente válida desde el punto de vista tributario. Y no sólo desde el punto de vista competencial al respetar de pleno las previsiones del TRLRHL, son también, como se apuntaba, por lo que respecta a los principios de justicia tributaria.

Y todo ello sin olvidar que, a pesar de que el TC haya reiterado su necesaria vinculación con el principio de autonomía financiera, también impera en este punto el principio de igualdad en los derechos y obligaciones de los ciudadanos reconocido en el art. 139.1 de la CE, el cual exige que todos los españoles tengan «los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado». Así, y aunque «la autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y el Estatuto» y «de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas»²⁷, dicho principio garantiza la equivalencia de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los ciudadanos (es decir, en términos negativos, que prohíbe su disparidad arbitraria)²⁸, y justamente es en este punto donde resulta difícil de justificar que se le niegue a uno de los progenitores de una familia numerosa su condición de titular con base únicamente a la ausencia de vínculo matrimonial.

4. CONCLUSIONES

A pesar de que el TC ha reconocido la libertad del legislador a la hora de regular los distintos tipos de familia y la viabilidad de establecer divergencias entre las correspondientes instituciones, las diferencias de trato que se establecen entre los matrimonios y las parejas de hecho en algunos impuestos son susceptibles de incurrir en inconstitucionalidad, ya no desde principio de igualdad ante la Ley prevista en el art. 14 de la CE sino con base en el principio de igualdad tributaria derivado del art. 31 de la CE.

En concreto, en el ámbito de la tributación local, dichas diferencias se concretan en el IIVTNU y el IBI, donde se requiere, en ambos casos, una modificación ineludible de la normativa estatal.

Así, en relación con el primero, resulta imprescindible extender a los miembros de las uniones estables de pareja los distintos beneficios fiscales previstos para los cónyuges, tanto porque los motivos que justifiquen su procedencia también se encuentran presentes respecto a los mismos como por las exigencias de los principios de justicia tributaria.

Y es que, además, carece de todo sentido y justificación razonable que la única equiparación que se realice al respecto dentro del ámbito del Impuesto sea precisamente para negar la aplicación de una exención a los contribuyentes al considerar, en este caso sí, a las parejas de hecho como unidades familiares, prescindiendo en el resto de supuestos de la misma lógica a la hora de aplicarles los beneficios fiscales que derivan justamente de tal condición.

Por consiguiente, y considerando la falta de competencia de los entes locales para abordar dicha equiparación, resulta ineludible que la misma se aborde desde la normativa estatal, evitando al mismo tiempo que, como ya está pasando, las Corporaciones locales incurran en extralimitaciones competenciales al adoptar sus ordenanzas fiscales.

²⁷ STC 37/1987, de 26 de marzo.

²⁸ Véase al respecto, entre otras, la STC 150/1990, de 4 de octubre, la cual señala que tal principio «no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias ni, mucho menos, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o parecidos. La autonomía supone, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cómo y cuándo ejerce sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de este ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las Comunidades Autónomas, no por eso resultan necesariamente infringidos los arts. [...], 139.1 CE [...], ya que estos artículos únicamente exigen una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales».

Por su parte, en relación con el IBI, la modificación que resulta necesaria no es de índole tributaria sino relativa a la regulación de las familias numerosas, en el sentido de reconocer la titularidad de las mismas a ambos miembros de las uniones estables de pareja y otorgarles, en consecuencia, la posibilidad de acceder a la potestativa bonificación en el IBI, cuando así se encuentre prevista, derivada de su condición. Y es que, además, así ocurre ya en algunas autonomías que ostentan Derecho Civil propio (como es el caso de Cataluña), donde todos los contribuyentes que constituyen una pareja de hecho tienen derecho a la misma y no operan en este caso incompatibilidades de índole competencial.

Finalmente, no está de más recordar que los problemas que se plantean a nivel local también se encuentran presentes en el resto de impuestos, y que, mientras que algunas autonomías, conscientes de las exigencias constitucionales, ya han comenzado a extender las previsiones para los matrimonios a las uniones estables de pareja (aunque dentro del ámbito de sus competencias) no ocurre lo mismo a nivel estatal. Y ciertamente cada vez resulta más difícil de justificar esta no equiparación tan necesaria desde los principios de justicia tributaria, máxime cuando ya se encentra regulada la institución de la pareja de hecho a nivel autonómico y consta incluso en registro público su inscripción como tal.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALGUACIL MARÍ, M. P. (1999): "Acerca de la flexibilidad de la reserva de ley en materia tributaria", *Revista española de derecho financiero*, 101: 5-34.
- BÁEZ MORENO, A. (2009): "Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Crónica tributaria*, 133: 59-82.
- BONELL COLMENERO, R. (2005): "Principio de igualdad y deber de contribuir", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII: 177-208.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. (1994): "Aplicaciones prácticas de los principios constitucionales tributarios", *Tribuna Fiscal*, 40: 51-62.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2001): "Uniones de hecho a la luz de la constitución española 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica", *Actualidad Civil*, 2: 59-80.
- GARCÍA NOVOA, C. (2004): "El futuro del impuesto sobre sucesiones y donaciones: apuntes para una reflexión (II)", *Bolsa de Madrid*, 134: 74-81.
- GARCÍA VILLAREJO, A. y SALINAS SÁNCHEZ, J. (1994): *Manual de Hacienda Pública, general y de España*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA-FRESNEDA GEA, F. (2015): "Reserva de ley tributaria y separación de poderes. Fundamentos y análisis crítico", *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, año 31, 4: 171-210.
- HERNÁNDEZ GUIJARRO, F. (2015): "Los principios de generalidad e igualdad en la normativa tributaria municipal y su infracción por las ordenanzas fiscales", *Revista boliviana de Derecho*, 19: 360-377.
- MATA DE ANTONIO, J. M. (2002): "Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?", *Acciones e investigaciones sociales*, 14: 187-254.
- MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M. (2000): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Madrid: Tecnos.
- PLAZA VÁZQUEZ, A. L. (2000): *El valor real tributario*, Pamplona: Aranzadi.
- SÁINZ DE BUJANDA, F. (1964): "Teoría jurídica de la exención tributaria", en AA.VV: *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, Madrid: Editorial de Derecho Financiero.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O. (2000): "Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares [Homosexualidad, Orientación sexual]", *Revista española de derecho constitucional*, año núm. 20, 58: 45-69.
- SALA GALVÁN, G. (2003): *Las uniones de hecho en el IRPF*, Valencia: Tirant Lo Blanch.



Relación entre el coste de los servicios y la planta local

Relationship between the cost of services and the territorial area

Alejandro de Diego Gómez
Ayuntamiento de Avión (Ourense)
fusion.ayuntamientos@gmail.com

RESUMEN

En este informe se trata de analizar el comportamiento de los principales agentes que forman el sector público local y el coste efectivo de los servicios prestados por ellos según la publicación hecha por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, llegando a la conclusión de la necesidad urgente de adelgazar y modernizar nuestra Administración Local para conseguir reducir el peso de los gastos generales, así como de modificar la planta municipal, proponiendo la fusión de los pequeños Ayuntamientos de forma que tengan la capacidad suficiente para responder a los retos y necesidades que les exige la población del Siglo XXI sin perder con ello su identidad.

PALABRAS CLAVE

Coste de los servicios, fusión de ayuntamientos, ámbito territorial.

ABSTRACT

This report analyses the behavior of the main agents that form the local public sector and the actual cost of services which they provide according to the publication by the Ministry of Finance and Public Administration. The report concludes the urgent need to reduce and modernize our local Administration in order to decrease in overhead expenses, as well as modify the territorial area by proposing the merger of smaller municipalities in such a way to have sufficient capacity to respond to the challenges and needs that 21st Century world population demands without causing them to lose their identity.

KEYWORDS

Cost of services, merger of municipalities, territorial scope.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ESTUDIO ECONÓMICO. 2.1. METODOLOGÍA. 2.2. GASTOS. 2.2.1. Clasificación por capítulos de gastos. 2.2.2. Clasificación por áreas de gastos. 2.3. INGRESOS. 2.3.1. Impuestos. 2.3.2. Transferencias corrientes. 2.3.3. Tasas, precios públicos y otros ingresos. 2.3.4. Transferencias de capital. 2.4. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 3. LOS AYUNTAMIENTOS POR TRAMOS DE POBLACIÓN. 3.1. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 20.000 HABITANTES. 3.2. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 5.000 HABITANTES. 3.3. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 1.000 HABITANTES. 3.4. AYUNTAMIENTOS DE ENTRE 5.000 Y 7.000 HABITANTES. 4. LOS GOBIERNOS PROVINCIALES. 4.1. DIPUTACIONES PROVINCIALES DE RÉGIMEN COMÚN. 4.2. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LOS AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 20.000 HABITANTES. 4.3. LAS COMUNIDADES UNIPROVINCIALES. 5. OTRAS FIGURAS ASOCIATIVAS MUNICIPALES. 5.1. MANCOMUNIDADES. 5.2. COMARCAS. 5.3. ÁREAS METROPOLITANAS. 6. ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO. 7. CONCLUSIONES. 8. PROPUESTAS. PROPUESTA 1: La fusión de Ayuntamientos. PROPUESTA 2: Creación de una oficina autonómica de fusiones. PROPUESTA 3: Modificación de las Diputaciones Provinciales. PROPUESTA 4: Reforma de la financiación local. 9. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El coste efectivo de los servicios es un concepto introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), como una medida de transparencia, considerada como un paso fundamental en la mejora de la información disponible, eliminando asimetrías, para la toma de decisiones de los ciudadanos y de la Administración, debiendo contribuir de forma permanente al cumplimiento del principio de eficiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

No existe una definición del coste efectivo de los servicios ni en la LRSAL ni en la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, haciendo referencia únicamente esta última a la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales, y que supone presentar una mayor desagregación de la clasificación por programas que permitirá identificar con mayor precisión ese coste efectivo.

El artículo 116^{ter} de la LRSAL establece que todas las entidades locales calcularán antes del 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior, debiendo comunicarlo al Ministerio de Hacienda y Función Pública para su publicación. Por su parte el artículo 3 de la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios dispone que este será el resultado, para cada uno de ellos, de la aplicación de los criterios contenidos en la misma, y vendrá determinado por la agregación de dos componentes: costes directos, exclusivamente asociados a cada servicio, y costes indirectos determinados con arreglo a los criterios de imputación establecidos en dicha Orden.

2. ESTUDIO ECONÓMICO

Cualquier estudio económico es poco amable al convertirse en una sucesión de cifras y datos, pero es absolutamente necesario para comprender las conclusiones finales de este trabajo.

2.1. Metodología

Para la realización de este trabajo se han tenido en cuenta las liquidaciones de los presupuestos de Ayuntamientos con población inferior a 20.000 habitantes, por ser estos a los que les es de aplicación principal las medidas que prevé la LRSAL. Para ello se han utilizado los datos publicados en la Oficina Virtual para la Coordinación Financiera con las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública correspondientes a los ejercicios de 2001 a 2015, ambos inclusive, exceptuando las Comunidades Forales de Navarra y el País Vasco ya que debido a sus especificidades, por su régimen de financiación autonómica, no constan sus datos en la web del Ministerio de Hacienda y Función Pública, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, ya que cualquier conclusión a la que se pudiera llegar sobre posibles medidas de fusiones, agrupaciones, etc., no les serían de aplicación, pudiendo, sin embargo, desvirtuar los resultados finales del estudio.

Para poder relacionar entre sí los datos económicos se han utilizado como denominador común los importes per cápita de ingresos y gastos, por ser ésta una variable uniforme en cualquier comparativa, habiéndose tomado los datos de habitantes de la web del Instituto Nacional de Estadística. Igualmente, se han calculado los valores medios de esas variables presupuestarias, tomando para ello los datos de esos 15 ejercicios liquidados en su conjunto, para garantizar cierta estabilidad de la información manejada.

Para entender mejor la realidad local se estudian en este apartado los gastos, los ingresos y una comparativa entre gastos e ingresos ordinarios como indicador de estabilidad presupuestaria.

2.2. Gastos

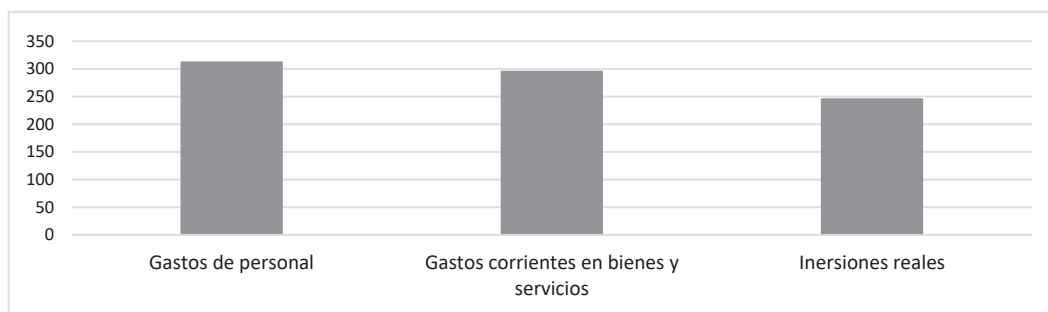
Es evidente que según como se mire se puede pensar que no hay Ayuntamientos con servicios más caros que en otros sino que lo hagan con niveles mayores de prestación, o se puede hacer el razonamiento totalmente a la inversa. Para intentar resolver esta cuestión debemos hacer una primera aproximación de los datos publicados de las liquidaciones de los presupuestos de las entidades locales.

2.2.1. Clasificación por capítulos de gastos

Para tener una correcta visión del comportamiento de los Ayuntamientos es interesante detenerse en algunos de los capítulos en que se ordenan los gastos públicos. Así el primer dato que podemos comparar es el total de recursos per cápita que destinaron de media durante el período estudiado los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, siendo este el de 965 euros.

Si nos detenemos en los capítulos según su repercusión sobre el total de gastos soportados, los tres más importantes, que suponen el 88 % del total, fueron el de gastos de personal, comprensivo de todo tipo de retribuciones e indemnizaciones por razón del trabajo así como de las cotizaciones obligatorias, que se llevó el 32,33 % del total; el de gastos corrientes en bienes y servicios, que recoge los gastos necesarios para el ejercicio de las actividades que no originen aumento de capital o de patrimonio público, así como los gastos en bienes de carácter inmaterial que puedan tener carácter reiterativo, no sean susceptibles de amortización y no estén directamente relacionados con la realización de las inversiones, que supuso el 30,57 % de la factura; y el de inversiones reales, comprensivo de los gastos destinados a la creación o adquisición de bienes de capital así como los destinados a la adquisición de bienes de naturaleza inventariable necesarios para el funcionamiento operativo de los servicios y aquellos otros de naturaleza inmaterial que tengan carácter amortizable, suponiendo el 25,39 % del total.

GRÁFICO 1: GASTOS SEGÚN LOS PRINCIPALES CAPÍTULO



Fuente: elaboración propia

2.2.2. Clasificación por áreas de gastos

Si a mayores nos detenemos en las 4 áreas más importantes de Gastos de los Ayuntamientos objeto de este estudio, esto nos arroja los siguientes resultados:

2.2.2.1. Servicios públicos básicos

Esta área comprende todos aquellos originados por los servicios que, con carácter obligatorio, deben prestar los municipios con arreglo al artículo 26.1 de la LBRL. Y es la que contiene la partida más abultada, suponiendo el 41 % del total del coste de los servicios públicos prestados por estos Ayuntamientos, con una media de 397 euros por habitante.

2.2.2.2. Actuaciones de carácter general

Es la segunda área en importe, e incluye los gastos relativos a actividades que consistan en el ejercicio de funciones de gobierno o de apoyo administrativo y de soporte lógico y técnico a toda la organización, recogiendo los gastos generales de la entidad que no puedan ser imputados ni aplicados directamente a otra área. El importe de gasto de esta área supone el 21,5 % del total, con una media de 207 euros por habitante.

2.2.2.3. Servicios de protección social

Engloba aquellos gastos que constituyen el régimen de previsión, atenciones de carácter benéfico-asistencial, medidas de fomento del empleo, atenciones a grupos con necesidades especiales, como jóvenes,

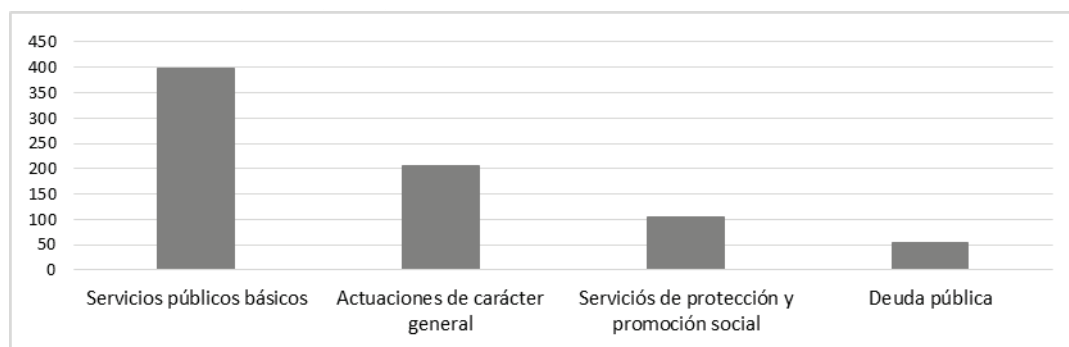
mayores, minusválidos físicos y tercera edad; y, en general, prestación de servicios sociales y promoción social, con cargo a los cuales se imputarán los gastos llevados a cabo para desarrollar la asistencia social primaria: la promoción de la igualdad de género, promoción y reinserción social de marginados, así como para la gestión de los servicios sociales, prestación de servicios a personas dependientes y de asistencia social, residencias de ancianos y otros de naturaleza análoga, la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

En contra de lo que pudiera pensarse a priori, esta área no ocupa un lugar preferente entre las áreas de gasto municipales, suponiendo el 11 % del total, con una media per cápita de 104 euros por habitante, tres veces menos que los gastos de personal y la mitad que los gastos generales.

2.2.2.4. Deuda pública

Comprende los gastos de intereses y amortización de la deuda y demás operaciones financieras de naturaleza análoga, con exclusión de los gastos que ocasione la formalización de las mismas. El importe medio que el conjunto de estos Ayuntamientos estudiados destinaron a gastos relacionados con su deuda fue de 54 euros por habitante, suponiendo el 5,5 % del total.

GRÁFICO 2: GASTOS SEGÚN LAS PRINCIPALES ÁREAS



Fuente: elaboración propia

2.3. Ingresos

Son 5 los Capítulos más importantes de ingresos, que suponen el 89,7 % del total, aunque a efectos de este estudio los agruparé en 4, unificando en uno el referido a impuestos.

2.3.1. Impuestos

El primer capítulo de ingresos en importancia es el de impuestos, y aunque suponen dos capítulos en la clasificación de ingresos: «impuestos directos», que comprenden todo tipo de recursos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible esté constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que pongan de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo como consecuencia de la posesión de un patrimonio o la obtención de renta; e «impuestos indirectos», que incluyen todo tipo de recursos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible esté constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que pongan de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo como consecuencia de la circulación de los bienes o el gasto de la renta, sin embargo se han agrupado como un solo concepto en este estudio, a pesar de ser más importantes para la hacienda municipal los primeros que los segundos. Así, el peso total de las figuras impositivas supone el 30,9 % del total de los ingresos municipales, correspondiendo el 27,44 % a los impuestos directos y tan sólo el 3,45 % a los indirectos.

2.3.2. Transferencias corrientes

Suponen el segundo recurso de los Ayuntamientos estudiados, muy cerca de los impuestos, lo que denota su dependencia de otras Administraciones territoriales y por tanto su falta de autonomía local, com-

prendiendo los recursos recibidos sin contrapartida directa. Representan el 27,54 % del total, una décima más que los impuestos directos.

El 97 % de la procedencia de esas transferencias corrientes viene de la Administración Central y Administraciones territoriales, las más importantes de las cuales, suponiendo más de la mitad de todos los ingresos por este concepto (56 %), provienen del Estado, el 33 % de las Comunidades Autónomas y el 11 % de las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares.

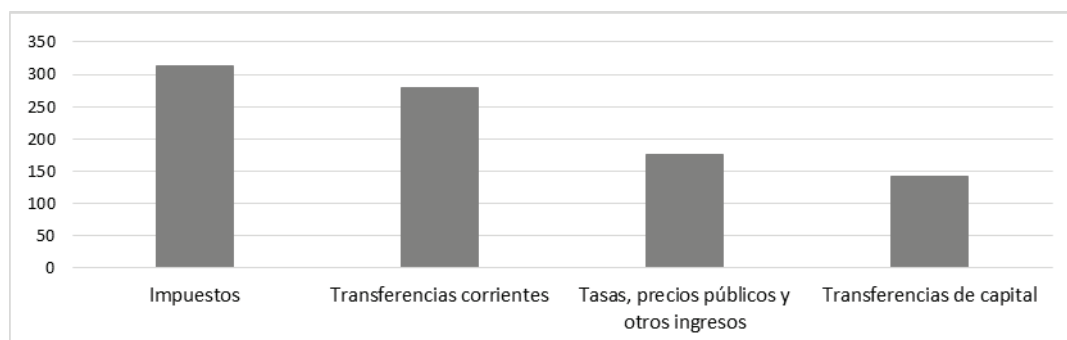
2.3.3. Tasas, precios públicos y otros ingresos

Son el tercer capítulo por volumen de recursos, e incluye, entre otros, los ingresos derivados de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, de la prestación de servicios o de la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario cuando los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria y no se presten por el sector privado, o de hacerlo, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados, suponiendo el 17,28 % del total de ingresos.

2.3.4. Transferencias de capital

Es el último de los capítulos principales de ingresos, y comprende los recursos, condicionados o no, recibidos por los Ayuntamientos sin contrapartida directa por parte de los agentes que los reciben, y que se destinan a financiar operaciones de capital, suponiendo el 14 % del total, más de 3 puntos por debajo de las tasas y precios públicos y casi la mitad de lo que suponen tanto los impuestos directos como las transferencia corrientes.

GRÁFICO 3: INGRESOS SEGÚN LOS PRINCIPALES CAPÍTULOS



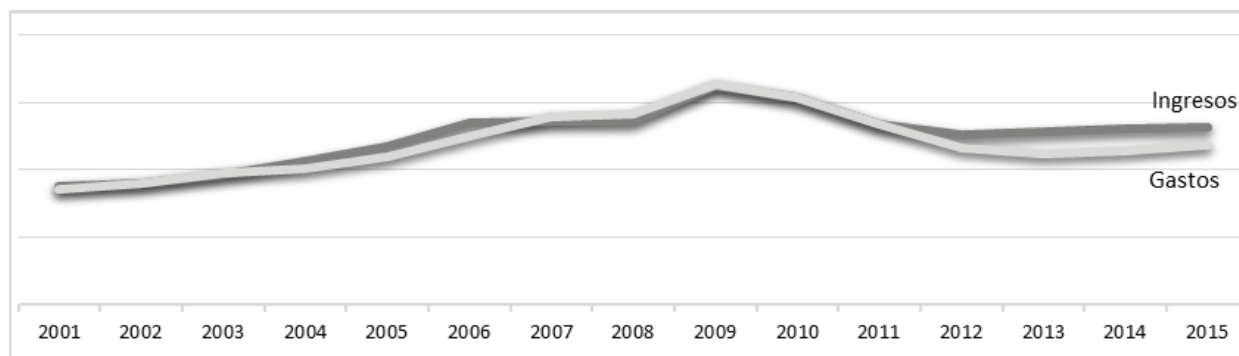
Fuente: elaboración propia

2.4. Estabilidad presupuestaria

Como colofón de este estudio económico voy a referirme brevemente a los datos de estabilidad presupuestaria de los Ayuntamientos estudiados. Así el artículo 3,2 de la LOEPSF establece que se entenderá por ésta en las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural. La constatación de éste principio se realiza en base a los cálculos efectuados y ajustes practicados conforme al Manual de la Intervención General del Estado de cálculo del déficit en contabilidad nacional adaptado a las Corporaciones Locales, tal y como lo interpreta la Subdirección General de Relaciones Financieras con las Entidades Locales, sobre la base de los Capítulos 1 a 7 de los estados tanto de ingresos como de gastos presupuestarios, en términos de Contabilidad Nacional.

De los datos comparados se comprueba cómo la Administración Local española, referida a los Ayuntamientos estudiados de menos de 20.000 habitantes, es una Administración equilibrada o estable presupuestariamente, con recursos suficientes para hacer frente a sus gastos con un diferencial de 4 puntos durante el conjunto del período escogido. Aunque en los peores momentos de la crisis económica esto no fue así, ya que entre los años 2008 a 2011 el diferencial, por el período, fue de -1,03 puntos, sobre todo por el comportamiento del ejercicio de 2008 donde el diferencial fue de -3,39 puntos, subiendo a -0,60 en 2009, -0,15 en 2010 y a -0,07 en 2011, estando ya en 2015 en 11,16 puntos positivos.

GRÁFICO 4: EVOLUCIÓN DE LOS INGRESOS Y GASTOS PARA EL CÁLCULO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA



Fuente: elaboración propia

Pero si confrontamos entre sí las operaciones corrientes de ingresos con las de gastos nos darán unos resultados totalmente distintos. Así, el diferencial total entre ingresos y gastos por los Ayuntamientos y período estudiado fue de +18,6 puntos, y en los años peores de la crisis estuvo en +11,88 puntos, siendo positivo en todos y cada uno de esos años. Si además en los gastos incluimos el Capítulo 9, de pasivos financieros, el diferencial total del período estaría en +11,54 puntos, es decir, casi tres veces más que tomando en consideración los capítulos de estabilidad presupuestaria, y si nos detenemos en esos años peores de la crisis el diferencial estuvo siempre en positivo, con un resultado global de +6,8 puntos.

Con todo ello se acredita que los Ayuntamientos españoles, especialmente los de menos de 20.000 habitantes, tienen recursos propios no sólo para hacer frente a sus gastos corrientes sino también a su deuda. Cosa distinta es cuando necesitan hacer inversiones, ya sea en equipamientos o en infraestructuras. Para ello necesitan la colaboración de otras Administraciones Públicas, y la experiencia nos indica que las Comunidades Autónomas, cuando tienen dificultades, piensan primero en sí mismas, aunque esto conlleve prácticamente el desatender sus compromisos con los municipios y aunque se trate de gasto destinado al progreso y desarrollo de los pueblos. Por lo que no sólo es necesaria, sino también urgente, una Ley de Financiación Local que no sólo aclare y regule los ingresos de los Ayuntamientos sino que también los blinde ante los vaivenes autonómicos.

3. LOS AYUNTAMIENTOS POR TRAMOS DE POBLACIÓN

En España, según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, existen un total de 8.123 Ayuntamientos de los que tan sólo 96 cuentan con más de 75.000 habitantes, siendo, resumidamente, los considerados «de gran población» por la LBRL, es decir escasamente un 1,2 % del total aunque en ellos vive el 46 % de la población según los datos del Instituto Nacional de Estadística, mientras que 4.955 Ayuntamientos tienen menos de 1.000 habitantes, lo que supone nada menos que el 61 % y en los que, sin embargo, vive el 3 % de la población, cifra ésta que disminuye constantemente. De estos pequeños municipios 1.509 (el 18,5 % del total) no llegan a 250 habitantes, y 1.271 (el 15,6 % del total) ni siquiera a 100.

3.1. Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes

Los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes existentes en España son 7.723, es decir, el 95 % del total, agrupando al 31,5 % de la población, es decir, casi 1 de cada 3 habitantes vive en este tipo de municipios, y son los que se deben tener en cuenta principalmente a la hora de hacer cualquier tipo de regulación sobre el redimensionamiento de la planta local. Estos municipios, excepto los del País Vasco y Navarra por los motivos expuestos, destinaron a la prestación de servicios públicos locales una media en el período estudiado de 965 euros por habitante. Y para la financiación de estos gastos generaron una media de ingresos de 1.013 euros por habitante, un 5 % más que aquellos a los que hacer frente.

3.2. Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes

Los Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes existentes en España son 6.825, es decir, el 84 % del total, agrupando al 12,5 % de la población, habiendo destinado a la prestación de servicios públicos locales una media de 1.011 euros por habitante, es decir, al bajar a este tramo de población los servicios ya se encarecen un 4,8 % con respecto a la media de los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes.

En este tramo de población el área de gasto al que se dedicaron mayores recursos fue el de la prestación de servicios públicos básicos con un 40,36 % del total, seguidas de las actuaciones de carácter general que supusieron un 25,42 %, mientras que a las actuaciones de protección social destinaron el 9,40 % del total.

Para la financiación de estos gastos, los Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes generaron una media de ingresos de 1.057 euros por habitante, un 4,5 % más que el total de aquellos a los que tienen que hacer frente, proviniendo los principales de transferencias corrientes que suponen el 45,6 % del total, seguidas ya de lejos por los impuestos, tanto directos como indirectos, que suponen el 23,7 %, por las transferencias de capital que representan casi el 16 %, y ya muy de lejos de las tasas y precios públicos que bajan hasta el 10,8 %.

3.3. Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes

Los Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes existentes en España son 4.955, es decir, el 61 % del total, agrupando al 3 % de la población, habiendo destinado a la prestación de servicios públicos locales una media total de 1.180 euros por habitante, con lo que se confirma que al seguir bajando los tramos de población los servicios suponen un mayor esfuerzo económico para los vecinos de esos municipios, a pesar de que la intensidad de los mismos disminuye, de forma que son un 23,3 % más caros que los realizados por los que tienen una población entre 1.001 y 5.000 habitantes, y un 26 % más de lo que suponen a los que están entre 5.001 y 20.000 y hasta un 26,5 % más que los que se encuentran entre los 5.001 y los 7.000 habitantes.

De los costes anteriores el área de gasto al que los Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes dedicaron mayores recursos fue, también, a la de los servicios públicos básicos, representando el 38,5 % del total, seguido de las actuaciones de carácter general que supusieron el 30 %, mientras que a la prestación de servicios sociales fue tan solo el 6,86 %.

De lo anterior se concluye que a menor población mayores gastos de organización y funcionamiento, y por tanto improductivos, y menor atención a los propios servicios. Así a la prestación de servicios públicos básicos destinan 2,5 puntos menos que los Ayuntamientos de entre 1.001 y 5.000 habitantes pero hasta 6 puntos menos que los que están entre 5.001 y 20.000, así como 3,5 puntos menos en servicios sociales que los de 1.001 a 5.000 y 27 menos con respecto a los de 5.001 a 20.000, y todo ello a cambio de destinar 6 puntos más en gastos generales que los de entre 1.001 a 5.000 y hasta el doble de los que están entre 5.001 y 20.000 habitantes.

Para la financiación de estos gastos, los Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes generan una media de ingresos de 1.234 euros, un 4,6 % más que el total de los gastos a los que tienen que hacer frente, proviniendo los principales ingresos de las transferencias de otras Administraciones, suponiendo el 53 % del total, de ellas las corrientes suponen el 27 % y las de capital el 26 %, seguidas por los impuestos, que suponen el 22,5 %, de ellos los impuestos directos son el 20 % y los indirectos tan sólo llegan al 2,5 %, y por las tasas y precios públicos que se quedan en un 13,5 %. Lo anterior denota la dependencia que tienen estos «microayuntamientos» del resto de Administraciones a través de las transferencias tanto corrientes como de capital, que suponen más de la mitad de todos sus ingresos.

3.4. Ayuntamientos de entre 5.000 y 7.000 habitantes

Se han escrito ríos de tinta sobre cuál debería de ser el tamaño óptimo de los Ayuntamientos, aunque creo que hay que trascender la cuestión teórica para procurar fórmulas que los hagan viables no sólo económicamente, sino y sobre todo, socialmente, pues sin esto no tienen futuro e ir a municipios de 10.000 ó 20.000 habitantes, como se ha indicado por algunos, me parece una absoluta utopía, al menos en estos momentos. También se ha escrito mucho sobre cuál debería ser el tamaño mínimo, y ahí también se han ba-

rajado distintas opciones considerando que la que más adeptos reúne es la que establece esa dimensión en los 5.000 habitantes, a la que yo me apunto como criterio general, pero siempre como un punto de partida en torno al cual se debería trabajar, con las excepciones que la realidad nos indique, intentando no bajar nunca de los 4.000 e intentando sobrepasarla siempre que sea posible. Es decir, se trataría de terminar con lo que podríamos denominar «minifundismo municipal» y que debe ser el objeto prioritario y urgente de una política de redimensionamiento de la planta local española, que no es otra que las fusiones de Ayuntamientos.

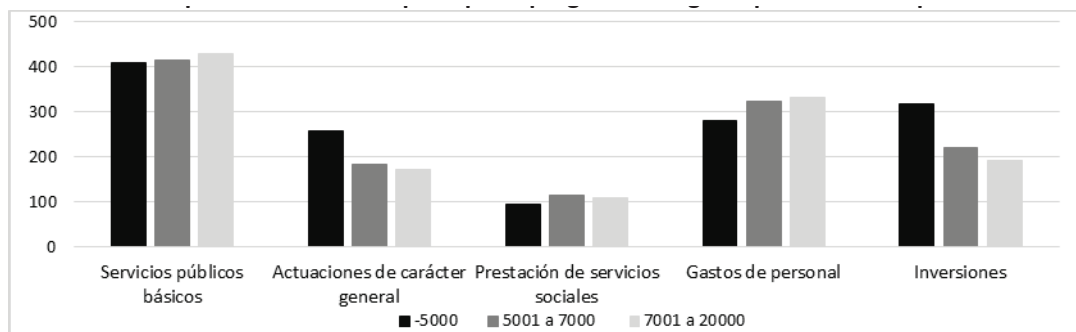
El objetivo que se plantea es conseguir Ayuntamientos con una población de entre 5.000 y 7.000 habitantes, que es lo que, como se desprenderá de este estudio, resulta mucho más sostenible, y ello por diversos motivos, entre otros y no menores, por cuestiones económicas, como consecuencia del aumento de un 17 % que tendrían en la participación en los ingresos del Estado al superar los 5.000 habitantes, en aplicación del artículo 124.1.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LRHL), a lo que habría que sumar un 10 % adicional previsto para las fusiones municipales por el artículo 13.4.a) de la LBRL, introducido por la LRSAL.

En España hay 290 Ayuntamientos de entre 5.000 y 7.000 habitantes, representando actualmente el 3,5 % del total, agrupando también al 3,5 % de la población, más, incluso, que los 4.955 Ayuntamientos con menos de 1.000 vecinos. Habiendo destinado a la prestación de servicios públicos locales una media total de 932 euros por habitante, es decir, menos que los de cualquiera de las otras horquillas de población que hemos visto, dato este que corrobora mi afirmación de considerar a los de este tramo como mucho más sostenibles. Así, estos prestaron sus servicios por un 7,8 % menos que los que tienen menos de 5.000 habitantes, y aún un 0,5 % más barato que los que están entre 7.001 y 20.000 habitantes.

Todo lo anterior refuerza la tesis de que estos Ayuntamientos son mucho más sostenibles que los de población inferior. Así, son capaces de prestar más y mejores servicios a la población destinando, en conjunto, 79 euros menos por habitante que los que tienen menos de 5.000, lo que demuestra que en estos más pequeños, a pesar de prestarse con mucha menos intensidad, los servicios públicos salen mucho más caros al haber menos población sobre la que repercutir los costes. Si nos fijamos en la prestación de servicios sociales los Ayuntamientos de entre 5.000 y 7.000 habitantes destinan 19 euros más por habitante que los que no llegan a los 5.000, y prácticamente al mismo coste que los de los tramos superiores, sólo 4 euros más per cápita que los que tienen entre 7.001 y 20.000 habitantes. Por lo que respecta a las actuaciones de carácter general, a medida que aumenta la población disminuyen estos gastos corrientes y de funcionamiento: nada menos que 73 euros per cápita menos que los que están por debajo de los 5.000 habitantes.

En el capítulo de inversiones los Ayuntamientos con menos de 5.000 habitantes dedican una media de 317 euros per cápita, representando un 43,4 % más que los 221 euros que dedicaron los que están entre 5.000 y 7.000 habitantes. ¿Quiere esto decir que los municipios más pequeños tienen mayor capacidad inversora?. Ni mucho menos. Lo que sucede es que cualquier obra que hagan, debido a la falta de habitantes, tiene mucha más repercusión per cápita, es decir, necesita de mucho mayor esfuerzo económico por parte de sus vecinos que las realizadas en aquellos otros de más población y donde el reparto general de gastos es sobre una base mayor. Si no ¿cómo se explica que los que están en el siguiente tramo, de entre 7.001 y 20.000 habitantes, aún destinen menos, en concreto 193 euros per cápita, a inversiones?

GRÁFICO 5: COMPORTAMIENTO DE LOS PRINCIPALES PROGRAMAS DE GASTO POR TRAMOS DE POBLACIÓN

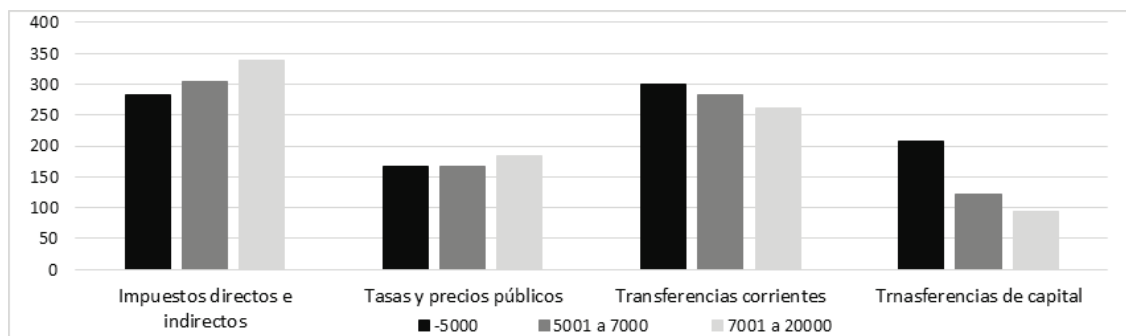


Fuente: elaboración propia

Para la financiación de sus gastos, los Ayuntamientos de entre 5.000 y 7.000 habitantes generan una media de ingresos de 974 euros por habitante y año, un 4,5 % más que el total de los gastos a los que tienen

que hacer frente, proviniendo principalmente de impuestos, tanto directos como indirectos, que suponen en su conjunto el 31,2 % del total, seguidos por las transferencias corrientes con un 29 %, de las tasas y precios públicos que bajan al 17 % y de las transferencias de capital que están en el 12,5 % del total.

GRÁFICO 6: COMPORTAMIENTO DE LOS PRINCIPALES CAPÍTULO DE INGRESOS POR TRAMOS DE POBLACIÓN



Fuente: elaboración propia

Del estudio comparativo general de ingresos se desprende que cuanto menor es el Ayuntamiento menor es también su capacidad recaudatoria. Así en el capítulo de impuestos los municipios de entre 5.000 y 7.000 habitantes recaudan en términos per cápita un 7,2 % más que los que tienen menos de 5.000, sobre todo por impuestos directos, donde el diferencial está en el 8,5 %. Sin embargo la recaudación por tasas y precios públicos es muy similar, mientras que la dependencia de los ingresos provenientes del resto de Administraciones públicas a través de las transferencias tanto corrientes como de capital es mayor, y por tanto con menor autonomía municipal por falta de suficiencia financiera, de los municipios según disminuye su población. Y ello a pesar de que en el tramo de entre 5.000 y 7.000 habitantes el conjunto de estas transferencias suponen el 41,6 % del total de sus ingresos, pero es que en los que tienen menos de 5.000 sube hasta el 48 % (6,4 puntos porcentuales más).

4. LOS GOBIERNOS PROVINCIALES

La LRSAL otorga un papel determinante a favor de las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes, que todo parece indicar que se refiere a los Consejos y Cabildos Insulares e incluso a las Comunidades Autónomas uniprovinciales a pesar de no ser éstas Administración Local, que podría suponer el traspaso de competencias a las mismas de hasta las del 95 % de los Ayuntamientos (los de menos de 20.000 habitantes) por cuestiones estrictamente económicas a través de un más que discutible sistema de coordinación. Pero si examinamos con atención los servicios a que se refiere (recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías y tratamiento de residuos) tendría más sentido que en el momento en que vivimos estos fueran propios de unas Diputaciones, o entidades equivalentes, convenientemente redefinidas porque su asunción con carácter supramunicipal podría suponer un ahorro en los gastos de organización y planificación de los mismos, a lo que podríamos sumar la centralización de determinados suministros, como el de energía eléctrica, telefónico y otros o instaurar una central de compras, y a mayores deberían poner a disposición de los Ayuntamientos los medios técnicos y humanos para optimizar las posibilidades de financiación europea o de otra índole para determinados proyectos o la infraestructura necesaria para la puesta en común entre varios de determinadas iniciativas, de forma que en todos estos casos se generaría un importante ahorro, mucho mayor que el que se puede conseguir a través de las actuales figuras asociativas municipales.

4.1. Diputaciones Provinciales de Régimen Común

Lo primero que habría que determinar es si el comportamiento de las Diputaciones ha sido ajustado al papel que legalmente les corresponde. Así, si acoplamos sus competencias a las áreas de gasto que componen la estructura de los presupuestos de las entidades locales comprobamos que la inmensa mayoría de ellas se encuadran dentro de los denominados «servicios públicos básicos». ¿Pero será esta el área de

gasto principal en la actuación de las Diputaciones?, pues parece que sí, junto a las actuaciones de carácter económico, sobre todo en lo referente a gastos en infraestructuras, situándose en torno al 30 % del total en cada caso, seguidas de las actuaciones de carácter general que suponen el 20 %, mientras que a servicios sociales dedican el 16,5 %.

Si nos fijamos en los capítulos de gastos, son los de personal los que más peso tienen, suponiendo el 27 % del total, mientras que a inversiones destinan el 16 %, lo que acredita uno de los mantras que pesan sobre estas Corporaciones como es el exceso de plantilla, aunque hay bastante diferencia entre unas Diputaciones y otras, así las que porcentualmente soportan mayores costes de personal son la de Cádiz con un 39 % sobre el total de sus gastos, la de Ourense con un 39,7, la de Segovia con un 41,4 y, sobre todo, la de Albacete con un 47,6 %, mientras que en las que menos peso tienen sus plantillas son en la de A Coruña con un 20 %, la de Castellón con un 19,5 %, la de Girona con un 16,8 %, la de Huesca con un 14,5 % y la de Valencia con un 13,6 %.

Por lo que se refiere a los ingresos los más importantes son las transferencias corrientes, que suponen el 57,5 % del total, teniendo una especial incidencia las transferencias procedentes de la Administración del Estado, que suponen en torno al 90 % del total, seguidas muy de lejos por las de las Comunidades Autónomas con un 9 %.

También es interesante referirse a los datos sobre estabilidad presupuestaria de las Diputaciones provinciales. Así, de los datos comparados se desprende que estas, en su conjunto, son también una Administración equilibrada presupuestariamente, con recursos suficientes para hacer frente a sus gastos, con un diferencial de +3 puntos. No obstante lo anterior, si confrontamos entre sí las operaciones corrientes de ingresos con las de gastos nos dará unos resultados distintos. Así, el diferencial total entre ingresos y gastos durante el período estudiado fue, en total, de +33 puntos. Pero si además en los gastos incluimos el Capítulo 9, de pasivos financieros, el diferencial estaría en +17 puntos, con lo que también se constata que las Diputaciones tienen recursos propios no sólo para hacer frente a sus gastos corrientes sino también a su deuda. Por lo que queda claro que, en definitiva, las dificultades de financiación vienen siempre, como en el caso de los Ayuntamientos, por la prestación de servicios ajenos sin que haya una corresponsabilidad ni en la financiación ni en el compromiso de pago por parte de las otras Administraciones intervinientes, fundamentalmente, las Comunidades Autónomas.

Si descendemos al dato por provincias, hubo 9 Diputaciones que no tuvieron grandes diferencias entre los recursos per cápita destinados a servicios públicos básicos y los destinados a gastos generales, en unos casos unas por encima un área de gasto sobre la otra y en otros al contrario, pero siempre en unas ratios muy similares entre ellas, siendo estas las de: Alicante, Cádiz, Castellón, Granada, Guadalajara, Jaén, Lugo, Valencia y Zamora. Por otra parte 7 Diputaciones actuaron más acordes con lo que debería ser su comportamiento y le dedicaron un mayor porcentaje de recursos a los servicios públicos básicos que a los gastos generales, siendo estas las de: Girona, León, Ourense, Palencia, Soria, Toledo y Zaragoza. Todas las demás lo hicieron a la inversa, destinaron un mayor porcentaje de gasto a las actuaciones de carácter general que a los servicios públicos básicos.

4.2. Las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes

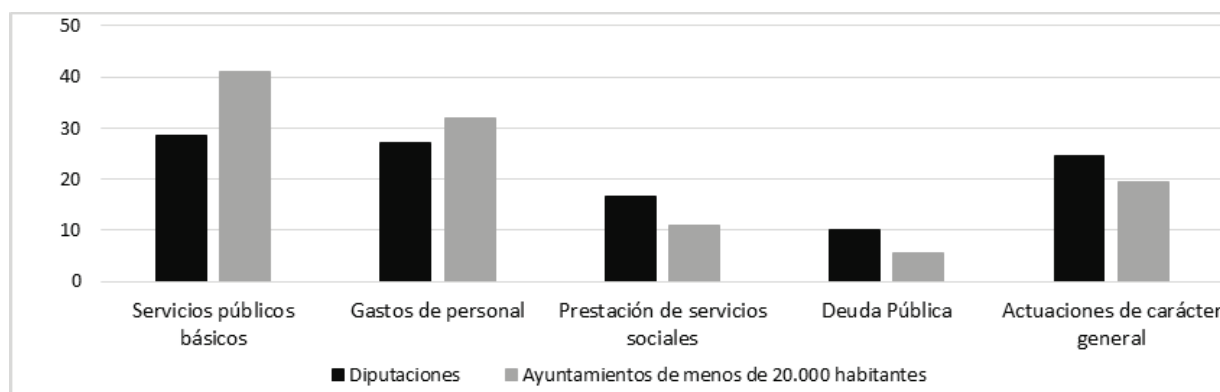
Una frase manida es la de que «mientras haya Ayuntamientos pequeños habrá Diputaciones», y la cuestión está en determinar cuáles son esos Ayuntamientos pequeños y parece haberse instalado la idea de que son los de menos de 20.000 habitantes, a pesar de ser el 95 % del total de los municipios españoles, por lo que no sólo es que sean los más pequeños sino que además son la inmensa mayoría, porque España no es un país de ciudades sino de pueblos y villas.

Precisamente esa barrera de los 20.000 habitantes ha quedado consagrada con la LRSAL al establecer, en su artículo 26,2, la coordinación por parte de las Diputaciones provinciales de determinados servicios básicos a esos Ayuntamientos. Pues bien, creo que resultará clarificador la comparación de las cuentas presentadas por los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes con respecto a las de las Diputaciones, aunque no teniendo las cifras de éstas referidas a su actuación con esos municipios se han tomado en consideración la totalidad de sus cuentas, promediadas por el período estudiado.

Si nos fijamos en las áreas de gasto resulta que lo destinado a la prestación de servicios públicos básicos por las Diputaciones es tan sólo el 17 % de lo que hicieron los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, y si nos fijamos en su peso específico sobre el total de gastos, en el caso de las Diputaciones supusieron el 28,5 % mientras que en los Ayuntamientos fue del 41 %, es decir, hay un diferencial a favor

de estos últimos de 12,5 puntos, sin embargo sí hay una mayor prestación de servicios sociales por parte de las Diputaciones que por parte de los Ayuntamientos, así en aquellas supusieron el 16,5 % del total de sus gastos mientras que en estos se quedaron en el 11 %. Por su parte, al pago de deuda pública las Corporaciones provinciales destinaron casi el 10 % de sus gastos mientras que los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes destinaron el 5,5 %, es decir, casi la mitad. En los gastos de personal la cuestión se invierte, lógicamente ya que son muchos más los Ayuntamientos que las Diputaciones, siendo el resultado en favor de estas, que dedicaron el 27 % del total, de 5 puntos porcentuales menos con respecto a aquellos, que destinaron el 32 %.

GRÁFICO 7: COMPARATIVA DEL PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL DE GASTOS DE LAS ÁREAS MÁS SIGNIFICATIVAS



Fuente: elaboración propia

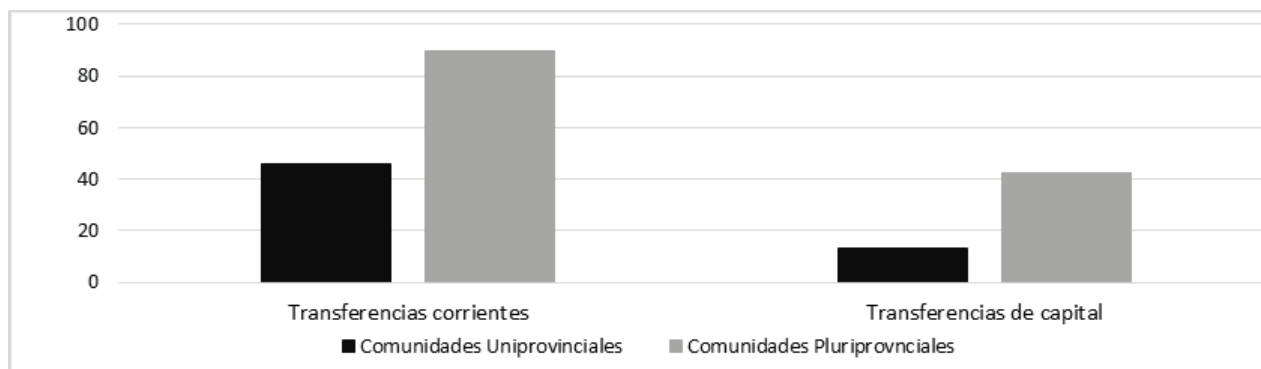
4.3. Las Comunidades uniprovinciales

No todo el gasto que queda indicado en este punto referido a las Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares es el total de gasto que podríamos denominar «provincial» ya que faltaría por computar el realizado por las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en las que no existen Diputaciones, lo que supone, entre otras cosas, carecer de un órgano de gobierno provincial perteneciente a la Administración Local, porque la Comunidad Autónoma no lo es, ni siquiera se le parece. Su organización y comportamiento recuerda más a la Administración del Estado que a la Local, que tiene sus propias características, absolutamente diferentes de estas otras dos.

De los datos resultantes de las liquidaciones presupuestarias de las Comunidades Autónomas, publicadas en la web del Ministerio de Hacienda y Función Pública durante el período estudiado lo primero que debe acreditarse es si efectivamente las Comunidades uniprovinciales suplen en la práctica a las Diputaciones. Pues bien, si nos fijamos en las transferencias efectuadas a sus entidades locales veremos que, en términos per cápita, las de las uniprovinciales están muy lejos de las realizadas por las pluriprovinciales. De hecho en estas suponen una media de 132 euros por habitante frente a los 59 de las uniprovinciales, es decir, éstas están un 44,7 % por debajo de aquellas, cuando parecería que debería ser al revés al tener que incluir en sus presupuestos las que se supone que deberían ser en lugar de las que en las otras Comunidades realizan las Diputaciones. Si descendemos al detalle de estas transferencias vemos que las que realmente indican el compromiso de las Comunidades con la financiación de sus municipios, que son las corrientes, por tanto no finalistas y destinadas a los gastos de funcionamiento y prestación de servicios propios, estas ascienden en las uniprovinciales a 46 euros por habitante frente a los 89,5 de las pluriprovinciales. Y si ponemos el acento en las de capital, por tanto finalistas y que van más a favor de las inversiones y desarrollo de sus entidades locales, aquí la cosa empeora ya que las Comunidades uniprovinciales destinan 13 euros per cápita frente a los 42,5 de las pluriprovinciales.

Con todo lo anterior tenemos una conclusión clara, como es la gran diferencia en el comportamiento de las Comunidades pluriprovinciales y la organización provincial existente en las mismas con el de las uniprovinciales en relación con sus respectivos Ayuntamientos, que parece dejar claro que la supresión de las Diputaciones en éstas supone en la práctica la anulación del comportamiento que le correspondería a esas Corporaciones provinciales, precisamente por lo que ya se ha indicado y es que las Comunidades Autónomas no son Administración Local, y estos datos lo acreditan absolutamente.

GRÁFICO 8: COMPARATIVA DE LAS TRANSFERENCIAS ENTRE COMUNIDADES UNIPROVINCIALES Y PLURIPROVINCIALES



Fuente: elaboración propia

5. OTRAS FIGURAS ASOCIATIVAS MUNICIPALES

Está claro que la mayor figura asociativa municipal que existe en nuestra Administración Local es la de las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes, a la cual se ha dedicado el punto anterior, pero hay otras figuras que siempre se suelen citar cuando se plantea la necesidad de reformar la planta local, y en contraposición a la figura de la fusión de Ayuntamientos como solución al actual minifundismo municipal, como son las Mancomunidades, las Comarcas y, en menor medida, las Áreas Metropolitanas.

5.1. Mancomunidades

La siguiente figura asociativa con mayor presencia en el sector público local, por detrás de las Diputaciones, son las Mancomunidades, aunque a mucha diferencia de aquellas, y que últimamente han estado muy en boga como consecuencia de las cada vez más insistentes propuestas de fusiones municipales a las que se oponen la inmensa mayoría de nuestros políticos locales, amparándose, como alternativa, en las distintas fórmulas de cooperación intermunicipal, y destacando sobre todas a las Mancomunidades. Pero ¿esto es un argumento en serio o simplemente una excusa para evitar tratar sobre las fusiones?

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública existen un total de 998 Mancomunidades, aunque, como en el resto de este trabajo y por los motivos que ya han quedado indicados, si no tenemos en cuenta los datos referidos tanto al País Vasco como a Navarra el número de Mancomunidades registradas es redondo: 900, sin embargo en 2015 sólo habían enviado sus cuentas al Ministerio de Hacienda y Función Pública 534 Mancomunidades, es decir el 59,3 % del total. Pues bien, con estos datos parece que la respuesta a la anterior pregunta es fácil: no parece muy creíble que la solución a los problemas de los pequeños Ayuntamientos sea la propuesta de acudir a las Mancomunidades cuando hasta ahora no se ha hecho, pues no solamente suponen una parte muy pequeña del gasto del sector público local sino que casi la mitad ni siquiera presentan sus cuentas, seguramente porque muchas de ellas no tienen actividad.

Resulta muy clarificador hacer un pequeño repaso por el tipo de Mancomunidades de las que se tienen datos. Así, el 78 % están integradas por Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes, aunque también las hay de sólo 100, 200, 300 ó 500 habitantes y compuestas por tan sólo dos o tres municipios, lo cual no parece tener mucho sentido. Por el volumen de población un total de 32 Mancomunidades cuentan con menos de 1.000 habitantes. Pero si estos números los referimos no a la totalidad de Mancomunidades sino a aquellas que pueden tomarse como referencia de los Ayuntamientos a los que les son de aplicación las medidas más cuestionables de la LRSAL, el resultado de las que no sobrepasan los 6.000 habitantes son 6 de cada 10, y parece razonable que si pueden prestar sus servicios como Mancomunidades también lo podrían hacer como Ayuntamientos, por lo que parece que precisamente la situación actual de estas, su dimensión y comportamiento en cuanto a sus obligaciones formales de rendición de cuentas, aconsejaría su disolución y conversión en Ayuntamientos fusionados.

Dicho todo lo anterior, voy a entrar en la actuación real de las Mancomunidades según los datos facilitados al Ministerio de Hacienda y Función Pública. Así, tanto de la Disposición transitoria undécima de la LRSAL como del estudio de los Estatutos de la generalidad de las mismas, se desprende que sus fines o servicios repercuten en todas las áreas de gasto que componen la estructura de los presupuestos de las entidades locales, aunque con muy distintos porcentajes. Así, el 54 % del total se destinó a la prestación de servicios públicos básicos, que son el grueso de los que realizan estas entidades, seguidos, ya muy de lejos, de los de protección y promoción social, con un 17 %, ocupando los gastos generales una destacada tercera posición, con un 15 %, muy cerca de los anteriores.

5.2. Comarcas

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en España existen 81 Comarcas, 32 de ellas en Aragón, 1 en Castilla y León, 41 en Cataluña y 7 en el País Vasco, que según los datos que facilitaron el mayor volumen de gasto es el referido a la prestación de servicios públicos básicos con un 28 %, seguido muy de cerca de la producción de bienes de carácter preferente con un 27,5 %, llegando los gastos generales hasta el 18 %.

5.3. Áreas Metropolitanas

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en España existen tres Áreas Metropolitanas, 1 en Cataluña, la de Barcelona que comprende 36 Ayuntamientos, y 2 en la Comunidad Valenciana, la de tratamiento de residuos que comprende 45 Ayuntamientos, y la de servicios hidráulicos que comprende 51, entre los que se incluyen todos los de la otra área, ambas en la provincia de Valencia, y que según los datos facilitados el mayor volumen de gasto es el referido a la prestación de servicios públicos básicos, como no podía ser de otra manera según los fines a que se dedican, representado un 66,75 % de su gasto total, seguidos de las actuaciones de carácter económico con un 23 %, mientras que los gastos generales supusieron tan sólo un 9 %.

Cada una de estas fórmulas pueden seguir teniendo su vigencia, con independencia de que haya una redimensión de la planta local, pero con conceptos y definiciones distintas, suprimiendo aquellas que, sobre todo en el caso de las Mancomunidades, realmente están funcionando ya casi como si fueran Ayuntamientos fusionados, o, incluso también aquellas comarcas que, en realidad, no suponen otra cosa que un órgano intermedio más en el entramado local sin aportar ningún plus sobre la nueva concepción municipal propuesta. Por su parte creo que la figura del área metropolitana puede resultar muy interesante, sobre todo para aquellos municipios que se encuentren en el ámbito de influencia de las ciudades, pero, al igual que sucede con las Diputaciones, con una definición distinta a la actual.

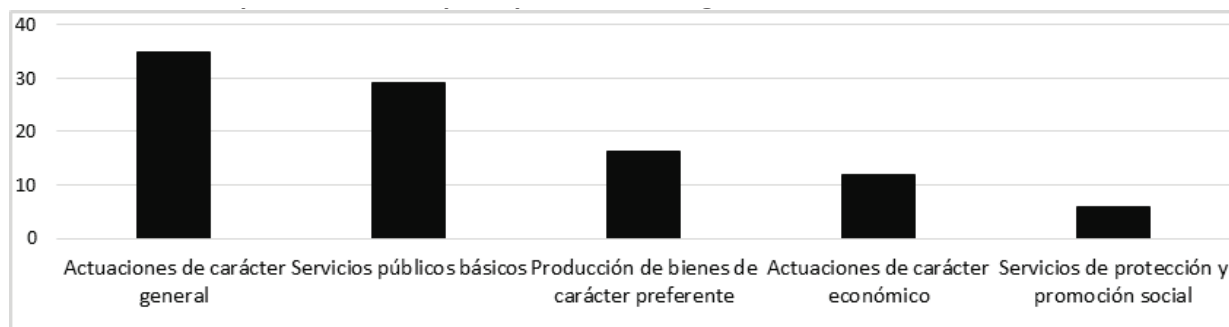
6. ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO

Esta figura, con mayor o menor incidencia, la hay en casi todas las Comunidades Autónomas y de lo que se trata es de determinar la influencia de las mismas en el total del sector público local y si tiene sentido su existencia hoy en día, sobre todo teniendo en cuenta que la LRSAL no apuesta decididamente por su continuidad.

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, existen un total de 3.714 Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio, aunque, como en el resto de este trabajo, si no tenemos en cuenta los datos referidos tanto al País Vasco como a Navarra, el número de las registradas es de 3.036.

Del estudio de su comportamiento, de los datos presentados podemos ver que el mayor volumen de gasto se refiere a las actuaciones de carácter general, concretamente el 34,88 %. En cuanto a los gastos productivos o referidos a sus fines, el mayor porcentaje, un 29 % sobre el total, se lo lleva la prestación de servicios públicos básicos, seguidos de la producción de bienes de carácter preferente con un 16,3 %, y de las actuaciones de carácter económico con un 12 %, fundamentalmente por el gasto en infraestructuras. Mientras que otra de las pruebas de que no se trata de verdaderas Administraciones públicas es que a la prestación de servicios tan importantes para la población como son los servicios sociales sólo le dedican el 5,85 % de su gasto total.

GRÁFICO 9: COMPARATIVAS DE LAS PRINCIPALES ÁREAS DE GASTO DE LAS ENTIDADES LOCALES MENORES



Fuente: elaboración propia

Del comportamiento de estas Entidades manifiesto mi convencimiento de que no deberían existir tal y como las conocemos. ¿Deberían, entonces, desaparecer y ser absorbidas por sus respectivos Ayuntamientos?, pues no necesariamente, pero sí creo que deberían dejar de ser entidades locales, y por lo tanto de derecho público, ya que no son verdaderas Administraciones, y pasar a regirse bajo otras fórmulas asociativas pero de derecho privado que les permita una mayor agilidad en sus procedimientos, seguramente mejor gestión de sus fines y, en cualquier caso, muchos menos gastos generales. En este sentido se puede traer a colación el caso de Galicia donde, aun teniendo la mitad de las entidades de población de toda España, sin embargo sólo cuenta con 7 entidades locales menores, funcionando el resto bajo el paraguas de «comunidades de montes» o «asociaciones de vecinos», etc.

7. CONCLUSIONES

- I. Los Ayuntamientos representan el nivel jurisdiccional de administración y gobierno más cercano a los ciudadanos. Sus competencias responden al modelo teórico del federalismo fiscal y desempeñan un papel vital para el correcto funcionamiento de algunos de los servicios públicos básicos, como seguridad ciudadana, transporte, recogida y tratamiento de residuos, actividad deportiva, etc. Y, como se ha señalado, a medida que aumentan su tamaño se amplía la lista de servicios que prestan.

De los datos que quedan expuestos en este estudio comprobamos que hay unas constantes que se repiten. Así podemos ver la existencia de dos líneas claramente ascendentes en sentido opuesto a la evolución de la población, como son los costes unitarios en la prestación de la globalidad de los servicios públicos locales que se van incrementando a medida que baja el número de habitantes de cada Ayuntamiento, así como los gastos generales, comprensivos de gasto corriente y de funcionamiento y por lo tanto improductivo, que igualmente se incrementa porcentualmente según desciende el tramo poblacional. Por otra parte, también existe otra línea que, al contrario de las anteriores, es claramente descendente, como es la referida al porcentaje de gasto que repercute en la prestación de servicios públicos básicos de forma que a menor población menores recursos para la prestación de estos servicios y viceversa.

Los pequeños Ayuntamientos repercuten mayor cantidad de dinero per cápita según disminuye su población que, finalmente, va a parar en gran medida a las actuaciones de carácter general cuando no son las que mejoran la calidad de vida de los ciudadanos, disminuyendo lo destinado a la prestación de servicios, siendo estos no sólo de peor calidad según vamos descendiendo en tramos de población sino que incluso llegan a ser prestados en precario. Pero no solamente este área de gasto se ve afectada sino también la destinada a servicios tan sensibles como los servicios sociales, con lo que esto supone de abandono de esa población, sobre todo en este tipo de municipios en los que la mayoría es de edad avanzada y con necesidades que deberían ser satisfechas prioritariamente a través de estos servicios sociales, provocando que haya un traslado hacia otros más grandes, con mayores oportunidades, no tanto de trabajo sino de atenciones, y para las que generalmente es necesario estar empadronado en el Ayuntamiento prestador. Si no retenemos esto y no nos damos cuenta de esta realidad, estaremos condenando a aquellos vecinos que no pueden, o no quieren, trasladar su residencia, a la supervivencia a cambio de seguir manteniendo las actuales estructuras municipales.

- II. El tamaño mínimo de los Ayuntamientos debería estar, a mi juicio, entre los 5.000 y 7.000 habitantes, con las excepciones que la orografía, distancias y otros hándicaps nos exijan aunque no deberían de bajar de los 4.000 habitantes, y procurando superar esos 5.000 para obtener el incremento de un 17 % en la participación en los ingresos del Estado por aplicación del artículo 124.1.a) de la LRHL, al que habría que sumar un 10 % adicional previsto para las fusiones municipales en el artículo 13.4.a) de la LBRL introducido por la LRSAL. De los datos manejados se desprende que los Ayuntamientos que se encuentran en aquella horquilla mejoran todos los datos comparativos con los más pequeños. Así con una aportación per cápita similar a la de otros más grandes y a su vez inferior a la que sufren actualmente los habitantes de los pequeños Ayuntamientos, recibirían a cambio una mayor y mejor prestación no sólo de los servicios públicos básicos sino también de los servicios sociales, consiguiendo a la vez un importante ahorro en gasto improductivo. No olvidando que las repercusiones económicas que traería la fusión para la creación de este tipo de Ayuntamientos se refieren tanto al ahorro y al aumento de la participación en los impuestos del Estado como a la preferencia en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia durante, al menos, los cinco primeros años siguientes a la fusión.

La repercusión concreta de este aumento de recursos en la prestación de servicios públicos locales, aumentando unos y ampliando y mejorando la prestación de otros, supondría su homologación con los que prestan los que están en tramos de mayor población, desterrando la actual precariedad en la prestación de la mayoría de los servicios básicos y haciendo justicia social en cuanto a la redistribución de los recursos públicos. También se estarían generando otros ingresos vía tasas y precios públicos por la utilización de los servicios que ahora o no se obtienen ante su inexistencia o son absolutamente insuficientes y deficitarias ante la precariedad en su prestación. Con todo esto conseguiríamos que los nuevos Ayuntamientos tuvieran una mayor capacidad económica y financiera y por lo tanto estuvieran en mejores condiciones para poder acudir incluso, si así lo necesitan, a líneas de crédito y empréstito sin que con ello se ponga en riesgo su estabilidad presupuestaria.

De lo que se trata, por tanto, con la fusión de Ayuntamientos no es de otra cosa que poner al servicio de los ciudadanos unas instituciones que sirvan con eficacia y eficiencia las necesidades y exigencias que tienen en pleno Siglo XXI sin perder su naturaleza e idiosincrasia pero adaptándolas de forma que la mayor parte de los recursos públicos que manejan vayan a su redistribución en forma de prestación de servicios y a la reducción del volumen de gasto que acaba en las actuaciones de carácter general, consiguiendo con esto mejorar y aumentar el nivel de vida de sus vecinos, con mayor equidad y equiparación con el resto de Ayuntamientos, sin la brecha que existe actualmente ya no sólo entre los grandes sino también entre los medianos y los pequeños, y de paso equipararlos a la mayoría de países europeos de nuestro entorno, que ya hicieron este proceso a mediados del Siglo pasado.

- III. Una figura importantísima en el mundo local es la de las Diputaciones provinciales, pero no tal y como las conocemos hoy, donde es generalmente percibido, y así queda acreditado en el presente estudio, su sobredimensionamiento en relación con las funciones que tienen encomendadas y con las que efectivamente realizan, lo cual debería ser corregido si realmente se pretende que sean el eje alrededor del cual se han de mover el 95 % de los Ayuntamientos, que son los de menos de 20.000 habitantes. Pero curiosamente la LRSAL, que diseña este nuevo papel, no contempla ninguna medida correctora para que las Diputaciones puedan realizarlo con un mínimo de garantía en la calidad e intensidad de prestación de los servicios públicos. Y sin embargo son unos instrumentos que, convenientemente redefinidos, podrían ser tremendamente útiles.
- IV. En definitiva, con la fusión de Ayuntamientos, como consecuencia del aumento y/o mejora de los servicios públicos a recibir, habría un mayor asentamiento de la población en el rural, pues ya no sería necesario irse a vivir a otros núcleos mayores cuando no es por cuestiones laborales, con lo que habría un mayor ahorro familiar, o cuando menos mayor disposición de fondos, con las ventajas evidentes que esto trae consigo, poniendo en valor a los pueblos, ya que por supuesto que no desaparecerían sino que tan sólo se trasladaría la sede de toma de decisiones, es decir, la ubicación concreta de su gobierno municipal, pero a una distancia que les será familiar, y por lo tanto cercana.

8. PROPUESTAS

Son cuatro las propuestas que se plantean, referidas todas ellas a grandes áreas con un calado social, económico, institucional y de desarrollo muy importante.

PROPUESTA 1: La fusión de Ayuntamientos

Como no podía ser de otra manera la propuesta principal que se formula es la fusión de Ayuntamientos, lo cual no es novedoso. Ya en 1990 el Comité de las Regiones de la Unión Europea advertía en un informe, al referirse a la situación de España, que: *«es responsabilidad primaria de las Comunidades Autónomas la política de fomentar fusiones o agrupaciones de municipios, o incluso reordenar coactivamente el mapa municipal; pero hasta ahora se limitaron a estimular tímidamente la constitución de mancomunidades de asociación voluntaria»*.

En este estudio se propone la fusión de los pequeños Ayuntamientos para convertirlos en unas nuevas organizaciones que se sitúen, como mínimo, entre los 5.000 y los 7.000 habitantes, e incluso superiores donde sea posible, y excepcionalmente también inferiores cuando la orografía u otras circunstancias así lo aconsejen, aunque no deberían bajar de los 4.000 habitantes, mediante la agrupación bajo un mismo municipio de todos aquellos que se encuentren en unas isócronas de tiempo de entre 15 ó 20 minutos con respecto a la capitalidad que se establezca.

Lo primero que habrá que hacer es elaborar un mapa de servicios municipales en el que consten los que presta cada uno de los Ayuntamientos, porque al día de hoy no se sabe a ciencia cierta qué servicios prestan, la prueba es que la LRSAL mantiene el mismo catálogo de servicios mínimos por tramos de población que el hasta ahora vigente, cuando no son comparables los Ayuntamientos de 5.000 habitantes de 1985, año de entrada en vigor la LBRL, con los de ahora. Es decir, esa regulación mantiene, y a la baja, el actual sistema competencial de cuando España no era ni parecida a lo que es hoy o lo que pretende ser en el futuro, olvidando que la LBRL supuso entonces el reto de prestar más servicios de los que se daban mientras que mantener ese pírrico catálogo hoy es desconocer el nivel actual de los servicios municipales, cuando deberían haberse estableciendo nuevos retos de cara al futuro como garantía de mejora de la calidad de vida de la población.

Simultáneamente debería elaborarse un mapa de planta en el que se delimiten los ámbitos territoriales para la prestación de los servicios según el criterio de tiempo expuesto anteriormente. Para esto habría que tomar como base las cabeceras de comarca y, aplicando esa ratio de tiempo, establecer el nuevo término municipal. Una vez hecho esto quedarán núcleos fuera de estas nuevas delimitaciones para los cuales habrá que determinar la capitalidad municipal en función de aquel o aquellos de mayor población o del que ya cuente con mayor número de servicios.

Elaborados ambos mapas debemos superponerlos de forma que comprobaremos cuántos servicios se están duplicando innecesaria e injustificadamente dentro de un mismo ámbito territorial y con ello establecer los mecanismos adecuados de corrección de estas situaciones, de manera que se concentren esfuerzos y se optimicen recursos para poder dotar a todos los que se incluyen en el mismo de un mayor número de servicios o una mejora de los existentes sin aumento de la presión fiscal. Con ello tendremos claros cuáles son los servicios que deben prestarse homogéneamente en todos los ámbitos territoriales de similares características.

Constituidos esos ámbitos territoriales será de cuenta de la Oficina autonómica a que se refiere la 2.^a propuesta de este estudio el establecer los tiempos en cada caso, vista la realidad física, social, económica, etc., de cada una de las fusiones a llevar a cabo, y por lo tanto la duración mayor o menor del período transitorio en que deben operar dichos ámbitos, pues la realidad no es homogénea y no admite reglas únicas y generales.

Resulta interesante traer a colación alguna de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas incluidas en su Informe 931/2011 y que ha venido reiterado en relación con la organización y configuración del sector público local: *«la racionalización y la evolución del sector local hacia un modelo más eficaz y eficiente para el desempeño de las competencias que el ordenamiento jurídico otorga a las entidades locales, pasa por el estudio y diseño de un mapa local acorde a las necesidades demográficas, económicas y sociales actuales y orientado a formas más lógicas de prestación de servicios a los ciudadanos, eliminando y evitando, en lo posible, tanto la duplicidad de actuaciones y solapamiento de competencias no sólo entre distintas entidades locales sino entre distintas administraciones públicas en especial, así como la persistente presencia de entidades que no prestan ningún servicio o que carecen de actividad y promoviendo, en su caso, fórmulas de agrupación de entidades para una mayor economía, eficacia y eficiencia en la prestación de servicios»*.

Es difícil a priori dar una cifra de cuál debería ser el número ideal de municipios en España, y esta habrá de determinarse por cada Comunidad Autónoma a través de la Oficina a que se refiere la siguiente propuesta según un riguroso estudio sobre el terreno, pero en una primera aproximación teórica, una vez estudiada la

división comarcal de cada provincia española, con excepción de Baleares y Canarias por razones de insularidad y del País Vasco y Navarra por las repetidamente expuestas, la agrupación de los municipios con menos de 5.000 habitantes para crear otros nuevos en torno a ese nivel poblacional, así como relacionándolos con sus respectivas cabeceras de comarca y núcleos afines cercanos, nos daría la transformación de la actual planta local de los actuales 7.445 Ayuntamientos existentes en España, sin contar las Comunidades citadas, a unos 2.500, es decir, en torno a 5.000 municipios menos, pasando de una media, sin tener en cuenta a los de más de 50.000 habitantes para evitar distorsiones, de los 2.616 vecinos actuales por Ayuntamiento a tres veces más, 8.670 habitantes, siendo esta una cifra homologable a la de nuestros socios europeos.

PROPUESTA 2: Creación de una oficina autonómica de fusiones

Es primordial la creación de una oficina técnica, y recalco éste adjetivo, que se encargue del estudio, programación, promoción y propuesta de las fusiones que realmente se necesitan. Esta oficina tendría la responsabilidad de llevar a cabo las tareas señaladas en la 1.ª propuesta de éste estudio con el objetivo de evitar que se planteen solamente por cuestiones de empatía y con un goteo que no supone ninguna solución general. Esta oficina coordinaría con los Ayuntamientos afectados el período transitorio en que debe operar cada uno de los ámbitos territoriales allí referidos hasta la completa culminación del proceso y, consecuentemente, la aprobación de la creación del nuevo Ayuntamiento resultante de la fusión. Igualmente, sería la encargada de conseguir la financiación para los gastos que se van a ocasionar: unificación de planeamientos urbanísticos, coordinación en la gestión de los servicios, obras en edificios para albergar los nuevos servicios y oficinas centrales, etc. Aunque esto suponga que unos lleven más que otros, porque la igualdad no consiste en tratar a todos de la misma manera sino de forma diferente a las situaciones distintas, para que al final se encuentren en la misma posición, es decir, en iniciar la andadura de esos Ayuntamientos fusionados como si realmente fuesen nuevos, sin hipotecas ni gravámenes, y por lo tanto pudiendo prestar desde el principio los servicios que sus vecinos reclaman y que actualmente no pueden ver satisfechos por la pequeña dimensión de su municipio.

PROPUESTA 3: Modificación de las Diputaciones Provinciales

Una cuestión que se ha planteado como objeción a las propuestas de fusiones de Ayuntamientos son las reservas de algunos sobre la posibilidad de que éstas supongan una minoración en la representatividad de los miembros de las Corporaciones Locales y, por lo tanto, una pérdida en la calidad democrática de los nuevos Ayuntamientos, argumentación que se cae por su propio peso. Por una parte está demostrado que la cercanía excesiva de los representantes municipales no es directamente proporcional a una mayor eficiencia y calidad democrática, sino que puede llegar a ser todo lo contrario. La presión a la que se encuentran sometidas las autoridades locales por esa cercanía hace que no siempre adopten correctamente las decisiones que debieran. Por otra parte este argumento supondría que la propia aplicación del artículo 179 de la LOREG, que establece la distribución del número de concejales según el número de habitantes, haría que a mayor población menor calidad democrática al ser menos representativos los miembros de los Ayuntamientos según va aumentado su población. Según los últimos datos del Instituto Nacional de Estadística en España hay 1.271 Ayuntamientos con menos de 100 habitantes que agrupan a 73.443 habitantes y para gobernarlos ejercen 3.813 concejales, suponiendo que de cada 19 habitantes de estos «microayuntamientos» 1 es concejal. Y podemos seguir dando datos de una planta municipal absolutamente anacrónica, ya que 1 de cada 3 municipios españoles tiene menos de 250 habitantes en los que se encuentra el 17 % de todos los concejales, 1 por cada 28 habitantes. Con la propuesta que se formula habría una reducción aproximada del 58 % del total de concejales, siendo la mayor en el número de Alcaldías, unas 5.000.

Este tema enlaza con la propuesta de modificación de las Diputaciones provinciales, siendo necesario adaptar su composición política, pues no parece lógico que sigan teniendo una representación de segundo grado o indirecta, a través de representantes que no han sido elegidos directamente por los ciudadanos sino por concejales electos y entre ellos. Sin embargo, con la reducción de Ayuntamientos tras un proceso ordenado de fusiones, el Pleno Provincial debería estar formado por todos los Alcaldes, convirtiéndose así en una verdadera entidad de representación, y por lo tanto también de Gobierno Provincial, pudiendo, incluso, participar con mayor legitimidad en otros foros tanto para las relaciones con la Comunidad Autónoma respectiva, como en reuniones sectoriales o con el Estado.

Además de la representación, con la conveniente redefinición, las Diputaciones provinciales se convertirían en organismos extraordinariamente útiles para la prestación de determinados servicios como es el caso, por ejemplo, de la recogida de basuras y tratamiento de residuos, el ciclo completo del agua, la prestación del servicio de oficina de supervisión de proyectos o, incluso, la centralización en determinados suministros, como el de energía eléctrica, telefónico y otros o instaurar una central de compras, de forma que en todos ellos se generaría un importante ahorro, mucho mayor que el que se puede conseguir a través de las actuales figuras asociativas intermunicipales. Además, las Diputaciones pondrían a disposición de los Ayuntamientos los medios técnicos y humanos para optimizar las posibilidades de financiación europea o de otra índole, para determinados proyectos o la infraestructura necesaria para la puesta en común entre varios de determinadas iniciativas.

PROPUESTA 4: Reforma de la financiación local

Con independencia de cuándo se abra el debate sobre el redimensionamiento de la planta local lo que es urgente e inaplazable es iniciar el de la financiación municipal. Esto no solo debe suponer una nueva Ley que la regule, una vez superada la de las Haciendas Locales que nunca fue una auténtica legislación sobre financiación local, sino también de modificación de los actuales comportamientos interadministrativos en ésta materia. No se puede seguir manteniendo la dependencia económica de los Ayuntamientos de un sistema pernicioso de subvenciones que los coloca en un plano de sometimiento con respecto a sus Comunidades Autónomas, se les da un trato impropio de una Administración pública, que es lo que son, recibiendo prácticamente el mismo que si fuesen meras «agrupaciones de vecinos», y además casi se les obliga a participar en la financiación y prestación de servicios netamente autonómicos, cuando estas actuaciones deberían estar presididas por el principio de colaboración y, por lo tanto, de corresponsabilidad en la asunción de los costes. Y desde luego, evitando el anticipo de fondos por parte de los Ayuntamientos, con lo que esto supone de merma en su tesorería, teniendo que acudir en muchas ocasiones a operaciones de endeudamiento, provocando a menudo la desatención de obligaciones propias del municipio. La fusión, y por lo tanto el aumento de entidad de los Ayuntamientos, les pondrá en una posición más ventajosa para poder negociar el cambio de status de esas colaboraciones.

Una de las preocupaciones más importantes de la LRSAL era la financiación de los servicios municipales distintos de los propios. De los datos que reflejan las correspondientes liquidaciones se desprende que, quienes deberían velar por la financiación de los Ayuntamientos, como son las Comunidades Autónomas, marcan una tendencia muy negativa, poniendo en primer lugar sus propias necesidades, aunque ello lleve a desatender las de los municipios de su territorio. De lo que debería tomarse buena nota a la hora de establecer el sistema de financiación local que se considere, teniendo en cuenta que debe favorecerse la autonomía municipal mediante el carácter no finalista de la mayor parte de las transferencias, establecer claramente los criterios y momento de las aportaciones de cada Administración territorial en las actuaciones conjuntas y blindar los ingresos de los Ayuntamientos frente a los vaivenes autonómicos.

9. REFLEXIÓN FINAL

España no es un país de ciudades sino de villas y pueblos, ya que el 95 % de los Municipios no llegan a 20.000 habitantes, el 60 % tienen menos de 1.000, el 47 % menos de 500 y el 14 % ni siquiera llegan a 100, y prácticamente en todos ellos los servicios que no preste el Ayuntamiento no lo hace ninguna otra Administración. Aquí no hay duplicidades pero sí servicios en precario o falta de ellos, porque el problema de nuestra Administración Local es su mapa de planta.

Nuestra legislación ha vivido de espaldas a la figura de la fusión y lo sigue haciendo a pesar de la LRSAL, ya que, aunque ésta introduce incentivos sin embargo el proceso sigue siendo voluntario, lo que decaerá previsiblemente en ineficaz, por una parte por su dilación en el tiempo y por otra porque las posibles uniones que haya lo serán por afinidad o empatía y no por principios de ordenación y racionalización, sobre los cuales tampoco introduce ningún elemento de fomento sino que estos son tan sólo de carácter económico.

Por otro lado están las fusiones obligatorias, y dentro de estas, las ordenadas y con un proceso transitorio para que no resulten traumáticas mediante el establecimiento previo de unos ámbitos territoriales para la prestación de servicios, que son las que se proponen en este estudio, porque considero que es la forma más «racional» de abordar el asunto para poder contar, realmente, con una Administración Local «sostenible».

Finalmente creo que es importante traer a colación aquí algunas de las declaraciones aprobadas en el XXXIV Congreso Mundial de la Unión Internacional de Autoridades Locales, celebrado en Barcelona el 24 de marzo de 1999, que reivindicó que *los Estados deben ir aceptando la mayor importancia de los gobiernos locales y regionales como agentes democráticos y económicos imprescindibles, en conjunto con otros sectores, y como hilo conductor del desarrollo sostenible de la economía y de la creación y revitalización de puestos de trabajo. Es obvio que los Estados no pueden dirigir y controlar de forma centralizada las ciudades y los pueblos del hoy y del mañana, tan complejos, integrados y en constante evolución. Sólo podrá hacerlo un gobierno descentralizado, que involucre al ciudadano y esté próximo al mismo.* Y yo añado: y para que esto pueda llevarse a la práctica es necesario contar con unos Ayuntamientos con la dimensión y estructura suficiente como para poder abordar los retos, no sólo que se les puedan plantear, sino que tienen ya planteados hoy en día encima de la mesa.

BIBLIOGRAFÍA

- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro. (2012). "Hacia la fusión no traumática de Ayuntamientos". <http://fusiondeayuntamientos.blogspot.com.es/>.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro. (2014). "La fusión de Ayuntamientos en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", Revista *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, marzo de 2014.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro. (2014). "La fusión de Ayuntamientos, con especial referencia a Galicia", *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 47, enero-junio de 2014.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro. (2015). "Las fusiones de Ayuntamientos", capítulo 8 del libro colectivo *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. Coordinado por CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar. Wolters Kluwer, marzo de 2015.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro. (2015). "La planta municipal española. Los ámbitos territoriales para la prestación de servicios como paso previo a la fusión no traumática de Ayuntamientos", Revista *La Administración Práctica*, núm. 3, marzo de 2015.
- DE DIEGO GÓMEZ, Alejandro y VAQUERO GARCÍA, Alberto. (2016). "Redimensionamiento de la planta local. Retos frente al minifundismo de Galicia". Red Localis, Documento 5/2016, http://redlocalis.com/wp-content/uploads/2016/11/Documento_5_2016_redimensionamiento.pdf.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Censo de Población. <http://www.ine.es/nomen2/index.do>.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Oficina Virtual de las Entidades Locales. <http://serviciotelematicosext.minhap.gob.es/SGCAL/entidadeslocales/>.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Oficina Virtual de las Comunidades Autónomas. <http://serviciotelematicosext.minhap.gob.es/SGCAL/publicacionliquidacion.aspx/menulnicio.aspx>.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA. Registro de Entidades Locales. <http://ssweb.seap.minhap.es/REL/frontend/inicio/index>.
- CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen 567/2013*, de 24 de mayo, Madrid.
- CONSEJO DE ESTADO. *Dictamen 338/2014*, de 22 de mayo, Madrid.
- TRIBUNAL DE CUENTAS. *Informe de fiscalización 931/2011*, Madrid.



Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

Unconstitutional increases in value in the Capital Gains Tax on Urban Land

Fernando Casana Merino
Universidad de Córdoba
dp1camef@uco.es

RESUMEN

En los últimos meses tres Sentencias del Tribunal Constitucional han declarado inconstitucionales las normas que regulan la determinación de la base imponible del IIVTNU en Gipúzcoa, Álava y en todas las Comunidades Autónomas de régimen común. Este artículo analiza los antecedentes, el fundamento y las consecuencias de estas Sentencias, prestando especial atención a la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y sus efectos para los ayuntamientos y los contribuyentes de las Comunidades Autónomas de régimen común.

PALABRAS CLAVE

Tribunal Constitucional, Tributos, Tributos locales, Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

ABSTRACT

In recent months, three Sentences passed by Spain's Constitutional Court have deemed unconstitutional the regulations governing determination of the tax base for the Capital Gains Tax on Urban Land in Gipúzcoa, Álava and all the country's Autonomous Regions. This paper examines the background, rationale and consequences of these Sentences, focussing particularly on the ruling concerning the unconstitutional nature of several provisions contained in the Consolidated Text of the Law Regulating Local Public Finance and its repercussions for local councils and taxpayers in the Autonomous Regions.

KEYWORDS

Constitutional Court, Taxes, Local taxes, Tax on the increase in the value of the land.

SUMARIO

I. LA PROGRESIVA OBJETIVACIÓN EN EL CÁLCULO DE LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU. II. LOS SUPUESTOS EN QUE SE GRAVAN PLUSVALÍAS IRREALES O FICTICIAS Y SU CONFIGURACIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA. 1. EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS FICTICIAS COMO UNA PRESUNCIÓN ABSOLUTA O COMO UNA FICCIÓN JURÍDICA. 2. LOS EFECTOS QUE TIENE EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS FICTICIAS EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DEL IIVTNU: SU CONVERSIÓN EN UN TRIBUTO SOBRE LA RIQUEZA INMOBILIARIA 3. EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS FICTICIAS Y EL HECHO IMPONIBLE DEL IIVTNU: SI NO HAY INCREMENTO DE VALOR NO HAY HECHO IMPONIBLE Y ESTAMOS ANTE UN SUPUESTO DE NO SUJECIÓN. III. ELEMENTOS SOBRE LOS QUE DEBE ASENTARSE EL JUICIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS INMOBILIARIAS FICTICIAS. 1. RESULTA IMPRESCINDIBLE DISTINGUIR ENTRE RENTA

POTENCIAL Y RENTA FICTICIA. EL GRAVAMEN DE UNA RENTA POTENCIAL PUEDE SER INCONSTITUCIONAL SI RESULTA CONTRARIO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA. EL GRAVAMEN DE UNA RENTA FICTICIA VULNERA SIEMPRE EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA. 2. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA, ADEMÁS DE SER UN CRITERIO INSPIRADOR DEL SISTEMA TRIBUTARIO OPERA SINGULARMENTE RESPECTO DE CADA PERSONA. IV. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA CUANDO GRAVEN UNA CAPACIDAD ECONÓMICA FICTICIA. 1. LA PRIMERA ADVERTENCIA SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU: LA STC 221/1992. 2. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU CUANDO SU APLICACIÓN SUPONGA EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS FICTICIAS: LAS SSTC 26/2017, 37/2017 Y 59/2017. 3. LA PECULIAR FORMA DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU: SON INCONSTITUCIONALES PERO SOLO EN FUNCIÓN DEL RESULTADO DE SU APLICACIÓN. 4. LA IMPRESCINDIBLE MODIFICACIÓN DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES Y LA SOLUCIÓN DE LAS SITUACIONES GENERADAS POR LA INCONSTITUCIONALIDAD HASTA TANTO SE PRODUZCA LA MODIFICACIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. LA PROGRESIVA OBJETIVACIÓN EN EL CÁLCULO DE LA BASE IMPONIBLE DEL IIVTNU

La existencia de un tributo local sobre las plusvalías inmobiliarias data de 1919, fecha en la que mediante un Real Decreto de 13 de marzo se puso en vigor la Ley de Autorizaciones de 1917. Desde entonces, siempre ha existido un impuesto local sobre el incremento de valor de los terrenos urbanos, que primero recibió la denominación de Arbitrio de Plusvalías, y posteriormente, desde la Ley de Bases de Régimen Local de 1975, Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos (en adelante IIVT). Durante todo este tiempo el sistema de determinación de la base imponible no fue totalmente objetivo, sino que se basaba en la comparación de los valores del terreno al inicio y al final del período de cálculo de la plusvalía. Así, en la regulación inmediatamente anterior a la actual, que es la del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante TRRL), la base imponible se calculaba por la diferencia entre el valor corriente en venta del terreno al comenzar y al terminar el período de imposición.

El valor corriente en venta del terreno no era un concepto totalmente subjetivo, sino que se determinaba aplicando los tipos unitarios aprobados por cada ayuntamiento en función del aprovechamiento urbanístico del terreno en cuestión. Estos tipos unitarios de valor corriente en venta de los terrenos formaban unos índices de valoración que, teóricamente, debían ser aprobados cada tres años por cada ayuntamiento atendiendo a la situación concreta del terreno. No obstante, el componente objetivo que podían representar los valores administrativos plasmados en los índices de valoración era ponderado con la introducción de elementos subjetivos de valoración. Así, el art. 355.4 del TRRL permitía no gravar la parte de incremento de valor que era debido al esfuerzo del propietario, pues las mejoras realizadas en el terreno y las contribuciones especiales devengadas incrementaban el valor inicial del terreno. Además, para evitar que la desvalorización monetaria llevase al gravamen de plusvalías ficticias, el apartado 5 del citado art. 355.4 del TRRL autorizaba al Gobierno, «cuando razones de política económica así lo exijan», para adoptar correcciones monetarias sobre el valor de adquisición y, en su caso, sobre el de las contribuciones especiales y mejoras permanentes. En resumen, el sistema de cálculo de la base imponible del IIVT partía de valores administrativos similares al valor catastral, pero esos valores podían ser corregidos tanto por la Administración como por el contribuyente y, podían ser impugnados en el momento de su aprobación, que tenía una validez inicial de tres años.

Con la entrada en vigor, el 1 de enero de 1990, de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL), el Impuesto pasa a ser llamado Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU), y se instaura un sistema de valoración totalmente objetivo que no admite correcciones. La base imponible del terreno, el incremento de valor, se determina por la aplicación de un porcentaje al valor catastral del terreno en el momento del devengo, y ese porcentaje se fija en función de elementos que no tienen una relación directa con el incremento ganado por un terreno concreto, como el número de años de generación de la plusvalía o el número de habitantes del municipio. Además, la LRHL se asegura que la magnitud resultante de la aplicación de los porcentajes previstos en ella no pueda ser alterada por los ayuntamientos al revisar la declaración ni de oficio, ni en vía de recurso.

El art. 108 LRHL establecía que «la base imponible de este impuesto estará constituida por el incremento real del valor de los terrenos de naturaleza urbana...». Como quiera que el término «incremento real» parece que daba pie a que el contribuyente discutiese el resultado de la aplicación de las reglas legales cuando tenían como efecto el gravamen de plusvalías ficticias, la Ley 51/2002, de reforma de la LRHL, modifica el artículo 108, que queda redactado en los siguientes términos: «1. La base imponible de este impuesto estará constituida por el incremento de valor de los terrenos (...)». Desaparece, por tanto, el adjetivo «real» de la base imponible del IIVTNU y se da el paso definitivo para que puedan gravarse con pleno respaldo legal plusvalías irreales o ficticias. Esta es la definición de base imponible del IIVTNU que contiene el actual Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLRHL).

La regulación actual de la base imponible del IIVTNU, y que ha sido declarada inconstitucional, se asienta sobre dos pilares. En primer lugar, el incremento de valor solo puede determinarse mediante la aplicación de un porcentaje al valor del terreno en el momento del devengo. Este valor será el que tenga asignado el terreno en dicho momento a efectos del IBI. En segundo lugar, las competencias de gestión de los ayuntamientos se reducen a elegir entre el sistema de autoliquidación o el de liquidación administrativa. La comprobación de las declaraciones o autoliquidaciones presentadas no puede extenderse al cálculo del incremento o disminución de valor sufrido por el terreno, sino a si se han aplicado o no correctamente las normas que establece el TRLRHL para determinar la base imponible. Según dispone el art. 110.4 TRLRHL «los ayuntamientos quedan facultados para establecer el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo, que llevará consigo el ingreso de la cuota resultante de aquella dentro de los plazos previstos en el apartado 2 de este artículo. Respecto de dichas autoliquidaciones, el ayuntamiento correspondiente solo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas».

II. LOS SUPUESTOS EN QUE SE GRAVAN PLUSVALÍAS IRREALES O FICTICIAS Y SU CONFIGURACIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN JURÍDICO-TRIBUTARIA

1. El gravamen de plusvalías ficticias como una presunción absoluta o como una ficción jurídica

La aplicación de normas tributarias que afectan a los elementos esenciales del tributo de forma presuntiva o no expresa puede revestir distintas formas. El mecanismo presuntivo puede operar como consecuencia de la aplicación directa de una disposición legal o como resultado de la interpretación de una norma. En el primer caso se habla de presunciones legales y en el segundo de presunciones deductivas, que son aquellas realizadas por el intérprete y aplicador de la norma cuando existe un nexo causal entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir. El gravamen de plusvalías inmobiliarias ficticias resulta de la aplicación del TRLRHL por lo que, de ser una presunción, sería una presunción legal.

Las presunciones legales hacen referencia a hechos definidos en la norma, de cuya realización se deriva por ministerio de la ley, la consecuencia de entenderse producido un hecho diferente. Cuando la doctrina trata de las presunciones legales suele distinguir entre presunciones simples o *iuris tantum* y absolutas o *iuris et de iure*, según que admitan o no prueba en contrario. Las presunciones simples liberan de la carga de la prueba al favorecido por ellas y las presunciones absolutas impiden la prueba en contra del resultado de la presunción. Una figura muy cercana a la de las presunciones *iuris et de iure* es la de las ficciones. Tanto la presunción absoluta como la ficción excluyen la posibilidad de probar, pero mientras que la aplicación de una presunción no siempre tiene como resultado la validación jurídica de un hecho inexistente, la ficción conlleva la creación de una irrealidad. Puede decirse que las ficciones jurídicas producen el mismo efecto que las presunciones absolutas, pero además suponen el otorgamiento de validez jurídica a un hecho irreal. Como escribe el profesor ESEVERRI (1995), «la ficción jurídica parte como evidencia de la inexistencia de un hecho y a través de ella se crea una realidad jurídica –por ahí su denominación–, ya que la norma jurídica que la contempla basándose en un presupuesto falso o de difícil constatación lo sustituye por una realidad que, consecuentemente, hay que tomarla por una **realidad artificial no discutible**» (negrita en el original) (ESEVERRI MARTÍNEZ, 1995: 21).

Como escribe GUTIÉRREZ BENGOCHEA «la distinción [entre presunción y ficción] quizás hay que verla en el plano metajurídico, es decir si observamos o nos atenemos a un momento anterior a su plasmación legislativa.

En este caso el legislador al introducir la presunción tendrá que partir de la realidad de un hecho del que se infiere o se presume otro; sin embargo, la ficción nace de una irrealidad» (GUTIÉRREZ BENGOCHEA, 2012: 48).

Además de las diferencias ya citadas, en el aspecto procesal, la parte favorecida por una presunción puede dejar de utilizarla, pero en ningún caso puede dejar de aplicarse la ficción jurídica, pues es una norma de obligado cumplimiento. A pesar de estas diferencias que afectan a la naturaleza jurídica de ambas figuras, sus efectos son los mismos. La ficción y la presunción absoluta se sitúan extramuros de la institución de la prueba –excluyen la utilización de la prueba–, aunque la aplicación de la presunción no siempre concede validez jurídica a un hecho o situación artificial o irreal (realidad virtual). Puede decirse que tanto las ficciones como las presunciones absolutas impiden probar que la realidad es distinta a la que resulta de su aplicación, aunque no todas las presunciones absolutas tienen como resultado la validación jurídica de un hecho o situación que carece de existencia real, cosa que sí ocurre en las ficciones.

Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que la norma que regula el sistema de cálculo de la base imponible del IIVTNU produce los efectos de una ficción jurídica o de una presunción *iuris et de iure*. Así, expone ORÓN MORATALL que «al no haber una comparación entre los valores inicial y final siempre existirá incremento de valor, incremento que es presunto, surgiendo el problema de si esa presunción es *iuris tantum* y admite prueba en contrario, o es *iuris et de iure* y no la admite, problema que puede entenderse resuelto en el sentido de no admitir prueba en contrario desde el momento en que la Ley ya no se refiere al incremento real del valor» (ORÓN MORATALL, 2010: 733). Por lo que respecta a la jurisprudencia, entre otras, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de marzo de 1999 (núm. de recurso 1002/1995) (núm. de resolución 269/1999) expone en su FD Primero que la fijación de la base imponible se objetiva «mediante un método legal, presuntivo y simple, que no tiene en cuenta en modo alguno si tal plusvalía es la realmente producida en el caso concreto o no». Y en el mismo sentido la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de septiembre de 1999 (núm. de recurso 238/1997) (núm. de resolución 1184/1999) se refiere de forma expresa al término ficción, afirmando que «en este Impuesto –de clara naturaleza patrimonial y no relictiva– el incremento gravado es fruto de una ficción jurídica, pues resulta de unas reglas de valoración que fija la Ley y que, a salvo el supuesto excepcional antes señalado [de impugnación del valor catastral], impide cualquier acción del sujeto pasivo para demostrar que aquella magnitud no se corresponde con la que derive de aplicar los preceptos legales» (FD Cuarto). Y más recientemente la STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de marzo de 2002 (núm. de recurso 5/1997) (núm. de resolución 250/2002), en su FD Segundo después de exponer las distintas tesis utilizadas por los Tribunales Superiores de Justicia sobre la naturaleza de esta figura (presunción absoluta, ficción jurídica, presunción relativa o, mandato legal de carácter no presuntivo) manifiesta que la postura mantenida por la Sala es «que nos hallamos en presencia de una regla de valoración, cuya característica esencial estriba en que es la propia ley quien determina el valor de un determinado bien o derecho a los efectos de su cómputo en la base imponible»; ... añadiendo que «La esencial característica de este tipo de normas, es que contienen un mandato imperativo de inexcusable cumplimiento, mandato que, además, está desconectado de las reglas que pudieran operar a propósito de la prueba de los hechos». Aunque la citada STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de marzo de 2002 (núm. de recurso 5/1997) no lo diga expresamente, el resultado de las argumentaciones que contiene es que la determinación de la base imponible en el IIVTNU se realiza mediante una ficción, pues su aplicación conduce a gravar una magnitud a la que se llama incremento de valor que nada tiene que ver con el que realmente ha experimentado el inmueble.

2. Los efectos que tiene el gravamen de plusvalías ficticias en relación con la naturaleza del IIVTNU: su conversión en un tributo sobre la riqueza inmobiliaria

La consecuencia de que la norma que regula la base imponible en el IIVTNU no admite prueba en contrario no es solo que el IIVTNU grava incrementos de valor irreales, sino que desvirtúa la naturaleza de dicho tributo. Desde su creación en 1919, el Impuesto de Plusvalías, posteriormente llamado Arbitrio sobre el Incremento de Valor de los Terrenos e Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos siempre ha establecido un sistema de cálculo de la base imponible que permitía la comparación de los valores del terreno transmitido al principio y al final del período de generación de la plusvalía. En algunas épocas este sistema se objetivó en gran medida, utilizando los valores de adquisición y transmisión aprobados por los ayuntamientos en unas tablas oficiales a las que se llamaba índices de valoración, pero siempre se admitió

la posibilidad de probar que los valores administrativos no eran reales. La oportunidad de probar en contra de los valores oficiales desaparece con la LHL de 1988, que impide al obligado tributario demostrar que el incremento de valor no ha existido o ha sido distinto del que resulta de las normas legales, y se afianza como una ficción en 2002, cuando se suprime el término «incremento real» de la definición de la base imponible. La consecuencia del sistema de valoración del incremento de valor instaurado por la LHL y por el TRLHL es que durante más de treinta años se ha venido aplicando un impuesto que no grava las plusvalías inmobiliarias, sino la titularidad del bien cada cierto número de años. Lo reconoce la Dirección General de Tributos, que en la Consulta Vinculante V0153-14, de 23 de enero de 2014 deja bien claro que «La regla de determinación de la base imponible del IIVTNU establecida por el TRLRHL *no es una presunción ni una regla probatoria, sino una regla de valoración* que permite cuantificar la base imponible a través de un método objetivo [la cursiva es nuestra]. El impuesto no somete a tributación una plusvalía real, sino una plusvalía cuantificada de forma objetiva»¹. Para la Dirección General de Tributos no hay duda de que la regla de valoración de la base ni admite prueba en contrario ni es susceptible de no aplicación (lo que la convierte en una ficción jurídica), explicando a continuación la citada Consulta Vinculante V0153-14 que «el fundamento de este impuesto no es tanto gravar el incremento “real” provocado por el titular del terreno por diferencia entre unos precios de venta y compra, sino que trata de gravar el incremento de valor del terreno como consecuencia de la acción urbanística del propio municipio donde se encuentra (instalación o mejora de alumbrado público, aceras, mobiliario urbano, etc.)». A mi juicio, el fundamento del IIVTNU es el que señala la Dirección General de Tributos en la citada Consulta V0153-14, y ese fundamento entronca con el art. 47 CE, lo que ocurre es que la regulación actual no responde a ese fundamento constitucional. El sistema de valoración de la base no solo no grava el incremento de valor de los terrenos urbanos en el mercado, sino que tampoco grava la parte de incremento que se debe o puede deberse a la acción urbanística de los entes públicos. En definitiva, la base imponible del IIVTNU en su regulación actual es una magnitud que nada tiene que ver con el incremento o disminución en el valor de un terreno, que tampoco tiene que ver con el posible aumento de valor debido a la acción urbanística de los entes públicos, y que como el Impuesto se devenga periódicamente (lo cual no quiere decir que sea periódico) y se aplica sobre una parte del valor catastral, produce como efecto que el IIVTNU se ha convertido en un tributo sobre la riqueza inmobiliaria con similitudes en cuanto al objeto gravado con el Impuesto sobre el Patrimonio y con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

3. El gravamen de plusvalías ficticias y el hecho imponible del IIVTNU: si no hay incremento de valor no hay hecho imponible y estamos ante un supuesto de no sujeción

En lo que respecta a la determinación de la base imponible del IIVTNU, el TRLRHL no admite lugar a dudas: el terreno siempre estará sometido a gravamen aunque haya bajado de valor, y el ayuntamiento al liquidar o al comprobar la autoliquidación solo puede limitarse a constatar que se han aplicado correctamente los porcentajes que establece la Ley. A pesar de que la normativa es clara y no genera dudas, los excesos y absurdos a que conduce su aplicación han llevado a que una gran parte de la doctrina, apoyándose en una jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la legislación anterior y en la de algunos TSJ que aplicaban la LRHL, sostenga en contra de la contundencia de los términos legales, que el obligado tributario puede probar que no ha existido incremento de valor, y que, en tal caso, estaríamos ante un supuesto de no sujeción. Esta opinión ha sido mantenida insistentemente por muchos autores desde que se aprobó la LRHL de 1988 (entre otros autores, han defendido la no sujeción en los supuestos en los que el terreno no ha aumentado de valor entre el comienzo y la finalización del período de generación de la plusvalía: BRIS GÓMEZ, 2015: 148; HERNÁNDEZ LAVADO, 1991: 83; SÁNCHEZ GALIANA y CALATRAVA ESCOBAR, 1993: 861; SÁNCHEZ GALIANA, Carlos M.^a, 2010: 64). Así, escribe MOCHÓN LÓPEZ: «Hay que afirmar: que la ausencia de plusvalía en la transmisión de los terrenos o en la constitución o transmisión de los derechos reales se trata de un supuesto de no sujeción»; y concluye más adelante que «En el IIVTNU el hecho normativo contiene como elemento integrante de él una referencia a que se haya producido un incremento de valor, exigencia que debe cumplir el hecho real para quedar sujeto» (MOCHÓN LÓPEZ, 2001: 274-275). Entre los trabajos más recientes, y en el mismo sentido, escribe MARTÍN RUIZ que «desde un punto de vista técnico, hay que entender que en el caso de que el valor de transmisión de un terreno de naturaleza urbana sea inferior al de

¹ Secretaría de Estado de Hacienda. Dirección General de Tributos [sitio web]. Doctrina tributaria. Consultas tributarias 1997-2017. Disponible en <http://petete.minhafa.gob.es/consultas/>.

adquisición, simplemente, estamos ante un supuesto de no sujeción: no hay incremento y, por tanto, no se ha realizado el hecho imponible» (MARTÍN RUIZ, 2017: 57-58).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicó el IIVT regulado por el TRRL 781/1986 se pronunció con claridad en favor de que en los supuestos de inexistencia de plusvalía se producía una no sujeción. Así la STS de 29 de abril de 1996 (rec. de casación núm. 3.279/1993) argumenta que «siendo el incremento del valor el objeto del gravamen, conforme a lo establecido en el art. 350 del Real Decreto Legislativo 781/1986, resulta evidente que si dicha “plus-valía” no se produce de manera efectiva y acreditada, ni puede razonablemente presumirse, atendidas las circunstancias objetivas concurrentes en el período de la imposición, no puede hablarse de sujeción al impuesto, que no es una mera fórmula de aplicación automática, tendente a la recaudación de un porcentaje sobre las diferencias que arrojen las cifras de valor formal separadas por un período de tiempo entre dos enajenaciones» (FD Segundo). En el mismo sentido, y también bajo el imperio del TRRL de 1986, la STS de 25 de febrero de 1997 (rec. núm. 336/1993) considera que «resulta evidente que si dicha “plus-valía” no se produce de manera efectiva y acreditada, ni puede razonablemente presumirse, atendidas las circunstancias objetivas concurrentes en el período de la imposición, no puede hablarse de sujeción al impuesto, que no es una mera fórmula de aplicación automática, tendente a la recaudación de un porcentaje sobre las diferencias que arrojen las cifras de valor formal separadas por un período de tiempo entre dos enajenaciones». En el caso resuelto por la STS de 25 de febrero de 1997 (rec. núm. 336/1993), durante el período de generación de la plusvalía gravable se produjo una suspensión de licencias, modificándose también el Plan General de Ordenación Urbana que determinó un cambio en la calificación del terreno transmitido, con lo que quedó inutilizable para aprovechamientos edificatorios particulares, admitiendo que la transmisión, en este caso, no está sujeta al IIVTNU (FD Segundo).

Y en el mismo sentido la STS de 30 de noviembre de 2000 (rec. cas. núm. 2306/1995) admite que en los casos en que los índices de valoración aprobados por el ayuntamiento no reflejen el valor actual del terreno (porque se calcularon teniendo en cuenta un aprovechamiento urbanístico aplicable a las construcción de bloques y el terreno en cuestión es inedificable) resultando de los informes periciales que tiene un aprovechamiento urbanístico cero, «resulta absurdo que [el IMIVT] recaiga sobre los posibles aumentos del precio de un terreno en el que la propia actividad administrativa ha hecho imposible que se edifique, pues es evidente que tales incrementos de valor, si llegan a producirse, tendrán otro origen, extraño a las motivaciones del tributo, produciéndose un supuesto de no sujeción» (FD Cuarto).

No obstante, hay que tener en cuenta que estas Sentencias se dictaron aplicando el TRRL de 1986, en el que se decía expresamente que el objeto del Impuesto era el incremento de valor experimentado por los terrenos durante el período de imposición. La redacción actual del art. 104 TRLRHL dice que el IIVTNU grava «el incremento de valor que experimenten dichos terrenos», y ese incremento de valor según el art. 107.1 TRLHL sólo puede determinarse mediante la aplicación de un porcentaje al valor catastral del terreno en el momento del devengo. Además, el sistema de cálculo de la base imponible en el TRRL de 1986 no era el mismo que el que actualmente regula el vigente TRLRHL. El art. 355 del TRRL establecía que «1. La base del Impuesto será la diferencia entre el valor corriente en venta del terreno al comenzar y al terminar el período de imposición». El valor corriente en venta de un terreno debía ser fijado con arreglo a los índices de valoración que periódicamente (cada tres años) debía aprobar cada ayuntamiento teniendo en cuenta las características específicas, la situación del terreno y el aprovechamiento urbanístico del mismo. Por tanto, en el sistema del TRRL había más elementos que en la regulación actual para entender que cuando no había plusvalía el Impuesto carecía de objeto, y que cuando el valor resultante de los índices de valoración del ayuntamiento no tenía en cuenta el aprovechamiento urbanístico, no respondía al concepto de valor corriente en venta del terreno que era el exigido legalmente, por lo que podía dejar de aplicarse.

La jurisprudencia que aplicando la normativa actual declara que el IIVTNU no puede devengarse cuando el terreno ha bajado de valor desde la anterior transmisión es de los Tribunales Superiores de Justicia y de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que aplican la LHL de 1988 o el actual TRLRHL. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2015 (rec. de apelación núm. 23/2015) identifica el incremento de valor a que se refiere la LHL como base imponible del IIVTNU con ganancia patrimonial efectiva, y añade que cuando se transmite el terreno con pérdida patrimonial no se produce el hecho imponible y ello impide cualquier determinación de la base (FD Cuarto). En el mismo sentido, aunque de forma más explícita en cuanto a sus consecuencias, se manifiesta una doctrina que arranca de la STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2012 (núm. de recurso 511/2011) que en su FD Cuarto expone el resultado de la doctrina de la no sujeción en los casos de inexistencia de incremento. Estas consecuencias son las siguientes:

«1.^a Cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 LHL), y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos.

2.^a De la misma forma, la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del art. 107, que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior. Por tanto, seguirá siendo de aplicación toda la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, pudiendo acudir incluso a la tasación pericial contradictoria, en los casos en los que se pretenda la existencia de un incremento del valor inferior al que resulte de la aplicación del cuadro de porcentajes del art. 107. En esta hipótesis, la base imponible habrá de ser la cuantía de tal incremento probado, sin que sea admisible acudir a fórmulas híbridas o mixtas, que pretendan aplicar parte de las reglas del art. 107 al incremento probado».

Esta misma argumentación es recogida por numerosas Sentencias de TSJ posteriores², como la STSJ de Cataluña de 1 de septiembre de 2016 (rec. contencioso-administrativo núm. 55/2015) (FD Tercero), que añade como corolario: «En suma, si no ha existido, en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (artículo 104.1 de la LHL) y éste no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del artículo 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos»³.

No obstante, también hay Sentencias recientes de los TSJ que niegan la posibilidad de probar la inexistencia de incremento de valor y, por tanto la no sujeción. Así, aplicando la Norma Foral de Vizcaya, la STSJ del País Vasco de 24 de octubre de 2016 (rec. de apelación 298/2015) argumenta que «...la remisión que el artículo 4.2.a) de la Norma Foral del IIVTNU hace al valor del terreno que esté determinado en el momento del devengo a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, constituye un elemento normativo y reglado de determinación de las bases que no forma parte del componente fáctico de la norma y que no abre paso a la estimación directa y contradictoria de la misma ni puede ser probatoriamente desvirtuado por los sujetos pasivos del tributo» (FD Segundo)⁴. También el TSJ de Aragón se ha manifestado en contra de admitir la prueba de que el incremento no ha existido o ha sido inferior al legal. Entre las más recientes, la STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 2016 (rec. contencioso-administrativo núm. 42/2016) argumenta que «el artículo 107 de la Ley establece una regla de determinación de la base que no pretende medir realmente el incremento de valor de los terrenos, sino proporcionar un instrumento simplificado de cálculo de fácil aplicación a todos los interesados, no se somete pues a tributación una plusvalía real, sino una plusvalía cuantificada de forma objetiva por lo que todos los elementos de su configuración han sido fijados partiendo de esta premisa, de forma que solo con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad podría dejar de aplicarse la norma» (FD Tercero)⁵.

En mi opinión, la normativa del IIVTNU no ofrece lugar a dudas en el sentido de que no permite probar que un terreno no ha aumentado de valor o que el aumento es inferior al establecido en la norma legal. No

² Idénticos argumentos conclusivos se reproducen en diversas Sentencias de la Sección Novena del TSJ de Madrid, entre otras en las Sentencias de 8 de octubre de 2015 (rec. de apelación 841/2014) (FD Tercero), de 21 de octubre de 2015 (rec. de apelación 1.034/2014) (FD Quinto) y de 27 de abril de 2016 (rec. de apelación 912/2015) (FD Quinto). Con idénticos argumentos se manifiesta también la STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2012 (rec. contencioso-administrativo núm. 501/2011) (FD Cuarto).

³ A la no sujeción cuando no existe incremento de valor efectivo o este es inferior al que resulta de la aplicación de las normas legales, se refiere también la STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 2013 (rec. de apelación 767/2013), que en su FD Cuarto expone: «Sin perjuicio de lo expuesto, en los fundamentos anteriores, parece evidente que la ausencia objetiva del incremento del valor dará lugar a la no sujeción del impuesto, simplemente como consecuencia de la no realización del hecho imponible, pues la contradicción legal no puede ni debe resolverse a favor del “método de cálculo” y en detrimento de la realidad económica, pues ello supondría desconocer los principios de equidad, justicia y capacidad económica.

La misma conclusión ha de aplicarse cuando sí ha existido incremento de valor, pero la cuantía de éste es probadamente inferior a la resultante de la aplicación de dicho método de cálculo, al infringirse los mismos principios».

⁴ En el mismo sentido, y aplicando la Norma Foral de Navarra, se manifiesta la SJCA núm. 2 de Pamplona de 13 de julio de 2014 (rec. contencioso-administrativo núm. 195/2013), que apunta la idea de que cuando la pérdida de valor del terreno «no se debe a una actuación administrativa, sino a la evolución negativa de la coyuntura económica, el propietario que adquirió voluntariamente el terreno y, que de ser positiva dicha coyuntura se hubiera beneficiado de la revalorización del mismo, debe asumir también el riesgo de una rentabilidad negativa por la depreciación de sus propiedades, sin derecho a compensación» (FD Tercero).

⁵ Los mismos argumentos son repetidos por otras Sentencias del TSJ de Aragón. Así la STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2016 (rec. de apelación 142/2015) argumenta que «la regulación vigente no prevé que la base imponible sea el incremento real del valor de los terrenos, como diferencia entre el valor inicial y final del terreno y a través de la aplicación de fórmulas de matemática financiera concretas, sino el incremento que resulte de lo establecido en el art. 107 del TRLRHL» (FD Primero); y en idéntico sentido se manifiesta la STSJ de Aragón de 23 de diciembre de 2016 (rec. contencioso-administrativo núm. 49/2016) (FD Primero).

obstante, la aplicación taxativa y sin excepción de los preceptos legales puede llevar a resultados abusivos y contrarios a la equidad. Esta es la razón de que tanto la doctrina como una parte de la jurisprudencia, a mi juicio realizando una interpretación forzada del TRLRHL, permitan que se pruebe la inexistencia de incremento efectivo de valor mediante la comparación de los valores del terreno en los momentos de inicio y finalización del período de generación de la plusvalía. No obstante, estas doctrinas, que sin duda tienen nuestro apoyo pues evitan consecuencias absurdas e injustas en la aplicación del IIVTNU, chocan con la redacción literal del TRLRHL. Esta es la situación que existía cuando se dictan diversas Sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la nulidad de los preceptos legales que regulan la base imponible del IIVTNU y que comentamos a continuación.

III. ELEMENTOS SOBRE LOS QUE DEBE ASENTARSE EL JUICIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL GRAVAMEN DE PLUSVALÍAS INMOBILIARIAS FICTICIAS

1. Resulta imprescindible distinguir entre renta potencial y renta ficticia. El gravamen de una renta potencial puede ser inconstitucional si resulta contrario a la capacidad económica. El gravamen de una renta ficticia vulnera siempre el principio de capacidad económica

Las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017 han declarado respectivamente la inconstitucionalidad de los sistemas establecidos para la determinación de la base imponible en la Norma Foral de Guipúzcoa, en la Norma Foral de Álava y en el TRLRHL. Estos tres sistemas, en lo que se refiere a los criterios aplicables para la determinación de la base imponible son sustancialmente idénticos. La inconstitucionalidad va referida al incremento de valor como renta ficticia, concepto que debe distinguirse del de renta potencial, aunque ambas son rentas irreales.

El incremento de valor experimentado por un terreno durante un período temporal es una forma de renta que se incluye entre las plusvalías, ganancias patrimoniales o incrementos de valor. Las plusvalías inmobiliarias pueden ser sometidas a gravamen por distintos impuestos, y ello no es inconstitucional, pero en todo caso al hacerlas tributar se debe estar gravando una capacidad económica real o potencial. Por tanto, gravar un incremento de valor que no es ni puede ser nunca representativo de capacidad económica alguna resulta inconstitucional. Más adelante volveremos sobre esta idea apoyándonos en la jurisprudencia constitucional.

Para determinar cuándo una renta es representativa o no de capacidad económica es necesario distinguir entre renta ficticia y renta presunta o potencial. Ninguno de estos dos tipos de renta es representativo de una ganancia efectiva obtenida por el obligado tributario, pero mientras que la renta presunta pudo haber sido obtenida de haber sido distinta la actividad del contribuyente, la renta ficticia nunca podría haberse obtenido, pues los hechos en los que se basa son irreales, y el resultado es una renta irreal. Dice MARTÍN RUIZ que «Ficticia sería una renta que ni existe, ni puede llegar a existir, es decir, una renta creada por el legislador a los solos efectos de hacer tributar al contribuyente sobre ella. En cambio, una renta potencial es aquella que puede ser que no exista en un caso concreto, pero podría llegar a existir si el contribuyente no renunciara a su obtención» (MARTÍN RUIZ, 2017: 54). Son rentas potenciales las rentas inmobiliarias imputadas, o el gravamen de las ganancias patrimoniales en el IRPF cuando se toma, de acuerdo con el art. 35 de la Ley del IRPF, como valor de enajenación el valor de mercado y este resulta superior al efectivamente satisfecho. En ambos casos, se grava una renta que el obligado tributario no ha obtenido efectivamente, pero que podría haberlo hecho de haber desarrollado una actividad distinta. En el caso de las rentas potenciales o presuntas el obligado tributario ha renunciado a percibir una renta que podría haber obtenido. En el caso de la renta imputada, el contribuyente podría haber arrendado el inmueble, y en el caso de la ganancia patrimonial, podría haber vendido el bien por su valor de mercado y no por un valor inferior como ha hecho.

El Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que el gravamen de rentas potenciales no es contrario a la capacidad económica. Entre las más recientes, la STC 295/2006 admite que es conforme con la Constitución el gravamen de rentas potenciales, dejadas de obtener como consecuencia de la renuncia o dejación por parte de su titular, como es el caso de las rentas inmobiliarias imputadas. La duda de inconstitucionalidad planteada en la STC 295/2006 hace referencia a la posible inconstitucionalidad de la forma de gravar estas rentas imputadas en el IRPF regulado por la Ley 18/1991, que determinaba el rendimiento gravable mediante la aplicación de un porcentaje al valor del inmueble en el Impuesto sobre el Patrimonio. Desde la Ley 44/1978 la renta presunta de los inmuebles desocupados se había determinado mediante la aplicación de un porcentaje al valor catastral, que siempre era un valor fijo. Con la Ley 18/1991,

al tomar como valor de referencia el Impuesto sobre el Patrimonio este valor no es fijo, sino el mayor de tres (el catastral, el comprobado por la Administración, y el precio, contraprestación o valor de adquisición). El sistema consistente en aplicar un porcentaje a un valor que variaba en función de las circunstancias desapareció con el Real Decreto-Ley 12/1995, que restableció como único valor de referencia para cuantificar la renta imputada el valor catastral.

La remisión al valor del Impuesto sobre el Patrimonio suponía la aplicación de la regla del mayor valor entre los tres posibles, con lo que ante capacidades económicas idénticas, el sujeto era gravado en mayor o menor medida en función de la fecha y forma de adquisición del inmueble vacío, y no de las características de este. El FJ 7 de la STC 295/2006 niega la posibilidad de justificar que la norma de la Ley 18/1991 no es contraria al principio de igualdad porque tiene una vocación general y uniforme. Dice el FJ 7 de la STC 295/2006 que «una cosa es que, conforme a nuestra doctrina, no pueda declararse la inconstitucionalidad de una norma por la circunstancia de que incurra en la vulneración del derecho a la igualdad “en supuestos puntuales” (SSTC 47/2001, de 15 de febrero [RTC 2001, 47] , F. 7; 212/2001, de 29 de octubre [RTC 2001, 212] , F. 5; 21/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 21] , F. 4; y 255/2004, de 23 de diciembre [RTC 2004, 255] , F. 4), y otra muy distinta es que deba declararse la conformidad con la Constitución de una norma tributaria que establece, en la generalidad de los casos, una discriminación contraria al principio de igualdad del art. 31.1 CE por el solo hecho de que “tenga vocación de generalidad y aplicación uniforme”». Es decir, el hecho de que no sea inconstitucional una norma cuya aplicación vulnera puntualmente el principio de igualdad no permite deducir que es constitucional toda norma que tenga una vocación de generalidad y uniformidad. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, la norma puede ser contraria a la igualdad tributaria en supuestos puntuales y ello no la hace inconstitucional, pero de ahí no puede deducirse que toda norma que tenga una vocación de generalidad no conculca la igualdad y no es inconstitucional por el mero hecho de que sea de aplicación general y uniforme. Concluye el FD 8 de la referida STC 295/2006 que la renta imputada en los inmuebles no arrendados debe ser la misma ante inmuebles idénticos, y que carece de toda justificación y es contraria a la igualdad tributaria, la diferente imputación de renta mediante «la utilización de un diferente criterio para la cuantificación de los rendimientos frente a iguales manifestaciones de capacidad económica», dependiendo «de que se haya o no producido un acto dispositivo por parte del titular o actuaciones administrativas dirigidas a su valoración».

No entra a enjuiciar la STC 295/2006 la posible constitucionalidad del gravamen de rentas ficticias –posibilidad a la que hacen referencia en sus alegaciones el Fiscal General del Estado y el TSJ del País Vasco que plantea la cuestión de inconstitucionalidad (FJ 8)– porque da a entender que es un error terminológico, y que ambos órganos llaman renta ficticia a lo que es renta potencial. La STC 295/2006 declara la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 34.b) de la Ley 18/1991, al ser contraria a la igualdad porque utiliza criterios de cuantificación diferentes para manifestaciones idénticas de capacidad económica, pero se refiere siempre a una renta potencial. En relación con el IIVTNU lo esencial es la afirmación que de pasada se hace en el FJ 8 de la STC 295/2006 de que «la titularidad de bienes inmuebles no arrendados exterioriza la existencia de una renta potencial –que no ficticia, como afirman tanto el órgano judicial planteante de la cuestión como el Fiscal General del Estado–». En contra de la opinión del TSJ del País Vasco que es quien plantea la cuestión de inconstitucionalidad y del Fiscal General del Estado, el Tribunal Constitucional deja claro que una cosa es una renta potencial, que es gravable, y otra una renta ficticia, sobre la que no se pronuncia.

Ciñéndonos ahora al gravamen de las rentas ficticias –no de las rentas potenciales a las que nos acabamos de referir–, el Tribunal Constitucional considera que el gravamen de una plusvalía inmobiliaria ficticia, es decir, irreal, es una ficción. Las SSTC 26/2017 y 37/2017, que enjuician la posible inconstitucionalidad de las Normas Forales que regulan la determinación de la base imponible del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava (idénticas a las del TRLRH) admiten que no es posible una interpretación salvadora de la norma que permita al contribuyente probar en contra del incremento de valor que resulta de los criterios legales, pues «en el caso analizado estamos en presencia de una auténtica ficción jurídica conforme a la cual la mera titularidad de un terreno de naturaleza urbana genera, en todo caso, en su titular, al momento de su transmisión y al margen de las circunstancias reales de cada supuesto, un incremento de valor sometido a tributación, respecto del cual la norma no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene» (FJ 6 de la STC 26/2017 y FJ 4.e) de la STC 37/2017). En el mismo sentido el FJ 3 de la STC 59/2017 argumenta que «el tratamiento que los preceptos cuestionados de la Ley reguladora de haciendas locales [107.1. 107.2.a) y 110.4 LHL] otorgan a los supuestos de no incremento, o incluso de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, gravan una renta ficticia en la medida en

que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, está sometiendo a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica...».

El gravamen de rentas ficticias no es nuevo en el ámbito tributario. Las normas que regulan la estimación objetiva pueden tener como resultado que en el IRPF se graven rentas empresariales aunque el empresario haya tenido pérdidas reales. Lo mismo cabe decir del régimen simplificado en el IVA, en el que el IVA devengado por operaciones corrientes es el resultado de la aplicación de los módulos con independencia de las ventas reales, o el régimen especial de las empresas navieras, en el que la base imponible del Impuesto sobre Sociedades se determina por la aplicación de unos coeficientes en función de las toneladas de registro neto del buque (un número de euros diario por cada 100 toneladas) (artículos 113 a 117 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades). No obstante, en estos tres casos últimos, el régimen que permite el gravamen de rentas ficticias es opcional para el obligado tributario, que siempre puede determinar su renta en estimación directa. En el IIVTNU no hay opción alguna, los preceptos que permiten la determinación de la base imponible de forma objetiva son de aplicación a todos los casos.

Queda claro, por tanto, que las normas objetivas para la determinación de la base imponible del IIVTNU constituyen una ficción jurídica, que, en ningún caso, admite prueba en contrario. Para determinar si esa ficción vulnera el principio de capacidad económica, el Tribunal Constitucional alude a su doctrina tradicional sobre el alcance de dicho principio mantenida en sentencias anteriores. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de capacidad económica recogido en el art. 31 CE puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º El legislador puede establecer impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza (entre otras, SSTC 233/1999 –FJ 14– y 193/2004 –FJ 5–). Por tanto, es constitucional que el legislador establezca un impuesto como el IIVTNU orientado a conseguir que la comunidad participe en la acción urbanística que generan los entes públicos, dando así cumplimiento al art. 47 párrafo segundo de la Constitución.

2.º Para dar cumplimiento al principio de capacidad económica basta con que «dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquél principio constitucional quede a salvo» (SSTC 26/2017 –FJ 3–, 37/2017 –FJ 3–, y 59/2017 –FJ 3–).

3.º El legislador, en ningún caso, puede «establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia» (SSTC 37/2017 –FJ 3–, y 59/2017 –FJ 3–).

La capacidad económica que se pretende gravar en el IIVTNU es la renta en forma de ganancia patrimonial obtenida por el propietario de un terreno durante el período de generación de la plusvalía. Esta renta que se grava en el IIVTNU nunca puede ser una renta potencial, pues no se gravan plusvalías latentes que el sujeto puede o no realizar dependiendo de si transmite o no el terreno. En el IIVTNU siempre se deben gravar plusvalías reales y efectivas que se ponen de manifiesto como consecuencia de una alteración patrimonial (transmisión del dominio o constitución o transmisión de derechos reales de goce). Por tanto, si como consecuencia del método objetivo de cálculo de la base se grava un incremento de valor irreal, se está sometiendo a tributación una renta ficticia y, por tanto, una capacidad económica inexistente o ficticia.

2. El principio de capacidad económica, además de ser un criterio inspirador del sistema tributario opera singularmente respecto de cada persona

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de capacidad económica tiene un doble sentido al ser aplicado, pues es «fundamento» de la tributación y «medida» de la tributación. En este segundo sentido, el principio de capacidad económica, como «medida» de la tributación o como «criterio» de graduación de la misma no se relaciona con una figura en particular sino con el conjunto de sistema tributario (STS 26/2017 –FJ 2–). Pero el principio capacidad económica es también «fundamento» de la tributación «que, a diferencia de otros principios (como, por ejemplo, el de progresividad), opera singularmente respecto de cada persona» (SSTC 19/1987, –FJ 3–, 193/2004 –FJ 5– y 26/2017 –FJ 2–). La capacidad económica es exigible en cada relación jurídica tributaria concreta, pues como señala la STC 26/2017 «el hecho de que el

Constituyente no haya precedido el principio de capacidad de un artículo (“la”) sino de un adjetivo posesivo (“su”), lo asocia inexcusablemente también al sujeto» (FJ 2). En definitiva, todo tributo al ser aplicado ha de gravar una manifestación de riqueza real o potencial, y vulnera el principio de capacidad económica una regulación que permita gravar riquezas meramente virtuales o ficticias. Si el IIVTNU permite gravar plusvalías ficticias vulnera el principio de capacidad económica a que se refiere el art. 31.1 CE cuando establece que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica...».

IV. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA CUANDO GRAVEN UNA CAPACIDAD ECONÓMICA FICTICIA

1. La primera advertencia sobre la posible inconstitucionalidad de la regulación de la base imponible del IIVTNU: la STC 221/1992

El Tribunal Constitucional analiza por primera vez la constitucionalidad del IIVT en la Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre. La STC 221/1992 resuelve sobre la posible inconstitucionalidad del IIVT regulado por TRRL aprobado por el R. D.-Legislativo 781/1986. El art. art. 355.1 del TRRL definía la base imponible por la diferencia entre el valor corriente en venta del terreno al comenzar y al terminar el período de la imposición (art. 355.1), y «tanto el valor corriente en venta al terminar el período de imposición, o valor final, como el valor inicial del terreno se determinan mediante los tipos unitarios del valor corriente en venta de los terrenos enclavados en el término municipal, fijados periódicamente por los Ayuntamientos» (FJ 3 de la STC 221/1992). En el sistema instaurado por el TRRL no se preveía la aplicación obligatoria de coeficientes sobre el valor en venta del terreno con la finalidad de evitar el gravamen de plusvalías ficticias debidas exclusivamente a la inflación o desvalorización monetaria. Lo que sí hizo el art. 355 TRRL es autorizar al Gobierno para que adoptase por razones de política económica medidas de corrección monetaria (coeficientes) para la determinación del valor inicial. No obstante, ni establecía cuándo el Gobierno debería adoptar estas medidas (su adopción se efectuaba, en su caso, por razones de oportunidad), ni decía qué rango debía tener la disposición que aprobase los coeficientes de actualización del valor inicial del terreno.

A pesar de que el TRRL no establecía una corrección obligatoria de los valores para adaptarlos a la inflación, la STC 221/1992 no consideró inconstitucional el art. 355.1 TRRL, porque el gravamen de plusvalías ficticias no sería debido a la inadecuada redacción del TRRL que, al menos, establece un sistema que posibilita la corrección, sino que sería imputable a la inactividad del Gobierno. En la STC 221/1992 ya se advierte que a juicio del TC, si un sistema, como ocurre con el actual del TRLRHL, no prevé medidas que corrijan la desvalorización monetaria permitiendo el gravamen de plusvalías ficticias, podría ser inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica.

2. La inconstitucionalidad de las normas que regulan la base imponible del IIVTNU cuando su aplicación suponga el gravamen de plusvalías ficticias: las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017

La inconstitucionalidad de las normas que regulan la base imponible del actual IIVTNU es declarada en las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017. Todas ellas han sido dictadas como consecuencia del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. La STC 26/2017 declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Norma Foral de Guipúzcoa, la STC 37/2017 la inconstitucionalidad de la Norma Foral de Álava y la STC 59/2017, los preceptos correspondientes a la base imponible del IIVTNU en el TRLRHL.

Las tres SSTC que acabamos de citar siguen la misma línea y reproducen los mismos argumentos. Afirma el Tribunal Constitucional que la regulación de la base imponible del IIVTNU, tanto en las Normas Forales de Guipúzcoa y Álava como en el TRLRHL vulnera la capacidad económica, pues somete a tributación una renta no ya potencial, sino irreal (SSTC 26/2017 –FJ 3– y STC 59/2017 –FJ 3–). Expresa textualmente el FJ 3 de la STC 59/2017 que, aunque el objeto del IIVTNU nominalmente es el incremento de valor, «el gravamen, sin embargo, no se anuda necesariamente a la existencia de ese “incremento” sino a la mera titularidad del terreno durante un período de tiempo computable que oscila entre uno (mínimo) y veinte años (máximo). Por consiguiente, basta con ser titular de un terreno de naturaleza urbana para que se anude a esta circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributa-

ción que se cuantifica de forma automática». La consecuencia de aplicar una regulación como la hasta ahora vigente es que «se está sometiendo a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica» (FJ 3 de la STC 59/2017), por lo que se declaran inconstitucionales y nulos los artículos 107.1 y 107.2.a) y 110.4 LHL (FJ 5 de la STC 59/2017).

3. La peculiar forma de declarar la inconstitucionalidad de las normas que regulan la base imponible del IIVTNU: son inconstitucionales pero solo en función del resultado de su aplicación

Las SSTC 26/2017 –FJ 7–, 37/2017 –FJ 5– y 59/2017 –FJ 3–, declaran inconstitucionales los preceptos que determinan el cálculo de la base imponible del IIVTNU, pero «solo en la medida en que no han previsto excluir del tributo las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor». El Tribunal Constitucional declara, por tanto, la inconstitucionalidad de la regulación de la base imponible del IIVTNU pero siempre que su aplicación conlleve el gravamen de plusvalías ficticias, nunca en los demás casos. Esta declaración de inconstitucionalidad limitada a los efectos de la aplicación de la norma es expuesta con más claridad en el FJ 5 de la STC 59/2017 que comienza por afirmar que el IIVTNU «no es con carácter general, contrario al Texto Constitucional», sino que «lo es únicamente en aquellos supuestos en que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión». Concluye la argumentación del FJ 5 de la STC 59/2017, que «deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2.a) LHL “únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica (SSTC 26/2017 –FJ 7– y 37/2017 –FJ 5–)»». En el apartado siguiente, y aunque su inconstitucionalidad no ha sido puesta en duda por el órgano judicial que plantea la cuestión, el mismo FJ 5 de la STC 59/2017 declara por conexión la inconstitucionalidad del art. 110.4 LHL. El citado art. 110.4 TRLRHL no se explica de forma autónoma sino por relación con los arts. 107.1 y 107.2.a) TRLRHL, pues limita las competencias comprobadoras de los ayuntamientos en los casos de autoliquidación a constatar que se ha efectuado una correcta aplicación de las normas que ahora se han declarado inconstitucionales, «sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de los resultantes de tales normas». Concluye el Tribunal Constitucional en el apartado b) del FJ 5 de la Sentencia 59/2017 que «por consiguiente debe declararse inconstitucional y nulo el art. 110.4 LHL al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017 –FJ 7– y 37/2017 –FJ 5–)».

La doctrina ha puesto de relieve lo difícil que resulta «aceptar que se declare la inconstitucionalidad de una norma en función de lo que resulte de su aplicación» (MENÉNDEZ MORENO, 2017: 10). No se declara la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas porque *per se* son contrarias al principio de capacidad económica, sino en la medida en que gravan situaciones «que no presentan aumento del valor del terreno al momento de la transmisión» [STC 59/2017, FJ 5.a)]. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los preceptos que regulan la base imponible del IIVTNU en función de los efectos que produzca su aplicación. Por tanto, los preceptos del TRLRHL y sus homólogos de las Normas Forales no han sido expulsados del ordenamiento en cualquier caso. La inconstitucionalidad solo se produce cuando la aplicación del precepto que permite el cálculo de la base imponible conduce a someter a tributación terrenos que no presentan un aumento de valor en el momento de la transmisión. Dos cuestiones problemáticas suscita esta doctrina que hace depender la inconstitucionalidad de una norma de los efectos que pueda producir su aplicación y que ponen de manifiesto que la misma no favorece la seguridad jurídica.

En primer lugar, el juicio sobre si la norma en cuestión es o no inconstitucional depende de que el terreno no haya aumentado de valor, lo que obliga a comparar valores en dos momentos distintos. Esta comparación plantea el problema de que no está determinado con qué valor hay que comparar el valor del terreno en el momento del devengo (con el valor catastral en el momento de iniciarse el cómputo de la plusvalía, con el valor de mercado, con el que resulta de un procedimiento de comprobación de valores o con cualquier valor que sea objeto de prueba). Llegados a este punto, la cuestión se reduce a una cuestión de prueba, y de acuerdo con las normas generales sobre carga de la prueba «quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo» (art. 105.1 de la Ley General Tributaria). En mi opinión, si el obligado tributario prueba por cualquier medio que el terreno no ha aumentado de valor, deberá ser la Administración la que pruebe en contra de dichas pretensiones para poder aplicar los preceptos del TRLRHL. ALÍAS CANTÓN ha manifestado que el valor que consta en la escritura pública de transmisión puede considerarse como una declaración, debiendo tenerse en cuenta que según el art. 108.4 de la Ley General Tributaria, los

datos y elementos de hecho declarados y demás documentos presentados se presumen ciertos para los obligados tributarios. La consecuencia de la aplicación de las normas de la prueba a la escritura pública, según ALÍAS CANTÓN, es que «si la Administración tributaria, quiere desvirtuar la veracidad del contenido de dicho documento público, obligatoriamente deberá desplegar su actividad probatoria, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 105 y 106 de la LGT. Lo que no puede hacer la Administración Tributaria, es rechazar de plano el contenido de dicho documento público, sin realizar actividad probatoria alguna en contra» (ALÍAS CANTÓN, 2017: 33). A mi juicio, la escritura pública es un medio de prueba más, pero no es un medio de prueba indubitado. Una vez presentada y efectuada la declaración poniendo de relieve la inexistencia de plusvalía según resulta de la escritura, este medio de prueba, como cualquier otro que sea aducido, podrá ser apreciado por la Administración en el procedimiento que corresponda (de declaración y liquidación o de comprobación). La apreciación de la prueba presentada en el procedimiento tributario correspondiente incumbe al ayuntamiento, que es quien tiene el impulso del procedimiento. El resultado de esa apreciación será notificado al contribuyente, el cual se verá asistido por todos los medios de defensa que se le reconocen primero en la vía administrativa y después en la vía judicial (por ejemplo, la posibilidad de instar una tasación pericial contradictoria). En la vía judicial, la prueba de la inexistencia del incremento de valor será apreciada por los Tribunales de acuerdo con las normas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017 suscitan una segunda cuestión en relación con los requisitos que permiten inaplicar las normas del TRLRHL. Solo se declaran inconstitucionales las normas en la medida en que su aplicación tenga como consecuencia el gravamen de plusvalías ficticias, es decir, solo cuando el terreno no haya aumentado de valor (que haya disminuido o se haya mantenido con un valor idéntico al inicial). Por tanto, cuando el terreno haya aumentado algo de valor, pero el incremento o plusvalía sea inferior al que resulta de las normas del TRLRHL, el Tribunal Constitucional no dice expresamente que la norma sea inconstitucional. No obstante, a mi juicio, está implícito en la doctrina de las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017 que lo que se pretende con la declaración de inconstitucionalidad es impedir que se graven incrementos de valor inexistentes o irreales, y la irrealidad puede ser de la totalidad del incremento o de parte de él. Cuando el terreno ha aumentado de valor pero no tanto como el que resulta de la aplicación de las normas legales, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la aplicación taxativa de dichas normas supondría gravar situaciones inexpresivas de capacidad económica y, por tanto, su aplicación resulta tan inconstitucional como cuando se grava un terreno que ha disminuido de valor. A nuestro juicio, no es necesario que el Tribunal Constitucional diga expresamente que la norma también es inconstitucional cuando el terreno no ha aumentado de valor tanto como el incremento que resulta de la aplicación del TRLRHL, pues en ambos casos (ningún incremento o un incremento inferior al que resulta de la aplicación de la norma) se está gravando una plusvalía inexistente y ese acto de gravamen vulnera el principio de capacidad económica.

4. La imprescindible modificación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y la solución de las situaciones generadas por la inconstitucionalidad hasta tanto se produzca la modificación

La situación en que ha quedado el TRLRHL en relación con el IIVTNU exige la modificación de la citada norma legal. El apartado c) del FJ 5 de la STC 59/2017 así lo reconoce, afirmando acertadamente que una vez expulsados del ordenamiento jurídico los preceptos comentados «en los términos señalados», «la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador» (en el mismo sentido SSTC 26/2017 –FJ 7– y 37/2017 –FJ 5–).

Los Territorios Forales han aprobado normas de adaptación a la jurisprudencia constitucional que modifican la base imponible del IIVTNU. Han sido aprobados los Decretos de Guipúzcoa (de 28 de marzo, Boletín Oficial de Guipúzcoa de 31 de marzo), Álava (de 28 de marzo, Boletín Oficial de Álava de 5 de abril) y de Vizcaya (de 20 de junio, Boletín Oficial de Bizkaia de 22 de junio) que modifican las normas forales que regulan el IIVTNU. En los tres Decretos normativos forales se establece que para que nazca la obligación tributaria será necesaria la existencia de incremento de valor, y el incremento de valor se determina por la comparación entre el valor de adquisición y el valor de transmisión. Por tanto, la inexistencia de plusvalía se configura como un supuesto de no sujeción, lo que de acuerdo con la aplicación taxativa de la normativa hasta ahora en vigor resultaba imposible. Cuando nace la obligación tributaria porque hay incremento de valor, la base imponible del IIVTNU, según las normas forales reformadas, se determinará de acuerdo con la norma foral tradicional anterior a las SSTC.

Para determinar si existe o no incremento de valor, las normas forales modificadas de Álava y Guipúzcoa se remiten a los valores de adquisición y transmisión, que serán los que deberían tenerse en cuenta a efectos de los respectivos impuestos que recaen sobre la transmisión del terreno. Por tanto, en Álava y Guipúzcoa la existencia o no de incremento de valor se determina, en función de los valores que deberían tenerse en cuenta a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según que la respectiva transmisión sea onerosa o gratuita. En los casos en que no pueda determinarse la existencia o, en su caso, inexistencia de incremento de valor de los terrenos, las normas forales dicen que se utilizará como referencia el valor real, que, por otra parte, no difiere del valor fijado a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por lo que la regla no añade nada a las ya citadas.

El Decreto Foral Normativo 3/2017 de Bizkaia, de 20 de junio, difiere en algo de los anteriores, pues para determinar si existe o no incremento de valor «los valores de adquisición y transmisión serán los que consten en los correspondientes documentos acreditativos de los títulos de propiedad», con lo que se admite el valor de la escritura como medio de prueba acreditativo del valor del terreno en el momento de la transmisión/adquisición.

En definitiva, las normas forales de Guipúzcoa y Álava se remiten a los valores que se utilicen en los impuestos estatales que gravan la transmisión del terreno para determinar si existe o no incremento de valor. En Vizcaya los valores de adquisición o de transmisión serán los que consten en los documentos acreditativos de los títulos de propiedad, con lo que la modificación de la norma foral se efectúa en un sentido claramente favorable al contribuyente.

Por lo que respecta a la situación en que queda el IIVTNU en los ayuntamientos que se rigen por el TRLRHL, es indudable que va a ser necesario proceder a su modificación. La nueva regulación puede suprimir totalmente el IIVTNU, o sustituirlo por otro de naturaleza similar. El profesor MARÍN-BARNUEVO FABO expone y comenta las distintas opciones legislativas que se abren ante una posible supresión total del IIVTNU (compensar las pérdidas de los ayuntamientos como consecuencia de la supresión del IIVTNU, incorporar la capacidad recaudatoria del IIVTNU al IBI, establecer un gravamen complementario del ITPO), y comparte la opinión de quienes consideran herido de muerte al IIVTNU, «en tanto resulta prácticamente imposible adaptar su regulación al mandato contenido en el fallo de las sentencias analizadas y, al tiempo, conseguir que la gestión del IIVTNU siga siendo sencilla para los ayuntamientos» (MARÍN-BARNUEVO FABO, 2017: 44).

En el mismo sentido, también recientemente, el profesor PEDREIRA ha argumentado que el IIVTNU «debería ser eliminado ya que las ganancias, de haberse generado, ya están gravadas en los impuestos sobre la renta y sucesorios y no tiene sentido la existencia de un tributo que no grava las mismas, para no incurrir en doble imposición, sino una ficción» (PEDREIRA MENÉNDEZ, 2017: 138). Estamos totalmente de acuerdo con el profesor PEDREIRA en que si se mantiene el IIVTNU debe ser para gravar un incremento de valor y, es obvio que, en tal caso, se produce una doble imposición con las plusvalías inmobiliarias gravadas por el Impuesto sobre Sociedades o el IRPF. No obstante, dobles imposiciones se dan en nuestro sistema interno en muchos supuestos, no están prohibidas legalmente salvo en algunos casos, y deben tomarse como una imprecisión técnica.

En mi opinión, a pesar de que hay una doble imposición interna clarísima, va a ser muy difícil que se llegue a la supresión total del IIVTNU y que este no sea sustituido por otro similar, dada la precariedad de la hacienda municipal y el grado de autonomía que supone para los municipios poder regular en parte este Impuesto, así como gestionarlo en su totalidad. El Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del Modelo de Financiación Local de 26 de julio de 2017 propone la supresión del actual IIVTNU y su sustitución por un Impuesto Municipal sobre Plusvalías Inmobiliarias (en adelante IMPI), en el que la base se determinaría por la diferencia entre el valor real del inmueble en la transmisión y su valor de adquisición⁶. El valor de adquisición, según los redactores del Informe, debería seguir los criterios de los impuestos personales sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades) e incluiría el importe real de la adquisición más el coste de las inversiones y mejoras efectuadas, así como los gastos y tributos inherentes a aquélla. Por otra parte, según el Informe de la Comisión de Expertos, el nuevo IMPI no distinguiría entre valor del suelo y valor de la construcción, sino que gravaría, igual que el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades, el valor total del inmueble.

⁶ Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del Modelo de Financiación Local de 26 de julio de 2017, disponible en www.minhafp.gob.es [consulta realizada el 26 de octubre de 2017].

El Informe prevé también que el nuevo IMPI debería corregir los efectos de la inflación acumulada desde la fecha de adquisición del inmueble o de realización de las mejoras o inversiones.

El profesor MARÍN-BARNUEVO FABO explica las diferentes opciones que pueden adoptarse para regular la base imponible de un nuevo impuesto sobre las plusvalías inmobiliarias de carácter local. La base imponible, según el citado profesor, puede calcularse mediante los siguientes sistemas: a) Mediante comparación entre los precios declarados en la adquisición y transmisión del inmueble. b) Mediante la traslación al IIVTNU de los cálculos realizados en el IRPF para cuantificar las ganancias de patrimonio. c) Mediante la traslación al IIVTNU del concepto de valor real o valor de mercado previsto en el ITPO. d) Mediante la comparación entre el valor catastral en los momentos de adquisición y enajenación. e) Mediante la comparación entre el «valor catastral referenciado» en el momento de la adquisición y en el de la enajenación (MARÍN-BARNUEVO FABO, 2017:33).

El profesor VARONA ALABERN, se muestra partidario de calcular la plusvalía gravable mediante un sistema similar al de los impuestos personales sobre la renta, aunque manteniendo que se grave solo el valor del suelo. En su opinión, debería partirse de la plusvalía neta que se derivase de la aplicación de las reglas del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades, y posteriormente reducirla porcentualmente en función del valor que represente el terreno en relación con el total valor catastral inmueble (valor del terreno más valor de la construcción). A la plusvalía reducida, añade el profesor VARONA, «aplicarían los Ayuntamientos –dentro de un límite trazado en la ley– el tipo de gravamen que estimasen oportuno y que habría de ser necesariamente bajo, a fin de aproximar (por exceso o por defecto) su capacidad recaudatoria a la actual... De acuerdo con este planteamiento, cuando el inmueble arrojara una minusvalía, la cuota tributaria del impuesto local sería cero» (VARONA ALABERN, 2010: 88).

Una variante de la doctrina expuesta por el profesor VARONA es la que aporta LUQUE MATEO, para quien el valor de transmisión sería «el importe por el que efectivamente se hubiera efectuado y en las operaciones lucrativas el valor normal de mercado, siempre que, en ambos casos, tales valores no fueran inferiores a los que resultarían de la aplicación de las normas de valoración de inmuebles de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (...) y sobre Sucesiones y Donaciones, incorporando la posibilidad establecida en este ámbito de ejercitar el derecho a la tasación pericial contradictoria. Y como valor de adquisición se tomaría el que constara en el título de la correspondiente operación (normalmente contenido en la escritura pública), con las actualizaciones reguladas en la normativa aplicable al caso» (LUQUE MATEO, 2014: 1.589-1.590)

Desde luego la aplicación de un sistema similar al del IRPF o al del Impuesto sobre Sociedades, que es el que se propone por la Comisión de Expertos y la doctrina ya expuesta, o utilizar el valor real como se hace en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, son métodos que aportan muchas garantías, pero también son los que pueden generar mayor conflictividad, pues si el ayuntamiento no acepta los valores declarados, la plusvalía habrá de determinarse en un proceso contradictorio (administrativo o judicial). Puesto que en muchos ayuntamientos la gestión municipal no puede soportar un sistema que genere mucha conflictividad, parece lógico, introducir algún elemento de cálculo que sea objetivo y que no todo tenga que ser objeto de prueba. PADILLA RUIZ dice que se podría «acudir a las estadísticas oficiales sobre el valor de mercado del suelo urbano como las que se publican en el Boletín estadístico del Ministerio de Fomento» (PADILLA RUIZ, 2017, 9: 139). También podrían adoptarse otros sistemas, como la publicación de unas tablas similares a las que utilizan algunas CCAA en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y que parten de la multiplicación del valor catastral por un coeficiente. También podría crearse un sistema totalmente nuevo similar al de la estimación objetiva mediante módulos en el IRPF. Por tanto, no hay que desdeñar la adopción de sistemas intermedios en los sea posible la objetivación de algunos datos y que en función de todos ellos –los objetivados y los que pueden ser objeto de contradicción– se determine el incremento gravable.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que hasta tanto no se modifique el TRLRHL, y también después de su modificación, los incrementos de valor inexistentes o ficticios no podrán ser gravados. Esto supone que el obligado tributario, con independencia del sistema de cálculo de la base que se adopte y mientras se adopta alguno, debe tener siempre la posibilidad de probar que el incremento realmente sufrido por el terreno ha sido nulo o inferior al que resulta de la aplicación de las normas legales. Por tanto, el sistema legal que se apruebe solo será aplicable si el obligado tributario no prueba que el terreno no se ha incrementado de valor. A mi juicio, y por las razones expuestas con anterioridad, de los argumentos de

la jurisprudencia constitucional también se deduce que cuando el incremento es inferior al que resulta de las normas legales y así se prueba, debe gravarse el incremento real y no el que resulte de los preceptos del TRLRHL.

Por lo que respecta a la doble imposición que se produce entre el IIVTNU y los impuestos personales sobre la renta, el Informe de la Comisión de Expertos prevé que sea eliminada permitiendo que el nuevo IMPI sea deducible «de la base imponible de los distintos impuestos estatales que gravan las plusvalías inmobiliarias»⁷. A mi juicio, la eliminación de la doble imposición puede hacerse mediante deducciones de base a base o de cuota a cuota. Es decir, de la base del impuesto personal sobre la renta podría deducirse la plusvalía gravada por el IMPI –aspecto este al que parece referirse el Informe de la Comisión de Expertos–, pero también podría deducirse de la cuota de dicho impuesto personal la cuota pagada al ayuntamiento por el impuesto sobre la plusvalía municipal.

Por último, quedan por analizar los problemas de Derecho transitorio que genera la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU. Las SSTC 26/2017, 37/2017 y 59/2017 no dicen nada en cuanto al alcance temporal de sus efectos. Por lo que respecta a los hechos imposables que se realicen desde que han sido publicadas las SSTC, la cuestión está relativamente clara: el obligado tributario sigue teniendo obligación de declarar con arreglo a la redacción actual del TRLRHL, y en los casos en que se graven plusvalías inexistentes, podrá recurrir la liquidación o solicitar la rectificación de la autoliquidación. Para evitar que las liquidaciones entren en apremio, el obligado tributario debe paralizar previamente la ejecución mediante la prestación de garantía suficiente o efectuar el ingreso de la deuda tributaria y quedar a expensas de una futura devolución de ingresos indebidos. Las normas forales de modificación incorporan sus respectivas disposiciones transitorias. Tomando como referencia algunas de las soluciones que adopta el Decreto Foral Normativo 3/2017 de Bizkaia, de 20 de junio, aunque teniendo en cuenta que los efectos de la STC 57/2017 son inmediatos sin necesidad de que se modifique el TRLRHL, la situación en las CCAA de régimen común es la siguiente:

1.º Las liquidaciones y autoliquidaciones firmes correspondientes a las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a la publicación de la STC 57/2017 seguirán el procedimiento recaudatorio que corresponda sin que proceda ni la rectificación, ni la devolución de ingresos indebidos.

2.º Las liquidaciones o autoliquidaciones que se encuentren recurridas o en vías de rectificación con anterioridad a la publicación de la STC 57/2017, aunque se refieran a obligaciones devengadas con anterioridad a dicha fecha, a mi juicio permiten iniciar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos si se han gravado plusvalías inexistentes y la deuda ha sido ingresada. En el caso de que no se haya ingresado ninguna deuda tributaria, la liquidación que resuelva el recurso o el procedimiento de rectificación de la autoliquidación debe tener en cuenta que solo pueden gravarse incrementos de valor que sean reales.

3.º Los hechos imposables correspondientes a las obligaciones tributarias devengadas con posterioridad a la publicación de la STC 57/2017 deberán declararse con arreglo a la normativa declarada inconstitucional, y, en su caso, posteriormente recurrir la liquidación o solicitar la rectificación de la autoliquidación. Simultáneamente a la presentación del recurso o la solicitud de rectificación habrá de pagarse la deuda tributaria que resulte o suspender la ejecución del acto mediante la prestación de garantía suficiente. En el caso de que se haya satisfecho el importe de la deuda tributaria, si el incremento gravado no es real, conjuntamente con el recurso contra la autoliquidación o conjuntamente con la solicitud de rectificación de la autoliquidación, debe solicitarse la devolución de los ingresos indebidamente realizados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÍAS CANTÓN, Manuel (2017), “La escritura como prueba para acreditar la depreciación del valor a efectos del IIVTNU”, *Quincena Fiscal*, 11: 21-34.
- BRIS GÓMEZ, Rosario (2015), “IIVTNU: Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 4 de Bilbao de 25 de febrero de 2015”, *Quincena Fiscal*, 10: 147-149.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto (1995), *Presunciones legales y Derecho Tributario*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA M., Miguel (2012), *Las presunciones y ficciones en el ámbito tributario y su aplicación a las rentas societarias*, Granada, Editorial Comares.

⁷ Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del Modelo de Financiación Local de 26 de julio de 2017, disponible en «www.minhafp.gob.es», pág. 48 [consulta realizada el 26 de octubre de 2017].

- HERNÁNDEZ LAVADO, Alejo (1991), “El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en CALVO ORTEGA, R. (director), *La reforma de las Haciendas Locales*: 57-114, tomo II, Valladolid Lex Nova.
- LUQUE MATEO, Miguel Ángel (2014), “Cuestiones problemáticas del Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en ADAME MARTÍNEZ, Francisco y RAMOS PRIETO, Jesús (Coordinación), *Estudios sobre el Sistema Tributario Actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*: 1.571-1.603, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales [en formato cd rom].
- MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego (2017), “Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava”, *Centro de Estudios Financieros. Contabilidad y Tributación. Comentarios y casos prácticos*, 409: 5-44.
- MARTÍN RUIZ, Juan (2017), “A propósito del desenlace constitucional del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: La correcta interpretación del hecho imponible”, en GARCÍA BERRO, Florián (director), *La delimitación de los elementos esenciales del tributo ante el impacto de las reformas fiscales*: 51-80, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (2017), “La valoración de los inmuebles urbanos o convertir el agua en vino”, *Quincena Fiscal*, 8: 3-12.
- MOCHÓN LÓPEZ, Luis (2001), *El valor catastral y los impuestos sobre bienes inmuebles y sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. Una aproximación al concepto de valor catastral*, Granada, Comares.
- ORÓN MORATALL, Germán (2010), “Capítulo V. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego (coordinador), *Los Tributos Locales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- PADILLA RUIZ, Pedro (2017), “Reflexiones en torno a la anulación parcial del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, *Quincena Fiscal*, 9: 131-139.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, José (2017), “La inconstitucionalidad parcial de la plusvalía municipal debería servir para su eliminación total”, *Quincena Fiscal*, 8: 133-138.
- SÁNCHEZ GALIANA, José Antonio y CALATRAVA ESCOBAR, M.^a Jesús (1993), “Capítulo XVI. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en FERREIRO LAPATZA, J. J. (director), *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Local*: 857-892. Madrid, Diputació de Barcelona-Marcial Pons.
- SÁNCHEZ GALIANA, Carlos M.^a (2010), “La necesaria reforma tributaria de las haciendas locales: algunas consideraciones sobre la imposición municipal”, *Quincena Fiscal*, 9: 47-48.
- VARONA ALABERN, Juan Enrique (2010), “A vueltas con la inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”, *Quincena Fiscal*, 18: 65-89.

Autores

Authors

ALEJANDRO HUERGO LORA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y los contratos públicos.

EMILIO GUICHOT

Emilio Guichot, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Especialista en Garantía patrimonial, Derecho de la comunicación, Protección de Datos y Transparencia. Director del Observatorio de la Transparencia. Ha trabajado como asesor independiente para la OCDE y el Banco Mundial. Premio a la trayectoria profesional en protección de datos de la Agencia Vasca de protección de datos.

RAFAEL PIZARRO NEVADO

Rafael Pizarro Nevado es Doctor en Derecho por la Universidad de Córdoba. En actualidad es Profesor Titular de Derecho Administrativo en esa Universidad. Líneas de investigación: Derecho Administrativo, prestando particular atención a la organización administrativa, régimen local, Derecho Administrativo Sancionador, Derecho Urbanístico y Derecho del Medio Ambiente.

LUIS ENRIQUE FLORES DOMÍNGUEZ

Licenciado en Derecho Universidad de Sevilla. Funcionario con habilitación de carácter nacional-categoría superior. Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla. Profesor Asistente Honorario Departamento de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de Sevilla. Líneas de investigación: Administración Local, Urbanismo.

PIERPAOLO FORTE

Pierpaolo Forte (Nápoles, 1965), es Profesor habilitado ordinario de Derecho Administrativo, en posición como profesor asociado en la Università degli studi del Sannio en Benevento (Italia), donde enseña Derecho Administrativo e Instituciones de Derecho Público. Autor de una cincuentena de publicaciones científicas, ha sido, entre otras cosas, asesor legal en el Ministerio de Patrimonio y Cultura italiano, experto en la Presidencia de el Consejo de Ministros italiana, miembro de la Conferencia Regional sobre Contratos y Concesiones en la región de Campania, director científico del Consorcio Interuniversitario ALMALAUREA, miembro de la comisión técnica del Consorcio Interuniversitario CINECA, director de la Fundación Maggio Musicale Fiorentino de Florencia, de la Fundación CIVIS, que dirige el Arqueológico Museo virtual (MAV) en Ercolano y de la Fundación Antonio Morra Greco de Nápoles.

Actualmente es Presidente de la Fundación Donnaregina de Arte Contemporáneo, que dirige el Museo MADRE de Nápoles, miembro del Consejo de la Superintendencia de Pompeya y miembro del comité directivo de Federculture y de Ravello Lab - conversaciones internacionales.

Sus estudios se refieren principalmente a la cultura, los contratos públicos, las formas de gobierno local, las fundaciones públicas, la relación entre la política y la administración pública.

IRENE ROVIRA FERRER

Irene Rovira Ferrer es licenciada en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (2006) y Doctora en Derecho, dentro del Doctorado de la Sociedad de la Información y el Conocimiento, por la Universitat Oberta de Catalunya (2010). Desde el año 2010, es Profesora de Derecho Financiero y Tributario en la Universitat Oberta de Catalunya y sus principales líneas de investigación se centran en los derechos de los obligados tributarios, la Administración electrónica, la fiscalidad autonómica y local y la imposición directa.

ALEJANDRO DE DIEGO GÓMEZ

Licenciado en Derecho por la UNED, es Secretario–Interventor de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, actualmente en el Ayuntamiento de Avión (Ourense). Municipalista convencido propone una reforma en profundidad de la Administración Local, apostando por la fusión de Ayuntamientos. Participa en diversos foros impartiendo conferencias y publicando artículos tanto doctrinales como de opinión. Es colaborador en revistas y publicaciones especializadas en Administración Local y coautor en los libros colectivos: *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local* (2014) y *El Nuevo Procedimiento Administrativo Local tras la Ley 39/2015* (2016), editados por La Ley-Grupo Wolters.

FERNANDO CASANA MERINO

Fernando Casana Merino es profesor Titular de Derecho Financiero en la Universidad de Córdoba, y cuenta con la acreditación para Catedrático de Universidad. Es el Investigador Responsable del grupo de investigación SEJ 248 *Derecho Financiero y Tributario* de la Junta de Andalucía. Durante los años 2011 a 2014 ha sido evaluador de proyectos de investigación de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva. Sus principales líneas de investigación son: a) Los Procedimientos Tributarios. b) Los tributos sobre el Comercio Exterior.