

2022

NÚMERO 16

Madrid, 2023

ISSN: 1888-7392

ANUARIO de DERECHO Municipal



ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL
2022

ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2022



Universidad Autónoma
de Madrid



Instituto de
Derecho Local

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2023

El *Anuario de Derecho Municipal* es una publicación de carácter anual del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid que reúne una selección de estudios, informes sectoriales e informes de Ayuntamientos que reflejan las novedades y cuestiones más relevantes planteadas en el ámbito local, tanto desde el punto de vista académico como desde el de los profesionales al servicio de las Entidades Locales. Los sumarios de esta publicación pueden consultarse en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (<http://www.latindex.unam.mx>)

DICE (<http://www.dice.cindoc.csic.es>)

DIALNET (www.dialnet.unirioja.es)



El *Anuario de Derecho Municipal* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores en los trabajos publicados.

Contacto de la dirección, secretaría y redacción de la Revista:

Instituto de Derecho Local (<http://www.idluam.org>)

Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

Ctra. Colmenar Viejo km. 15, 28049 Madrid

☎ (91) 497 75 75

e-mail: sofia.simou@uam.es

2008, Instituto de Derecho local

Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid

<http://www.idluam.org>

idluam@uam.es

MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISSN: 1888-7392

Depósito legal: M. 15.626-2013

Fotocomposición: GREGORIO GONZÁLEZ SÁNCHEZ

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

MADRID, 2023



ORGANIZACIÓN DEL ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2022

Dirección:

Francisco VELASCO CABALLERO. *Catedrático de Derecho Administrativo y Director de Investigación del Instituto de Derecho Local (Universidad Autónoma de Madrid).*

Secretaría y Dirección Técnica:

Sofía SIMOU. *Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo (Universidad Autónoma de Madrid). Investigadora del IDL-UAM.*

Consejo Editorial:

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

Martin BURGL. *Professor für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht. München Universität.*

Tomás CANO CAMPOS. *Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad Complutense de Madrid).*

Raúl LETELIER WARTENBERG. *Profesor en la Facultad de Derecho (Universidad de Chile).*

Diego MARÍN-BARNUEVO FABO. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (Universidad Autónoma de Madrid).*

Carmen NAVARRO GÓMEZ. *Profesora Titular de Ciencia Política (Universidad Autónoma de Madrid).*

Diana SANTIAGO IGLESIAS. *Profesora Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Santiago de Compostela).*

Comité Asesor:

Carlos BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. *Primer teniente de alcalde. Concejal de Desarrollo Urbano, Administración Pública y Contratación. Ayuntamiento de Colmenar Viejo.*

Eloísa CARBONELL PORRAS. *Catedrática de Derecho Administrativo (Universidad de Jaén).*

Aida CASTILLEJO PARRILLA. *Alcaldesa. Ayuntamiento de Rivas-Vaciamadrid.*

Javier JUÁREZ DE LA MORENA. *Primer teniente de alcalde. Concejal de Coordinación General de Alcaldía. Portavoz del Gobierno Municipal. Ayuntamiento de Tres Cantos.*

Laurie REYNOLDS. *Research Professor and the Prentice H. Marshall Professor Emerita (University of Illinois).*

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad Autónoma de Madrid).*

Antonio SÁNCHEZ DÍAZ. *Director General de Planificación de RRHH. Ayuntamiento de Madrid.*

Héctor SANTAELLA QUINTERO. *Profesor de Derecho Administrativo (Universidad Externado de Colombia).*

ESTUDIO INTRODUCTORIO

20 años de Instituto de Derecho Local, 20 años de Derecho local

— 20 years of the Institute of Local Government Law, 20 years of Local Government Law

Francisco VELASCO CABALLERO

Director de Investigación del Instituto de Derecho Local. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	24
2. Continuidad constitucional	25
3. Dimensión política de las entidades locales	27
4. La planta local	29
5. Homogeneidad jurídica	31
6. Sistema de fuentes	33
7. Organización	34
8. Competencias	37
9. Formas de actuación local	41
10. Financiación	42
11. Bibliografía	43

ESTUDIOS

Planes antifraude, integridad y compliance de las entidades locales

— Anti-fraud plans, integrity, and compliance by local entities

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Girona

1. Presentación	48
2. Los planes de medidas antifraude para la gestión de los fondos <i>Next Generation</i>	50
2.1. Los Planes como mecanismo para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses	51
2.2. La concreción de las obligaciones de las entidades locales implicadas en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia	54
2.2.1. Medidas de prevención y abordaje de los conflictos de interés	54
2.2.2. Medidas de prevención del fraude	56
2.2.3. Medidas de detección del fraude	58
2.2.4. Medidas de corrección del fraude	59

	Pág.
2.2.5. Medidas de persecución del fraude.....	59
2.3. La implantación de los Planes antifraude en el ámbito local	60
3. Planes antifraude, integridad y <i>compliance</i> en el ámbito local.....	62
3.1. Los Planes antifraude en el contexto de la cultura del cumplimiento	64
3.1.1. Obligatoriedad <i>versus</i> voluntariedad	65
3.1.2. Inmediatez <i>versus</i> reflexión	66
3.2. Inconsistencias de la progresiva expansión del <i>public compliance</i>	67
3.2.1. El difícil equilibrio entre la ética y la estética en un contexto de desconfianza en la Administración	68
3.2.2. La tortuosa conciliación del <i>compliance</i> con el Derecho administrativo .	70
4. Reflexiones finales	74
5. Bibliografía.....	75

Comunidades energéticas: desafíos jurídicos para los entes locales

— Energy communities: legal challenges for municipalities

Inmaculada REVUELTA PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

1. Planteamiento	78
2. Administración local y transición energética	80
2.1. El (discutido) fundamento jurídico inicial de las políticas locales en este campo y el escaso impulso del legislador estatal.....	80
2.2. El Derecho europeo propugna la intervención de los entes locales en los mercados energéticos a través de comunidades energéticas.....	82
2.3. Marco competencial municipal	84
3. Sobre las comunidades energéticas.....	89
3.1. Consideraciones generales	89
3.2. Tipología.....	90
3.3. Forma jurídica.....	93
4. Posibilidades de actuación de los municipios y algunas cuestiones que plantean	94
4.1. Cesión de espacios municipales a comunidades energéticas (en particular, cubiertas de edificios).....	96
4.2. Participación en proyectos de autoconsumo colectivo de electricidad verde como socio o miembro de la comunidad energética.....	97
4.3. Sistemas urbanos de calefacción y climatización mediante comunidades energéticas	99
5. Consideración final	101
6. Bibliografía.....	102

El impacto transformador de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular en la gestión municipal de residuos de competencia local

— The transformative impact of Act 7/2022, of April 8th, on waste and contaminated soils for a circular economy in the municipal management of waste of local competence

J. José PERNAS GARCÍA

Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidade da Coruña

1. Introducción	107
2. Objetivos preventivos y de gestión orientados a la reutilización y reciclado de residuos	108
3. Nuevas previsiones sobre competencias de las entidades locales en la gestión de residuos y su incidencia en la gestión contractual de los servicios públicos	110
3.1. Un nuevo concepto de «residuo doméstico» que acota el alcance del ámbito material de los servicios públicos de recogida y tratamiento	110
3.2. Restricciones a la posibilidad de gestión por parte de las entidades locales de los residuos comerciales o industriales asimilables a domésticos	111
3.3. La nueva obligación de aprobación de programas de gestión de residuos	115
3.4. La obligación de disponer de una «red de recogida suficiente» para la recogida de residuos	116
3.5. Las obligaciones de información de las entidades locales en materia de gestión de residuos municipales	116
3.6. Limitación de la posibilidad de declarar como servicios públicos de determinadas operaciones de gestión de residuos	118
4. Las nuevas obligaciones de recogida separada que afectan a la configuración de los servicios públicos locales de recogida de residuos	119
5. Aspectos con incidencia en el ejercicio de la potestad normativa municipal en materia de residuos. Revisión y aprobación de ordenanzas generales y fiscales en materia de residuos	121
6. Novedades destacadas de la LRSCEC que afectan a la gestión contractual de contratos de recogida y tratamiento de residuos	122
6.1. La incidencia de los objetivos y obligaciones de la ley en la preparación y modificación de los contratos públicos	122
6.2. La utilización de los contratos de gestión de residuos para el fomento de la reutilización y el cumplimiento de objetivos sociales: la reserva de contratos para la gestión de residuos textiles y de muebles y enseres	124
6.3. La aplicación de medidas de formación y sensibilización ambiental en el marco de la ejecución de los contratos públicos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos	128
7. La extensión y modificación del régimen de responsabilidad ampliada del productor y su impacto en la gestión local	129
8. La aprobación del impuesto sobre el depósito de residuos en vertedero, incineración y co-incineración de residuos y su repercusión financiera en los servicios públicos de gestión de residuos	132

	Pág.
9. La implantación de una tasa municipal (o prestación patrimonial no tributaria) no deficitaria y que refleje el coste real	134
10. Consideraciones finales.....	136
11. Bibliografía.....	138

La reducción de la temporalidad en el empleo público local: la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y su aplicación a la Administración y sector público local durante 2022 y 2023

— The reduction of temporary employment in local public employment: Act 20/2021, of December 28th, and its application to the Administration and local public sector during 2022 and 2023

Xavier BOLTAÍNA BOSCH

Doctor en Derecho. Doctor en Seguridad Internacional. Profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política. Universitat Oberta de Catalunya. Directivo Público profesional en la Administración Local

1. Introducción	142
2. Elementos claves de la temporalidad en la administración y sector público local.....	144
3. La dificultad definitoria de las plazas estructurales	146
4. Plazas con perfil propio: personal a tiempo parcial, personal fijo discontinuo y trabajadores indefinidos no fijos	147
5. El concurso oposición en la LRT. Su aplicación en el ámbito local: art. 2	150
5.1. Naturaleza y estructura del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021 ...	150
5.2. Análisis específicos de los elementos configuradores del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021.....	152
5.3. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 de la Ley 20/2021	153
5.4. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 LRT: análisis de la aplicación práctica en las bases de las convocatorias.....	156
5.5. La fase de méritos en el procedimiento del art. 2.4 LRT	157
5.6. La estabilización en el ámbito local: medidas específicas	159
5.6.1. La excepción de los ejercicios teóricos del art. 8 del Real Decreto 896/1991	160
5.6.2. La excepción de los ejercicios prácticos del art. 9 del Real Decreto 896/1991	162
6. El concurso de méritos en la LRT. Las DDAA 6. ^a y 8. ^a	162
6.1. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 6. ^a	164
6.2. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 8. ^a	165
6.3. Contenido, alcance y límites de los méritos a valorar en los procesos de estabilización.....	168
6.4. La aplicación práctica del concurso de méritos en las convocatorias de estabilización de 2022	172
7. A modo de conclusión: algunos elementos para la reflexión	175
8. Bibliografía.....	176

Las actuaciones de dotación: su aplicación en la Comunidad de Madrid

— The performances of endowment: application in the Community of Madrid

Gerardo Roger FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Arquitecto y Urbanista

1. Introducción a las actuaciones de dotación: la deficiente gestión en el suelo urbano.	
La regulación de la Ley del Suelo 6/98.....	181
2. Consecuencias y secuelas de la regulación de la LS/98	183
3. La nueva legislación estatal y la regulación de las actuaciones de dotación.....	184
4. Régimen de gestión y equidistribución aplicables a las actuaciones de dotación	185
4.1. Determinación de la reserva de suelo dotacional.....	186
4.1.1. Procedimiento aplicable al estándar de la reserva dotacional.....	186
4.1.2. Determinación de la cuota de suelo dotacional.....	187
4.2. Procedimiento para el levantamiento de la carga correspondiente a la cesión de suelo dotacional	187
4.3. Determinación de la compensación económica correspondiente al suelo dotacional	189
4.4. Determinación del deber de porcentaje público de plusvalías	190
4.5. Procedimiento para la satisfacción del deber de participación pública en las plusvalías.....	191
4.6. Preceptividad de la Evaluación Ambiental Estratégica en las Actuaciones de Dotación.....	192
5. Las actuaciones de dotación en la Comunidad Autónoma de Madrid.....	193
5.1. Consideraciones previas.....	193
5.2. Las AdD en la legislación urbanística madrileña	193
5.2.1. La regulación en la Ley 9/2001	193
5.2.2. La regulación en la reciente «Ley Ómnibus».....	195
6. Conclusiones generales y virtualidades específicas derivadas de las AdD.....	196
6.1. Conclusiones generales.....	196
6.2. Virtualidades adicionales de las AdD	197
6.3. Conclusiones finales	198
7. Bibliografía.....	199

Análisis estratégico para la modernización de una Administración tributaria: el caso de la Agencia Tributaria de Madrid

— Strategic analysis for the modernization of a tax institution:

the Madrid tax agency case

Ignacio DURÁN BOO

Consejero Técnico. Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid

1. Introducción	202
2. Datos generales de la Agencia	204

	Pág.
2.1. Recursos disponibles	204
2.2. Actividad.....	204
2.3. El peso de la ciudad de Madrid dentro del conjunto nacional de los tributos municipales	206
3. Análisis del entorno y ámbitos de actuación	208
3.1. Pilares básicos de la estrategia para la transformación.....	208
3.2. Escenarios global y específico sobre los que diseñar el cambio.....	209
3.2.1. Escenario global	209
3.2.2. Análisis específico de la relación entre los ciudadanos/contribuyentes y los servicios tributarios ofrecidos por la Agencia	210
3.3. Ámbitos concretos para la transformación de la Agencia.....	212
3.3.1. Ámbito jurídico-legal	212
3.3.2. Ámbito operativo	213
3.3.3. Ámbito tecnológico.....	213
4. El plan estratégico 2020-2024	214
5. Fortalecimiento tributario	215
6. Transformación digital.....	216
7. La apuesta por los «tributos inteligentes»	217
8. Fiscalidad medioambiental	218
9. Cooperación en la gestión tributaria	219
10. Nueva estructura y redefinición de procesos.....	220
11. Conclusiones.....	221

Local fiscal autonomy in Toronto

Enid SLACK

Director, Institute on Municipal Finance and Governance School of Cities. University of Toronto

1. Introduction.....	224
2. Toronto in the context of the Canadian Federation	224
3. Toronto's finances.....	226
4. Provincial restrictions on municipal finance.....	229
4.1. Property taxes.....	230
4.2. Development charges	232
4.3. Provincial transfers	233
5. How has Toronto used its fiscal autonomy?	235
6. Toronto's ability to respond to external shocks.....	239
7. Final comments.....	242
8. Bibliography.....	242

Governance in Europe: insights from a survey among actors involved in local state-society relations

Hubert HEINELT

Professor for Public Policy, Public Administration and Urban Research at the Institute of Political Science Technical University Darmstadt (Germany)

1. Introduction.....	246
2. Insights on local governance in Europe.....	247
2.1. Looking for different ties in European local governance linking local state and society.....	247
2.2. The views on local state-society relations from the perspective of the actors involved. Results of the survey.....	250
3. Conclusion: surveys as a useful instrument for actor-centred approaches in local government studies and urban research	259
4. Bibliography.....	260

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico

Jorge CASTILLO ABELLA

Profesor Ayudante de Derecho administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	267
2. El régimen local, en general	268
3. Los entes locales ante los fondos europeos de recuperación.....	269
4. Organización del Ayuntamiento.....	269
4.1. Cargos electos locales	269
4.2. Órganos de gobierno.....	271
4.3. Transparencia y participación ciudadana.....	272
4.4. Administración municipal.....	273
5. Sector público local	274
6. Entidades locales infra y supramunicipales.....	275
7. Competencias municipales	276

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Normas municipales.....	279
1.1. Sistema de fuentes del Derecho local: doctrina y legislación	279
1.2. Jurisprudencia sobre normas municipales	281
2. Acto administrativo	283
2.1. Actos administrativos de la Administración local: doctrina y legislación	283

	Pág.
2.2. Jurisprudencia sobre actos administrativos.....	285
2.2.1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control	286
2.2.2. Requisitos del acto administrativo.....	287
2.2.3. Eficacia y ejecutividad del acto administrativo.....	289
2.2.4. Eliminación del acto administrativo	292
3. Procedimiento administrativo.....	297
3.1. Procedimientos administrativos locales: doctrina y legislación	297
3.2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo	302

Contratación local

Fernando DE LA PEÑA PITA

Abogado del Estado. Abogacía General del Estado

1. Introducción	307
2. Disposiciones generales	308
3. Las partes	311
3.1. Prohibiciones de contratar.....	311
3.2. Capacidad y solvencia	312
4. Preparación y adjudicación.....	314
4.1. Procedimiento en caso de advertir indicios fundados de posibles prácticas co- lusorias	314
4.2. Procedimientos de adjudicación	315
4.3. Las denominadas cláusulas sociales	317
5. Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos	319
5.1. Novedades en materia de lucha contra la morosidad en la contratación pública.	319
5.2. Revisión de precios.....	320
5.3. Otras cuestiones destacables	322
6. Medidas restrictivas sobre Rusia.....	324
7. Plan de recuperación, transformación y resiliencia	324

Tributos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Abogada y Profesora Asociada de Derecho financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	328
2. Principios de ordenación de las Haciendas locales.....	328

	Pág.
3. Ingresos de las Haciendas locales	329
3.1. Ingresos tributarios.....	329
3.1.1. Impuestos	329
3.1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles	329
3.1.1.2. Impuesto sobre Actividades Económicas	332
3.1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica	335
3.1.1.4. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.....	336
3.1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana	339
3.1.2. Tasas	344
3.1.2.1. Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público	344
3.1.2.2. Tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas	349
3.1.3. Contribuciones especiales.....	354
3.2. Otros ingresos	355
4. Procedimientos tributarios en el ámbito local	356

Presupuestos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	362
2. Presupuestos locales y estabilidad presupuestaria.....	362
2.1. Novedades normativas.....	353
2.2. Novedades jurisprudenciales.....	365
2.3. Novedades doctrinales.....	366
3. El control externo de la actividad económico-financiera local	367
3.1. La fiscalización externa de la actividad económico-administrativa de las entidades locales.....	367
3.1.1. Marco normativo en materia de fiscalización.....	367
3.1.2. Tribunal de Cuentas	368
3.1.3. Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.....	370
3.2. Responsabilidad contable	375

	Pág.
3.2.1. Tribunal Supremo	376
3.2.2. Tribunal de Cuentas	377
3.3. Novedades doctrinales	384

Medio ambiente urbano

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. 2022: ¿Un año en favor del medio ambiente?	387
2. Normativa, estrategias y otras decisiones en materia de medio ambiente (2022)	393
2.1. Unión Europea.....	393
2.2. Estado.....	394
2.3. Ámbito autonómico.....	396
2.4. Ayuntamiento de Madrid.....	397
3. Jurisprudencia	402
3.1. Aguas	402
3.1.1. Sobreexplotación acuíferos	402
3.1.2. Plan hidrológico y declaración de zonas húmedas.....	402
3.1.3. Inactividad de la Administración. Aguas residuales urbanas.....	402
3.1.4. Ejecución de proyecto que puede suponer deterioro de masas de agua	403
3.1.5. Municipalización en régimen de monopolio del agua potable	403
3.2. Contaminación atmosférica.....	403
3.2.1. Zonas de Bajas Emisiones. Barcelona	403
3.2.2. Derecho a respirar e indemnización.....	404
3.3. Residuos.....	404
3.3.1. Concepto «modificación sustancial» de una instalación	404
3.3.2. Concepto de «residuo» y de «subproducto»	404
3.3.3. Vertederos. Parque Tecnológico de Valdemingómez.....	405
3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia e interés legítimo colectivo	406
3.5. Parques eólicos y suspensión de la obligación de prestar una caución.....	406

Urbanismo y ordenación del territorio

Sofía SIMOU

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo (Contratada Doctora Acr.).
Universidad Autónoma de Madrid*

1. Introducción	408
2. Novedades normativas autonómicas y aportaciones doctrinales	410
3. Novedades jurisprudenciales y desarrollos doctrinales	417
3.1. Derecho de propiedad, derechos y deberes urbanísticos	417
3.2. Planeamiento urbanístico y territorial.....	417

	Pág.
3.2.1. Impugnación indirecta de planes territoriales por falta de evaluación ambiental.....	419
3.2.2. Control ambiental de planes de ordenación territorial y proyectos de ejecución de parques eólicos.....	419
3.2.3. Planes de ordenación territorial, informe de sostenibilidad económica e informes «neutros» en materia de género, familia e infancia.....	420
3.2.4. Planes urbanísticos e informe de sostenibilidad económica.....	422
3.2.5. Planes especiales y modificación de uso característico	422
3.2.6. Estudios de Detalle, informes sectoriales y evaluación ambiental estratégica	423
3.2.7. Informe de recursos hídricos en casos de concesiones en dominio público-hidráulico.....	424
3.2.8. Aprobación definitiva parcial.....	425
3.2.9. Efectos de la declaración de nulidad de los planes urbanísticos	425
3.3. Ejecución urbanística: entidades urbanísticas de conservación	426
3.4. Disciplina urbanística.....	327
3.5. Delitos urbanísticos.....	429

Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal

Julia ORTEGA BERNARDO

Profesora Titular de Derecho administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	432
2. Derecho de defensa de la competencia y actividades de los ayuntamientos.....	432
2.1. Sanción al ayuntamiento en la prestación del servicio de tanatorio	432
2.2. Informe emitido por autoridad de la competencia en relación con posible Convenio de Ayuntamiento con Colegio de Dentistas.....	433
3. Servicios públicos.....	433
3.1. Ausencia de implantación de un servicio municipal de carácter obligatorio	433
3.2. Conflictos derivados de la implantación de monopolio y de gestión directa para prestar el servicio municipal de abastecimiento de aguas en ámbitos no municipalizados	435
3.3. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia	438
3.3.1. En relación con los servicios municipales de abastecimiento de agua .	438
3.3.2. En relación con los servicios municipales de recogida de residuos.....	439
3.4. Formas de gestión de los servicios públicos.....	440
3.4.1. La gestión directa mediante sociedad mercantil municipal	440
3.4.2. Traslado de competencias y servicios municipales en materia de ferias y abastos asumidos por una entidad comarcal a la comunidad autónoma	441
3.5. Sostenimiento financiero de guarderías de titularidad municipal en Cataluña.	441

	Pág.
3.6. Anulación de la regulación autonómica de régimen local que disponía la no intervención de todos los ayuntamientos integrantes de la mancomunidad en la aprobación de la reforma estatutaria de dicha mancomunidad	442
3.7. Prestación de servicios sociales municipales de emisión de informes sobre unidades familiares en situación de vulnerabilidad.....	443
3.8. Bibliografía en materia de servicios públicos locales.....	443
4. Distinción entre iniciativa económica local y prestación de un servicio público	444
5. Iniciativa pública local en la actividad económica: la prestación municipal de servicios de odontología.....	445
6. Incidencia de las competencias municipales sobre los servicios y actividades económicas de los particulares	448
6.1. Las limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona y la libertad de establecimiento.....	448
6.2. Cambio de titularidad en la prestación de un servicio económico particular y necesidad de un título habilitante.....	449

Bienes públicos locales y expropiación forzosa

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid.

Instituto de Derecho Local

1. Bienes públicos.....	451
1.1. Novedades doctrinales.....	451
1.2. Novedades normativas.....	453
1.2.1. Estado y comunidades autónomas.....	453
1.2.2. Entidades locales	455
1.3. Novedades jurisprudenciales.....	456
2. Expropiación.....	460
2.1. Novedades doctrinales.....	460
2.2. Novedades normativas.....	461
2.3. Novedades jurisprudenciales.....	464
2.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	464
2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.....	465
3. Bibliografía.....	467

Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial

Héctor IGLESIAS SEVILLANO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	470
2. Jurisdicción contencioso-administrativa.....	470
2.1. Novedades normativas.....	470

	Pág.
2.2. Jurisprudencia destacada	478
2.2.1. Sobre el valor probatorio de los informes técnicos de la Administración.....	478
2.2.2. Medidas cautelares	479
2.2.3. Ejecución de sentencias	480
2.2.4. Recurso contencioso-administrativo indirecto	481
2.2.5. Control judicial de organismos reguladores sectoriales.....	483
2.2.6. Recurso contencioso-administrativo frente al silencio.....	484
2.2.7. Derecho a un doble grado en materia administrativa sancionadora....	485
2.3. Contribuciones doctrinales.....	486
3. Responsabilidad patrimonial de la Administración	487
3.1. Novedades normativas.....	487
3.2. Jurisprudencia destacada	487
3.2.1. Responsabilidad patrimonial y devolución de ingresos indebidos	487
3.2.2. Indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia.....	487
3.2.3. Principio de indemnidad y responsabilidad subsidiaria de la Administración: inexistencia	488
3.2.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador	489
3.3. Contribuciones doctrinales.....	492

Empleo público

Alfonso ESTEBAN MIGUEL

Ayudante Doctor Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	495
2. La reforma de la contratación laboral de 2021: impacto en la contratación temporal de las Administraciones públicas.....	496
3. El acceso al empleo público: especial referencia a los procesos de estabilización.....	497
3.1. El acceso al empleo público: aportación de la doctrina y pronunciamientos judiciales	497
3.2. La excesiva temporalidad en el sector público y los procesos de estabilización.	498
3.3. Las orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre los procesos extraordinarios de estabilización	500
4. De nuevo sobre la figura de los indefinidos no fijos	502
4.1. La conversión de los contratos temporales en «indefinidos no fijos».....	502
4.2. La integración del personal en los supuestos de reversión del art. 44 ET y de cesión ilegal: dos soluciones distintas	504
4.3. El régimen jurídico del personal indefinido no fijo: especial referencia al derecho a la excedencia voluntaria y al concurso de traslados	506
4.4. La extinción del contrato indefinido no fijo.....	507

	Pág.
5. La negociación colectiva en el sector público: especial referencia a la modificación del EBEP	508
6. Inconstitucionalidad de la reforma de los actos separables en el empleo público	509
7. Otras cuestiones relevantes en materia de empleo público	511
7.1. El estudio sobre el teletrabajo y la digitalización de la Administración	511
7.2. Otros pronunciamientos relevantes en el marco del empleo público	511
7.2.1. Cuestiones retributivas	511
7.2.2. Permisos de los funcionarios público	512

Corrupción (penalmente relevante) y Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO

Investigadora Juan de la Cierva en el Área de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	513
2. Novedades normativas y aportaciones doctrinales	514
2.1. Modificaciones al Código Penal.....	514
2.2. Otras normas con relevancia penal	518
3. Novedades en la jurisprudencia y en la doctrina	522
3.1. Delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente.....	522
3.1.1. Delito de prevaricación urbanística	522
3.1.2. Delito de prevaricación medioambiental	524
3.2. Delitos contra la Administración pública.....	526
3.2.1. Delitos de prevaricación.....	526
3.2.2. Delitos de cohecho.....	531
3.2.3. Delitos de tráfico de influencias.....	534
3.2.4. Delitos de malversación	536
4. Conclusiones.....	540

INFORMES DE AYUNTAMIENTOS

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE ESTILO PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN EL <i>ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL</i>	571

ESTUDIO INTRODUCTORIO

20 años de Instituto de Derecho Local, 20 años de Derecho local*

Francisco VELASCO CABALLERO
Director de Investigación del Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1055-3939

RESUMEN

En los veinte años de vida del IDL-UAM, el Derecho local se muestra generalmente estable, resistente frente a las múltiples crisis de esta época. En especial, frente a la crisis financiera de 2008 y la crisis sanitaria de 2020. Esta resistencia del régimen local se observa tanto en el nivel constitucional como en el legal, y es comprobable tanto en la planta local como en la organización, las competencias y la financiación locales. La estabilidad del régimen local sin duda que aporta seguridad jurídica al conjunto del sistema institucional. Pero también está impidiendo que las entidades locales españolas respondan con más eficacia y prontitud a nuevas realidades contemporáneas.

Palabras clave: gobierno local; régimen local; autonomía local; organización municipal; competencias locales; financiación local.

* Fecha de finalización del trabajo: 28 de abril de 2023. Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2019-105799RB-100 (Políticas y servicios públicos contra la despoblación), financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación.

Abreviaturas utilizadas: CE: Constitución española; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCREM: Ley de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid; LHL: Ley de Haciendas Locales; LMMGL: Ley de Medidas de Modernización del Gobierno Local; LOREG: Ley Orgánica del Régimen Electoral General; LREB: Ley del Régimen Especial de Barcelona; LRSAL: Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

20 years of the Institute of Local Government Law, 20 years of Local Government Law

ABSTRACT

In the twenty years of life of the IDL-UAM, local government law has been generally stable, resilient to the multiple crises of this time. Especially, in the face of the financial crisis of 2008 and the health crisis of 2020. This resistance of the local system is observed both at a constitutional and legal level and it is verifiable when observing the map of municipalities as well as their organization, local powers and local financing. The stability of the local regime undoubtedly provides legal certainty to the entire institutional system. But it also prevents local Spanish entities from responding more effectively and promptly to new contemporary realities.

Keywords: local government; local government law; local self-government; municipal organization; local competences; local financing.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL.—3. DIMENSIÓN POLÍTICA DE LAS ENTIDADES LOCALES.—4. LA PLANTA LOCAL.—5. HOMOGENEIDAD JURÍDICA.—6. SISTEMA DE FUENTES.—7. ORGANIZACIÓN.—8. COMPETENCIAS.—9. FORMAS DE ACTUACIÓN LOCAL.—10. FINANCIACIÓN.—11. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

1. El 22 de mayo de 2023 *se cumplen veinte años* de Instituto de Derecho Local, creado por Decreto 69/2003, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. Durante todos estos años, el IDL-UAM ha colaborado activamente en el análisis y formación del Derecho local en España. Ahora, con la vista puesta en este largo lapso de veinte años, tiene sentido analizar, al menos en sus grandes rasgos, cómo ha sido la evolución del Derecho local en España.

2. En términos generales se puede afirmar que el Derecho local español es *tendencialmente estable*. Ha habido varias reformas legislativas estatales, pero su alcance real ha sido más bien limitado. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL) trajo un nuevo régimen jurídico organizativo para los *municipios de gran población*. Esta ley aportó importantes cambios en la distribución interna de competencias (entre el pleno, la junta de gobierno y la alcaldía). También propició, entre otras modificaciones de detalle, la creación de órganos administrativos especiales (en materia económico-administrativa, o para las sugerencias y reclamaciones). Con la LMMGL quedó definitivamente instaurada la dualidad básica entre municipios de régimen «común» y los municipios «de gran población». Esta dualidad, aunque relevante desde el punto de vista organizativo, no se ha extendido a otros

aspectos relevantes del régimen local. Así, la distinción entre municipios comunes y de gran población no es en sí misma determinante para el régimen competencial y para la actividad municipal. Tampoco lo es para las relaciones con los niveles superiores de gobierno (las comunidades autónomas y el Estado), ni para el régimen financiero, que conforme al Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHL) se sirve de sus propias categorías de municipios, no de la distinción entre municipios de gran población y municipios comunes que contiene la LMMGL. La otra gran reforma legislativa del Estado, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), buscó una reforma profunda en las competencias locales y en el control —sobre todo financiero— sobre municipios y provincias. Pero, como más adelante se explicará, el alcance real de esta reforma legal ha sido más bien limitado.

3. También el *Tribunal Constitucional* ha abordado algunos aspectos fundamentales del régimen local, pero normalmente para consolidar la jurisprudencia dictada a principios de los años ochenta. Por otro lado, dada la amplitud de la regulación básica estatal y la tradicional ajeneidad de muchas comunidades autónomas respecto de sus entidades locales, las *leyes autonómicas* han aportado escasas novedades al régimen local. Finalmente, las propias entidades locales han aprovechado en escasa medida la autonomía que les atribuyen la Constitución y las leyes. Las entidades locales han actuado, en estos veinte últimos años, más como Administraciones públicas que aplican las leyes estatales y autonómicas que como gobiernos locales que ordenan, configuran y dirigen la vida colectiva en el marco de las leyes. La mencionada estabilidad del régimen local sin duda que aporta *seguridad jurídica* al conjunto del sistema institucional. Pero también *está impidiendo* que las entidades locales españolas respondan con más eficacia y prontitud a nuevas realidades contemporáneas. Con frecuencia, los ciudadanos reclaman de sus ayuntamientos y diputaciones provinciales respuestas e iniciativas difícilmente articulables conforme al régimen local vigente. En lo que sigue, se seleccionan algunos aspectos del régimen local a través de los cuales se puede observar la relativa estabilidad a la que se ha hecho referencia.

2. CONTINUIDAD CONSTITUCIONAL

4. En primer lugar, en perspectiva constitucional el Derecho local español es tendencialmente estable. A falta de reformas constitucionales expresas, la jurisprudencia constitucional ha mostrado una cierta continuidad y estabilidad, si bien más *en la sustancia* que en su argumentación formal. El contenido efectivo de la autonomía local garantizada por la Constitución se ha mantenido, en general, dentro del esquema básico definido al inicio de los años ochenta del siglo xx (SSTC 4/1981 y 32/1981). En términos comparados se trata de una autonomía local *relativamente alta y cualificada*¹, lo cual

¹ C. NAVARRO y E. PANO, «Local Autonomy in Spain: The Place of Spanish Municipalities in the Multilevel System of Government», en A. IGLESIAS ALONSO (ed.), *Local Governance in Spain*, Springer, 2022, pp. 247-265.

no significa que sea óptima. Más bien, indica que en muchos países, incluso europeos, la protección constitucional de la autonomía local es baja o muy baja.

5. Desde principios de los años ochenta del siglo XX, la garantía constitucional de autonomía local se ha construido sobre el instrumento técnico de la «garantía institucional», expresamente acogida por la STC 32/1981. Las crecientes críticas doctrinales a esta construcción teórica propiciaron, en fechas más recientes, la reconfiguración técnica de la autonomía local como «principio constitucional»: como un mandato finalista que impone a todos los poderes públicos (en especial, a los parlamentos) el máximo nivel de autonomía local posible, siempre que la ponderación con otros bienes y valores constitucionales así lo permita (STC 41/2016)². Si bien el cambio conceptual es muy relevante, y afecta por completo a la manera de argumentar las posibles infracciones constitucionales, no está claro que el nuevo modelo teórico haya deparado consecuencias prácticas relevantes en la sustancia de la autonomía local garantizada por la Constitución. De hecho, en las sentencias donde se formula el nuevo canon «principal» de autonomía local simultáneamente se aceptan parte de los recortes y controles introducidos por la LRSAL. El cambio conceptual y argumental iniciado en 2016 se ha mantenido en la jurisprudencia constitucional posterior (STC 82/2020), pero no de forma única. Conviven con esta nueva orientación conceptual otras sentencias en las que el TC se sigue sirviendo de la vetusta «garantía institucional» de autonomía local.

6. La relativa estabilidad de la garantía constitucional de autonomía local, más en su sustancia que en su formulación teórica, guarda relación con el escaso recorrido que, en los últimos veinte años, ha tenido el *conflicto en defensa de la autonomía local* introducido en 1999 (art. 75 *bis* de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC). La gran complejidad procesal del conflicto ha llevado, con mucha frecuencia, a su inadmisión total o parcial por el TC (p. ej., STC 152/2016, FJ 2.º). Esto ha sido determinante para que los asuntos de autonomía local hayan llegado a la jurisdicción constitucional *no desde la perspectiva propiamente local*, sino en clave de conflicto entre el Estado y las comunidades autónomas. En el marco de estos conflictos competenciales, la autonomía local ha sido una cuestión normalmente secundaria, resuelta por simple remisión a la imprecisa jurisprudencia sobre la «garantía institucional» de autonomía local sentada en 1981.

7. Desde la perspectiva constitucional, también es relativamente estable, a lo largo de los últimos veinte años, la *distribución competencial* sobre régimen local entre el Estado y las comunidades autónomas. Una vez que la STC 214/1989, FJ 14.º, sentó el carácter «bifronte» del régimen local, que autorizaba un régimen estatal básico extenso para la regulación de la Administración local (al amparo del art. 149.1.18 CE), se ha consolidado y reafirmado *la posición central del Estado* en la configuración legal del régimen local. En términos generales, y llevando al límite los criterios de la doctrina inicial

² L. MEDINA ALCOZ, «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, pp. 189-224.

del TC, las leyes básicas estatales contienen un régimen básico cada vez más extenso e intenso. La LMMGL es buena muestra de esta tendencia, al regular múltiples aspectos organizativos de los municipios de gran población que serían más propios de la legislación autonómica de desarrollo o, incluso, de la potestad municipal de autoorganización [conforme al art. 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL]. Posteriormente, la también trascendental Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), de nuevo mostró una comprensión muy amplia, por parte del Estado, de su propia competencia básica sobre régimen local. En relación con estas reformas legislativas expansivas (que consecuentemente reducen el ámbito propio de la legislación autonómica de desarrollo) el TC ha ofrecido una respuesta algo diferenciada: mucho más deferente hacia la ley estatal en la STC 103/2013 (respecto de la LMMGL) y menos permisivo en la STC 41/2016 (respecto de la LRSAL). Pero incluso en esta última sentencia se introduce una idea hasta ahora ausente en la jurisprudencia: una *amplia deferencia hacia el legislador estatal* para optar por unas bases estatales más favorables o más restrictivas de la autonomía local. Aunque este planteamiento de partida no supone por sí una comprensión amplia de la competencia básica estatal, sí tiene una consecuencia importante para las comunidades autónomas: que el ámbito material de su regulación es por completo inestable, lo cual afecta también decisivamente a la posibilidad de un modelo de régimen local propio en cada comunidad autónoma.

8. Un último análisis, en clave constitucional, se refiere a la *comprensión corporativa* del gobierno local. Ante la autorización de la LMMGL para incluir miembros no electos en la junta de gobierno local, el TC respondió con contundencia que el art. 140 CE claramente reserva el gobierno y la administración municipal a los concejales electos (STC 103/2013). Se trata de una doctrina poco ponderada que, en su propia literalidad, resulta de imposible cumplimiento. Pues si bien parece viable que el gobierno municipal se ejerza siempre por órganos integrados por concejales electos (pleno, alcaldía, junta de gobierno), ya resulta más complicado (y poco justificado) que también la *actividad administrativa* quede reservada a órganos con legitimidad democrática directa. Una doctrina constitucional tan estricta o literal como la mencionada impone una actividad administrativa *corporativa* (esto es, ejecutada por cargos electos) que se cohonesto mal con el principio de objetividad administrativa (art. 103.1 CE) y es de imposible realización en los municipios medianos y grandes. En estos municipios, al menos la actividad administrativa no es, ni puede ser, un asunto de concejales electos, sino de empleados públicos bajo la dirección de órganos de gobierno (estos sí, compuestos de concejales electos).

3. DIMENSIÓN POLÍTICA DE LAS ENTIDADES LOCALES

9. La estabilidad del régimen local español en los últimos veinte años alcanza también a la cuestión central de si las entidades locales son *organizaciones políticas* o

Administraciones públicas. El Derecho local constitucional está construido sobre los cimientos del régimen franquista, del que es expresión la Ley de Régimen Local de 1955 y sus reglamentos de desarrollo (algunos de ellos, aún directa o indirectamente vigentes). En una autocracia centralizada no hay distribución del poder político. Por eso, las únicas entidades territoriales reconocidas (los ayuntamientos y las diputaciones provinciales) sólo podían ser organizaciones *administrativas*, sometidas o estrechamente vinculadas a las autoridades estatales. Con el cambio constitucional era posible plantear que las entidades locales —al menos las directamente reconocidas por los arts. 140 y 141 CE— tienen sustancia política y no sólo naturaleza administrativa. Parecía lógico entender que entidades territoriales dotadas de autonomía (art. 137 CE) y con legitimidad democrática directa (los ayuntamientos, conforme al art. 140 CE) o al menos de carácter representativo (como las diputaciones provinciales, según el art. 141.2 CE) no eran reconducibles a la imagen constitucional de una Administración políticamente neutralizada y objetiva (art. 103.1 CE) aunque dirigida por un Gobierno netamente político (art. 97 CE). Sin embargo, desde el principio de la era constitucional arraigó la comprensión de las entidades locales como *meras Administraciones públicas*. Este resultado en parte puede deberse a la tradición estatal española desde principios del siglo XIX, tendente a *negar toda entidad política distinta de la Nación*. Pero también hay factores contemporáneos. Uno de ellos es el deseo de marcar distancias entre las entidades locales y las nacientes comunidades autónomas, a las que sí se reconoce sustancia propiamente política, no sólo administrativa (STC 88/1986, FJ 6.º). Finalmente, el difícil encaje de las entidades locales en el sistema constitucional de *distribución de competencias*, que atribuye al Estado las bases del régimen jurídico de las «Administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE) y no competencias específicas sobre las entidades locales, ha fomentado la comprensión de los gobiernos locales como Administraciones públicas. Pues sólo así el Estado podía regular ampliamente el régimen local.

10. La situación descrita se ha mantenido a lo largo de los últimos veinte años. Ha habido intentos varios de caracterizar a las entidades locales como organizaciones políticas, como gobiernos locales. Esta comprensión política de las organizaciones locales se ha defendido en la doctrina académica³ e incluso se ha plasmado en los estatutos de autonomía modificados a partir de 2006. Por ejemplo, el Estatuto catalán de 2006 se refiere siempre a los «gobiernos locales», no a la Administración local (art. 84.2). Mas estas iniciativas han tenido escaso éxito. Muy pronto, la STC 31/2010, sobre el Estatuto catalán, insistió en que las entidades locales son Administraciones públicas, y por tanto plenamente encuadrables en la competencia básica estatal sobre Administraciones públicas (FJ 100.º).

11. La insistente caracterización jurídica de las entidades locales como Administraciones públicas es causa de dificultades e incoherencias. Aunque los ayuntamientos, cabildos y consejos insulares cuentan con legitimidad democrática directa, su actuación

³ Por todos, T. FONT I LLOVET y A. GALÁN GALÁN, «Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2014, pp. 11-42 (p. 23).

se rige por *las mismas reglas que se aplican a las Administraciones públicas burocráticas*. Esto es, las entidades locales se equiparan a organizaciones administrativas que basan su legitimidad en el estricto cumplimiento de la ley y en su sometimiento a la dirección de un órgano político de gobierno (el Gobierno de España, conforme al art. 97 CE, o el gobierno de cada comunidad autónoma, conforme al correspondiente estatuto de autonomía). Visto desde el otro lado, típicas funciones administrativas, que exigen altos niveles de objetividad, neutralidad e imparcialidad (como la imposición de sanciones o el otorgamiento de autorizaciones) se ejercen en las entidades locales por cargos netamente políticos, por definición poco adecuados para la aplicación subsuntiva de las leyes. Esto obliga, en ocasiones, a interpretaciones tortuosas de las leyes administrativas, cuando se aplican a los órganos municipales. Por ejemplo, una aplicación cabal del mandato de abstención a los alcaldes y concejales electos, conforme al tenor del art. 23.1.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), haría casi imposible el propio funcionamiento municipal, pues es normal que un alcalde o concejal tenga «interés personal», siquiera de carácter político, en los asuntos que resuelve. Para evitar este resultado, se opta generalmente por una interpretación alternativa o flexible del mandato legal de abstención, cuando se aplica a la Administración local. Es esta una muestra, entre muchas, de la disfuncional aplicación de leyes administrativas (normalmente dirigidas a empleados públicos) a órganos y cargos de naturaleza política.

4. LA PLANTA LOCAL

12. Pocas estructuras institucionales son más estables en España que la planta local. El número de municipios y provincias ha cambiado poco desde los inicios del siglo XIX. Y menos aún respecto del Decreto de 30 de noviembre de 1833⁴. Es cierto que algunas comunidades autónomas han añadido las comarcas como nuevo nivel de gobierno local⁵, pero estas nuevas entidades locales sólo han complementado a las *provincias*; no las han sustituido. Esta estabilidad histórica de la planta local es también visible en las últimas dos décadas. Aunque repetidas veces se ha abierto el debate sobre las provincias, ese debate no ha llevado en ningún caso a cambios relevantes. Para los municipios, los renovados *intentos de fusión* (tanto por parte del Estado como de algunas comunidades autónomas) no han producido prácticamente ningún resultado. La LRSAL de 2013 hizo un último intento de fomento de las fusiones municipales voluntarias, mediante incentivos financieros (nuevo art. 13 LBRL). Este último intento de fusión estatal era constitucionalmente dudoso, dada la amplitud de las competencias autonómicas sobre

⁴ E. ORDUÑA REBOLLO, *Municipios y provincias*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Federación Española de Municipios y Provincias, Madrid, 2003, pp. 305 y ss. *Vid.* también el informe *Variaciones de los municipios de España desde 1842*, INAP, Madrid, 2008, p. 4.

⁵ D. SANTIAGO IGLESIAS, «Provincia, comarca y área metropolitana», en F. VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 287-316 (pp. 305-310).

este aspecto del régimen local⁶. Además, los incentivos financieros eran demasiado recautados como para propiciar fusiones municipales a gran escala. El resultado final es que las iniciativas de fusión han sido escasísimas, y donde finalmente se han producido, han estado envueltas de oposición.

13. Si bien los dos últimos decenios no han traído modificaciones en la planta local, sí se han abierto paso algunas nuevas orientaciones que, aun sin cuestionar la estructura de la planta local, le han aportado nueva funcionalidad. De un lado, con la aprobación de la LRSAL las provincias han reforzado parcialmente sus funciones de coordinación [arts. 26.2 LBRL y 36.1.a)] y suplencia [art. 36.1.c) LBRL] en relación con los municipios pequeños. De otro lado, se ha extendido también la idea de que los municipios y sus correspondientes provincias forman una *comunidad política única*, articulada en dos escalones o niveles complementarios (el municipal y el provincial). Esta idea, inicialmente sólo doctrinal⁷, es hoy también jurisprudencia constitucional [STC 82/2020, FJ 7.ºa)].

14. También, en algunas comunidades autónomas se ha creado un *nuevo tipo de mancomunidades*, tendencialmente integrales, que pretenden cubrir la deficiente institucionalización del espacio propiamente comarcal. Expresiones de esta tendencia son las mancomunidades integrales extremeñas (reguladas en la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura) y las mancomunidades comarcales valencianas (reguladas en la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de mancomunidades de la Comunitat Valenciana). Esta renovada orientación comarcal e integral de las mancomunidades está en sus inicios. Su futuro está condicionado por algunos factores jurídicos. Al Estado le corresponde introducir modificaciones en la legislación básica estatal (LBRL) que faciliten y abran nuevas posibilidades a la regulación autonómica de este tipo de mancomunidades; y también le corresponde abrir las transferencias estatales de la PIE (Participación en los Ingresos Estatales), hoy reguladas en los arts. 118 y ss. y 140 y ss. LHL, a estas mancomunidades. A partir de ahí, a cada comunidad autónoma le corresponde, en función de sus singularidades territoriales, regular distintos tipos de mancomunidades integrales o comarcales: para los espacios urbanos metropolitanos; y para las áreas rurales. También corresponde a las comunidades autónomas la generación de incentivos para la formación de estas mancomunidades (lo que fundamentalmente pasa por la mejora y estabilización de su financiación, singularizada respecto de los actuales planes de cooperación local) y la regulación de la elección ciudadana directa de los órganos de gobierno de estas mancomunidades, imprescindible para su configuración como entidades locales «integrales». En todo caso, esta posible institucionalización de las

⁶ F. VELASCO CABALLERO y C. VIVER I PI-SUNYER, «Competencias para la reforma de la planta local», *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012, pp. 113-114.

⁷ M. ZAFRA VÍCTOR, «Relaciones entre municipios y provincias», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, 2012, pp. 119-140 (p. 123).

mancomunidades comarcales tiene límites constitucionales relevantes, ya que no puede cuestionar la posición del municipio como entidad local básica (art. 140 CE) y ha de respetar la posición institucional de la provincia como segundo nivel de gobierno local (art. 141.1 CE).

5. HOMOGENEIDAD JURÍDICA

15. La estabilidad del régimen local también se observa en su *alta homogeneidad*, en un doble sentido: de un lado, una legislación estatal tanto extensa como intensa concede un espacio normativo limitado para las comunidades autónomas y, por extensión, para cada entidad local; de otro lado, tanto las leyes estatales como las autonómicas regulan de forma tendencialmente uniforme la organización y el funcionamiento tanto de los municipios como de las entidades locales supramunicipales (provincias y comarcas). Como sigue.

16. En primer lugar, la *legislación básica estatal*, que ya desde 1985 es extensa e intensa, ha ensanchado sus contenidos en las dos últimas décadas. La LMMGL, si bien introduce un régimen organizativo singular para los *municipios de gran población*, lo hace de manera uniforme. Esto es, no permite que la singularidad se diversifique en cada comunidad autónoma, o por ordenanzas y reglamentos de cada municipio. La nueva configuración competencial de la alcaldía, el pleno y la junta de gobierno, o la necesaria creación por cada ayuntamiento de una «comisión especial de sugerencias y reclamaciones» (art. 132 LBRL) o de entidades territoriales desconcentradas (art. 128 LBRL), es una opción legislativa imperativa para todos los municipios de gran población (y, por tanto, indisponible para las leyes autonómicas y los reglamentos orgánicos municipales). Es esta una opción al tiempo diferenciadora (porque sólo se refiere a los municipios de gran población) y *uniformizadora* (dado que rige para los municipios de gran población de toda España) que ha recibido el visto bueno del TC (STC 103/2013). Una década después, en 2013, la LRSAL *volvió a ampliar la uniformidad* del régimen local, en un cuádruple eje: para limitar las competencias municipales; para reducir la planta local inframunicipal (entidades locales menores o autónomas); para ampliar las competencias provinciales de coordinación; y para aumentar los controles económico-financieros sobre el conjunto de las entidades locales. En este caso, el TC rechazó algunas de las nuevas reglas uniformadoras del Estado. Fundamentalmente, el TC rechazó o desactivó en la práctica los preceptos referidos a las competencias municipales (STC 41/2016, FFJJ 10.º y 13.º), pero aceptó en cambio otras vías de homogeneización del régimen local, como la privación de personalidad jurídica a las futuras entidades locales menores (FJ 7.º), o el nuevo régimen de control económico financiero (STC 111/2016).

17. La alta uniformidad tradicional del régimen local español podría haber llegado a su fin con la *reforma de algunos estatutos de autonomía* a partir de 2006. Estos estatutos incluían un mayor espacio competencial autonómico para la configuración de

la planta local, la organización administrativa, las relaciones con las correspondientes Administraciones autonómicas y las competencias locales. Sin embargo, la contundente STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en la práctica redujo todas las nuevas competencias autonómicas exclusivas al *mero desarrollo* de las bases estatales. Afirmando la incapacidad de los estatutos de autonomía para delimitar o perfilar las competencias estatales (FJ 4.º), el TC confirmó que el régimen local lo configura fundamentalmente el Estado, a través de una competencia que, aunque formalmente es sólo «básica», puede ser muy extensa e intensa, porque no puede ser delimitada por los estatutos de autonomía.

18. La segunda fuente de homogeneidad en el régimen local, ya mencionada indirectamente, deriva de la propia creación de *dos macro-tipos de municipios*: los de régimen común y los de gran población. Esta tipificación legal (básica) de los municipios dificulta la adaptación del régimen local a las peculiaridades de cada territorio y de cada municipio. Las posibles singularidades mediante leyes autonómicas, previstas inicialmente en el art. 30 LBRL (p. ej., para los municipios pequeños o de carácter rural, o para los turísticos) han dado paso, con la LMMGL, a *dos grandes tipos uniformes* de municipios. Esa uniformidad dentro de cada tipo sólo quiebra en supuestos tasados: cuando media una ley estatal singular o de «carta municipal», como ocurre con Madrid (Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, LECREM) y Barcelona (Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona); cuando la propia LBRL autoriza alguna singularidad autonómica complementaria (es el caso de la DA 6.ª³ LBRL en relación con la ciudad de Barcelona); o cuando, en el limitado espacio propio de la legislación autonómica de desarrollo, se establecen algunas singularidades para algunos municipios (es el caso de las leyes de capitalidad autonómicas, como la Ley balear 23/2006, de 20 de diciembre, de capitalidad de Palma de Mallorca)⁸. En todos estos casos, la diversidad de régimen jurídico es normalmente *heterónoma*, no autónoma. Esto es: es una ley estatal o de la correspondiente comunidad autónoma quienes singularizan el régimen jurídico de un grupo de municipios o de concretos municipios. Esas leyes conceden *pocos espacios de auto-singularización* a los ayuntamientos (mediante reglamentos orgánicos). Las leyes crean directamente la diversidad jurídica de estos municipios. Este rasgo de homogeneidad no es sólo una opción política estatal y autonómica, sino que frecuentemente parte de los propios municipios. Tal y como muestra la reciente iniciativa del Ayuntamiento de Barcelona para la actualización de su carta municipal y de la Ley especial estatal, son los propios municipios quienes, en lugar de reclamar más espacio para su autorregulación, instan reformas singularizadoras con *rango de ley*⁹, con el objetivo de blindar a futuro la singularidad jurídica pretendida.

⁸ J. AGUDO GONZÁLEZ, «La regulación de las capitales regionales y su trascendencia a nivel territorial», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 30, 2012, pp. 87-110.

⁹ En este sentido, A. GALÁN GALÁN, «El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes», en T. FONT I LLOVET, *La carta municipal de Barcelona i el Dret de la Ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, 2022, pp. 61-114 (p. 66).

19. Recientemente, en la presente legislatura, se ha iniciado la elaboración de un régimen jurídico básico especial para los *municipios pequeños o en riesgo de despoblación*. Esta iniciativa de reforma de la LBRL incide de nuevo en la identificación de un gran grupo de municipios que, de esta manera, contaría con un régimen jurídico singular pero común para toda España. Esta reforma legislativa es, por ahora, de futuro incierto. En la medida en que está estrechamente vinculada al fenómeno de la despoblación rural, es dudoso que pueda incluir a los pequeños municipios que no afrontan problemas de despoblación, o donde la actuación de las entidades locales supramunicipales (provincia, comarca, mancomunidades integrales) suplen de forma eficiente las limitaciones de estas entidades.

6. SISTEMA DE FUENTES

20. En términos generales, la estructura del Derecho local, en sus distintos niveles, permanece estable en las dos últimas décadas. De un lado, la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (CEAL) sigue mostrando una eficacia normativa muy débil. Apenas aparece en la jurisprudencia como un recurso argumental para la interpretación de las leyes internas. Significativamente, el incumplimiento por España del art. 9.5 CEAL en relación con la financiación de los municipios pequeños, expresamente declarado por el Congreso de Autoridades Regionales y Locales del Consejo de Europa¹⁰, no ha merecido hasta hoy ninguna respuesta normativa interna. De otro lado, tras la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la extensa *legislación básica estatal* sobre régimen local mantiene su posición hegemónica en el sistema de fuentes, limitando de forma terminante el espacio legislativo autonómico. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha declarado con rotundidad la inconstitucionalidad de algunas leyes autonómicas no plenamente coincidentes con preceptos de la LBRL. Tal es el caso de la STC 19/2022, FJ 3.º, referida al art. 74.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, relativo a los estatutos de las mancomunidades. Otras cuestiones importantes sobre el sistema de fuentes, como la relación entre los reglamentos gubernativos (estatales o autonómicos) y las ordenanzas municipales, se mantienen en estado de incertidumbre, dando lugar a una jurisprudencia casuística.

21. Por lo que se refiere específicamente a las ordenanzas y demás normas dictadas por las entidades locales, se ha consolidado en los últimos veinte años la *comprensión flexible de las reservas constitucionales de ley* en relación con las ordenanzas municipales, conforme a la jurisprudencia constitucional iniciada por las SSTC 233/1999 y 132/2001. También es estable, por ahora, la negación de potestad normativa (reglamentaria) a otros órganos municipales distintos del pleno. En especial, en los municipios de gran pobla-

¹⁰ Congress of Local and Regional Authorities, Recommendation 465 (2021), Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in Spain, CG(2021)41-07final, 22 September 2021, § 225, p. 37.

ción la jurisprudencia niega que los *decretos de la junta de gobierno* puedan desarrollar normativamente las ordenanzas del pleno¹¹. Esta jurisprudencia es especialmente llamativa si se tiene en cuenta que, por exigencia de la STC 103/2013, la junta de gobierno municipal está compuesta en su integridad por concejales electos, seleccionados por el alcalde o alcaldesa de entre quienes componen el pleno. Esto es, en términos de *legitimidad democrática*, que es el criterio determinante para definir la potestad normativa de cualquier órgano, la junta de gobierno municipal ocupa una posición institucional reforzada, lo que aboga por una potestad normativa propia, siquiera de desarrollo de las ordenanzas del pleno. Sin embargo, a la vista de la contundente jurisprudencia contenciosa en sentido contrario, la posible potestad normativa de la junta de gobierno requiere de modificaciones legislativas expresas, en el sentido ya avanzado por el art. 26.2.c) de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona.

22. Una modesta innovación contemporánea, referida a la relación entre las leyes y las ordenanzas locales, consiste en la *regulación legal meramente supletoria*, en defecto de regulación local expresa. Así, por ejemplo, el vigente art. 156.2 de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, de Suelo (modificada por la Ley madrileña 11/2022, de 21 de diciembre, en relación con los controles urbanísticos municipales) establece expresamente que su regulación sobre las declaraciones responsables sólo es aplicable mientras no sea *desplazada por una ordenanza municipal*. Se abre así la posibilidad de leyes estatales o autonómicas meramente supletorias, aplicables sólo en defecto de regulación municipal. En estos casos, allí donde la ley (estatal o autonómica) puede regular una concreta materia de interés local, puede optar tanto por una regulación terminante, sin excepciones, o por una regulación sólo supletoria, en defecto de regulación local expresa. Esta última una opción legislativa es óptima desde la perspectiva del principio constitucional de autonomía local (art. 137 CE). Además, esta opción no está afectada por la jurisprudencia constitucional contraria a las *leyes estatales meramente supletorias* de las leyes autonómicas (SSTC 118/1996 y 61/1997). Pues recuérdese que esta doctrina constitucional no impide *per se* la supletoriedad de las leyes estatales, sino la posibilidad de que el Estado apruebe leyes meramente supletorias en materias en las que no es competente (como los transportes urbanos, según la STC 118/1996 o el urbanismo, conforme a la STC 61/1997). Fuera de estos casos, allí donde el Estado legisla al amparo de una *competencia propia*, tanto puede regular de forma terminante como permitiendo el desplazamiento de parte de sus normas (por leyes autonómicas o, incluso, por ordenanzas municipales).

7. ORGANIZACIÓN

23. En 2003, la LMMGL estableció un nuevo modelo organizativo municipal, aunque sólo para los municipios de gran población. Desde entonces *se mantiene la di-*

¹¹ Por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 2009 (ECLI:ES:TSJM:2009:8083).

cotomía organizativa entre estos municipios y los de «régimen común». Dada la notable extensión y concreción de la LBRL en relación con los dos grupos de municipios, son pocas las novedades organizativas de las leyes autonómicas y de los reglamentos orgánicos municipales. En este sentido, si bien es cierto que algunos ayuntamientos regulan expresamente y de forma innovadora las «áreas de gobierno» o la estructura orgánica de los distritos, tales regulaciones orgánicas son muy secundarias, dado que están condicionadas por la extensa regulación de la LBRL y, complementariamente, por el régimen básico de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

24. En términos generales, el modelo organizativo de los municipios de gran población se ha consolidado. Sobre todo, en dos aspectos: la distribución de competencias entre el pleno, la junta de gobierno y la alcaldía, que claramente concentra en la junta de gobierno las competencias administrativas; y la creación de órganos administrativos independientes, como los tribunales económico-administrativos municipales (art. 137 LBRL). El singular régimen organizativo de los municipios de gran población se ha perfeccionado incluso en el art. 17 LECREM, que ahonda en el protagonismo competencial de la junta de gobierno, en detrimento del pleno. Probablemente será este modelo organizativo el que, en un futuro próximo, servirá de patrón para todas las grandes ciudades. Esto incluye a la ciudad de Barcelona que, aunque desde la Ley catalana 22/1998 cuenta con un régimen organizativo especial, esa regulación ha quedado ya superada por la luego contenida en la Ley especial de Madrid¹².

25. La *eficacia real* del régimen organizativo especial para los municipios de gran población es muy diversa. Dados los amplios criterios legales para la calificación de un municipio como de «gran población» (art. 121.1 LBRL), en este grupo de municipios se encuentran los verdaderamente grandes (como Sevilla, Zaragoza, Málaga, Valencia y Murcia) junto a otros mucho más pequeños, con población poco superior a los 75.000 habitantes. Este dato, sumado a la regulación homogénea de todos los municipios de gran población en la LBRL, explica que sólo los municipios verdaderamente grandes hayan optimizado las estructuras organizativas previstas en el Título X de la LBRL. Así, por ejemplo, la obligada existencia de distritos en todos los municipios de gran población se cumple sólo de forma nominal en algunas ciudades, donde por tamaño y tradición la desconcentración territorial no es una prioridad¹³. También, la necesaria distinción orgánica entre la secretaría general del pleno y el órgano de apoyo a la secretaría de la junta de gobierno municipal, impuesta por el art. 126.4 LBRL, no siempre tiene correspondencia en puestos de trabajo y de plantilla verdaderamente diferenciados. Para

¹² F. VELASCO CABALLERO, «Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización. Distritos. Organización municipal. Forma de gestión de los servicios», en T. FONT I LLOVET, *La carta municipal de Barcelona i el Dret de la Ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, 2022, pp. 117-151 (p. 118).

¹³ A. ZURITA, «Los distritos de la villa de Bilbao», en C. PRIETO ROMERO y A. GALÁN GALÁN, *Los distritos: gobiernos de proximidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 442 y ss.

una futura revisión del régimen especial de grandes municipios resulta aconsejable *mayor flexibilidad en la LBRL*, a fin de que sea cada ayuntamiento, mediante sus reglamentos orgánicos, quien verdaderamente adapte su organización interna a sus dimensiones y necesidades. Una buena opción normativa, siguiendo la experiencia de las leyes autonómicas supletorias (*supra* § 22), consiste en que la LBRL contenga reglas orgánicas concretas e imperativas, pero *supletorias*. Esto es, susceptibles de desplazamiento aplicativo: bien por leyes autonómicas (con respeto a la autonomía local), bien por reglamentos orgánicos municipales.

26. Uno de los aspectos organizativos de los municipios de gran población más necesitados de actualización se refiere a la concentración de *competencias administrativas* en un órgano colegiado, como es la *junta de gobierno*. A diferencia de los municipios de régimen común, donde las competencias administrativas se atribuyen por la ley a la alcaldía y —en menor medida— al pleno (arts. 21 y 22 LBRL), en los municipios de gran población la junta de gobierno monopoliza las competencias administrativas; esto es, la aplicación de normas previas a casos concretos. Para una buena parte de estas competencias (las que tienen menor densidad política), y siguiendo el modelo gubernativo estatal y autonómico, se justifica la atribución de más competencias a *órganos unipersonales*. En principio, sería incluso aconsejable que parte de esas competencias recayeran en *cargos directivos* (coordinadores y directores generales, gerentes). Sin embargo, la exagerada reserva constitucional de las funciones gubernativas y administrativas a cargos electos municipales, conforme a la STC 103/2013, FJ 6.º, obliga a que esta posible atribución de competencias a órganos municipales unipersonales se limite a concejales. En este sentido, y siguiendo el modelo ministerial estatal, a la junta de gobierno podría corresponder la distribución (no delegación) de competencias sectoriales entre distintos concejales.

27. Estrechamente relacionado con lo anterior, aunque no limitado ya a los municipios de gran población, está el anquilosado *sistema de traslados competenciales internos*, en el seno de cada municipio. Como es sabido, pese a que las leyes de régimen local sólo atribuyen competencias municipales a tres órganos (el pleno, la junta de gobierno y la alcaldía) en la práctica la gran mayoría de las competencias administrativas municipales *se delegan*, siendo los concejales individuales los destinatarios naturales de esas delegaciones. De esta manera, en la práctica las competencias municipales no están verdaderamente concentradas en los tres órganos superiores de gobierno, sino distribuidas, mediante delegación y con criterio sectorial, entre múltiples concejales. Sin embargo, al tratarse de competencias delegadas (no atribuidas normativamente a cada concejal) rige aquí el régimen general de las delegaciones orgánicas (art. 9 LRJSP), lo que es causa de múltiples disfunciones. Recuérdese que, mediante la delegación, el órgano delegado no actúa en nombre propio, sino en el del delegante (art. 9.4 LPRJSP), que la delegación se puede revocar por el delegante en cualquier momento (art. 9.3 LRJSP), y que ciertas decisiones están excluidas de la delegación (art. 9.2 LRJSP). Estas reglas, aplicadas a las delegaciones municipales, determinan que todas las decisiones de los concejales, cuando actúan por delegación, agotan la vía administrativa [art. 52.2.b) LBRL], lo que

indirectamente instrumentaliza al recurso de reposición como un verdadero recurso jerárquico. Como alternativa a esta situación resulta conveniente un mayor juego para la *desconcentración*, apenas mencionada en el art. 8.2 LRJSP. Ello permitiría que la alcaldía (en los municipios de régimen común) y la junta de gobierno (en los municipios de gran población) distribuyesen la titularidad de competencias entre diversos concejales, y que luego fueran estos quienes, como titulares desconcentrados de una competencia administrativa, delegasen su ejercicio en órganos directivos (coordinadores y directores generales o gerentes). De esta forma se formalizaría jurídicamente la —ya real— departamentalización de la actividad administrativa municipal.

8. COMPETENCIAS

28. El sistema de competencias locales es sustancialmente estable desde principios de los años noventa del siglo XX, y por tanto también durante los últimos veinte años. Aunque la LRSAL de 2013 ensayó una reforma en profundidad de este régimen, diversos factores han ido limando el alcance de esta reforma, hasta prácticamente esterilizarla. Como es sabido, desde la STC 4/1981 viene insistiendo el TC en que las entidades locales deben contar con competencias «propias» (FJ 3.º). El art. 25.3 LBRL entiende desde 1985 que esas competencias propias *han de asignarlas las leyes estatales o autonómicas*, en función de la materia sectorial a la que se refieran. Esta premisa, imprescindible para evitar un vaciamiento de las competencias sectoriales autonómicas, fue asumida por la STC 214/1989, FFJJ 3.º y 12.º Sin embargo, pese a la claridad original del art. 25 LBRL y de la propia jurisprudencia constitucional, lo cierto es que ni la jurisprudencia ni la mayoría de la doctrina académica han interiorizado el significado real del art. 25 LBRL. Son muy frecuentes las sentencias contencioso-administrativas que abiertamente declaran que el art. 25.2 LBRL enuncia expresamente las competencias municipales, incluso las referidas a materias propias de las comunidades autónomas. El mismo planteamiento se encuentra en gran parte de la doctrina académica¹⁴. En cambio, la jurisprudencia constitucional en ningún momento ha acogido este planteamiento, y sigue insistiendo en que la concreta atribución de competencias sectoriales a los municipios no corresponde por entero al Estado, sino que corresponde a las comunidades autónomas cuando se refieren a materias competenciales autonómicas [STC 41/2016, FJ 7.º c)]. Según lo dicho, la estabilidad del régimen competencial municipal, a la que ya se ha hecho referencia, consiste precisamente en la *tensión estructural* entre, de un lado, la jurisprudencia contenciosa, la doctrina académica y la práctica administrativa y, de otro lado, el verdadero sistema constitucional de competencias locales que deriva de la Constitución y configura la LBRL.

¹⁴ Por ejemplo, en materia de vivienda (competencia exclusiva de todas las comunidades autónomas): F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022, pp. 35-64 (p. 57).

29. Como se ha anunciado, en 2013 la LRSAL intentó limitar la extensión de las competencias municipales. Para ello: derogó el texto original del art. 28 LBRL (que atribuía a los municipios una competencia universal para complementar la actividad del Estado y las comunidades autónomas); redujo el listado de materias de interés local, donde las leyes estatales o autonómicas necesariamente han de atribuir competencias a los municipios (art. 25.2 LBRL); creó normativamente las llamadas «competencias impropias» (art. 7.4 LBRL); y prohibió expresamente la actuación municipal en materias como la atención sanitaria (DA 1.^a LRSAL). Pese a la amplitud de la reforma competencial pretendida, lo cierto es que sus efectos reales son prácticamente inexistentes¹⁵. De un lado, las leyes autonómicas se ocuparon, en primer lugar, de vaciar de contenido el concepto de «competencias distintas de las propias» del art. 7.4 LBRL, ocupando este precepto, en la práctica, la función de competencia universal municipal que anteriormente cumplía el art. 28 LBRL. De otro lado, la jurisprudencia constitucional, al enjuiciar la LRSAL, limitó severamente las reformas más agudas del régimen competencial. En primer lugar, al rechazar el concepto mismo de competencias municipales «impropias», y declarar en cambio que el art. 7.4 LBRL contiene una «competencia propia general» [STC 41/2016, FJ 10.*d*)], el TC impidió el cambio trascendental en el régimen competencial pretendido por la LRSAL. En segundo lugar, y como ya se ha mencionado más arriba, también el TC insistió, expresa y contundentemente, en que el art. 25.2 LBRL no contiene un listado tasado de competencias municipales, sino un listado de materias mínimas en las que las leyes (estatales o autonómicas, según la materia sectorial) necesariamente han de atribuir competencias a los municipios. En consecuencia, el hecho de la que la LRSAL redujera el listado de materias de interés municipal del art. 25.2 LBRL *no impedía que las leyes autonómicas* (en sus materias competenciales) atribuyeran a los municipios competencias en otras muchas materias. Por último, la exclusión de la actividad municipal en ciertas materias (como la atención sanitaria o los servicios sociales) fue abiertamente rechazada por el TC (STC 41/2016, FJ 13). Según lo dicho, se puede concluir que, en relación con las competencias municipales, el TC ha reafirmado el *status quo* precedente, en el que la LBRL y la jurisprudencia constitucional insisten en que es la ley estatal o autonómica (en función de la materia) quienes atribuyen concretas competencias a los municipios, mientras que la jurisprudencia contenciosa, la doctrina académica y la práctica identifican en el Estado una competencia legislativa mucho más amplia para definir las competencias municipales, incluso en materias propiamente autonómicas (como transportes urbanos, urbanismo, vivienda, etc.).

30. Las *competencias provinciales* también son claramente estables desde la STC 32/1981 y la LBRL de 1985. Una vez descartado que las comunidades autónomas pudieran asumir de forma global la posición institucional de las provincias, el art. 36

¹⁵ En concreto, en relación con el régimen de informes vinculantes para el ejercicio de «competencias distintas de las propias»: E. CARBONELL PORRAS, «Las competencias locales diez años después de la LRSAL», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 1-21 (p. 6).

LBRL centró las competencias municipales en la función de coordinación, asistencia y cooperación respecto de los municipios de su territorio. Estas funciones básicas se han mantenido prácticamente inalteradas en la legislación estatal, y apenas si se han complementado en las leyes autonómicas. Leyes autonómicas relevantes en relación con las provincias, como la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local, han perfeccionado la función provincial de asistencia y cooperación (arts. 11 a 14), más que añadir nuevas funciones (sobre todo, competencias sustantivas) a las provincias. *Nuevas entidades locales* de raíz autonómica, como las comarcas catalanas y aragonesas, han reproducido, a una escala territorial inferior, las competencias provinciales de asistencia y cooperación, añadiendo algunas tareas nuevas (como el tratamiento de residuos, o el transporte escolar). Pero, en puridad, la agregación de comarcas a la planta local no ha afectado a las competencias municipales, tal y como están enunciadas en el art. 36 LBRL. La modificación más relevante del régimen competencial provincial deriva de la LRSAL de 2013. En ella, si bien de forma poco clara, crecen las competencias provinciales de coordinación (sobre sus municipios) y, al menos en apariencia, las competencias sustantivas provinciales. Con todo, y pese a la modificación formal de la LBRL por medio de la LRSAL, lo cierto es que las provincias apenas si han aumentado o diversificado sus actividades, respecto de las desarrolladas antes de la LRSAL.

31. Aunque las competencias municipales se mantienen en general estables, en los últimos veinte años se observa una *mayor regulación legal (sectorial) sobre su ejercicio*. En el sistema competencial municipal de la LBRL está claro que una cosa es la atribución de competencias (art. 25.3 LBRL) y otra la regulación de su ejercicio (art. 25.2 LBRL), que corresponde hacerlo al titular de la correspondiente materia sectorial (Estado o comunidad autónoma). Partiendo de esta diferencia estructural, se puede considerar, desde la perspectiva de la autonomía municipal, que en los últimos veinte años no se han reducido significativamente las competencias municipales. Pero sí la autonomía para su ejercicio. Porque las leyes sectoriales estatales y autonómicas han aumentado la densidad de su regulación. En ocasiones, las leyes autonómicas han establecido *estándares o reglas* precisas sobre la provisión de servicios municipales. Otras veces, las leyes han impuesto a los ayuntamientos concretas obligaciones de actuación. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación municipal de delimitar «zonas de bajas emisiones» [art. 14.3.a) de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética]. Otras veces, las leyes autonómicas han reservado a la Administración autonómica facultades de coordinación o de control indirecto de la actuación municipal (mediante informes vinculantes a aprobaciones definitivas). Por ejemplo, la Ley andaluza 9/2010, de 30 de julio, de Aguas, establece nuevos instrumentos de *coordinación* autonómica sobre la gestión municipal del agua, compatibles con la garantía constitucional de autonomía local (STC 152/2016). O también, el art. 56.3 de la Ley madrileña 9/2001, del Suelo (modificada por la Ley madrileña 3/2007, de 26 de julio) somete a «informe territorial vinculante» la aprobación de planes urbanísticos municipales.

32. En la veintena de años ahora considerados merece una consideración singular, por las tendencias profundas que expresa, el *status* de las competencias municipales

durante la pandemia y, después, para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Durante la pandemia se observan dos grandes situaciones para las competencias municipales. En primer lugar, bajo la vigencia del estado de alarma (el primero, declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), los ayuntamientos actuaron como órganos *jerárquicamente sometidos* a la Administración del Estado y —en menor medida— a las Administraciones autonómicas a su vez sometidas a las autoridades estatales. En este estadio, la autonomía y las competencias municipales simplemente se desvanecieron, por exigencia expresa del art. 9.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Pero, al tiempo que cumplían con las órdenes estatales, los ayuntamientos también adoptaron *numerosas iniciativas* y tomaron decisiones (sobre utilización de establecimientos públicos y privados, sobre los espacios públicos, de aplazamientos de pago de obligaciones tributarias, etc.) que mostraban una *comprensión extensa de las competencias municipales*, al menos en situaciones de necesidad. Un argumento normativo frecuentemente utilizado (aunque no por completo correcto) fue el art. 21.1.m) LBRL [y en parecidos términos para los municipios de gran población el art. 124.4.h) LBRL] que se refiere a la competencia del alcalde para «adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al pleno». Quedó asentada la conclusión, en ese tiempo, de que las situaciones de emergencia (en especial, las que precisan la intervención de la policía municipal o de los transportes urbanos) activan una comprensión amplia de las competencias municipales.

33. En el segundo periodo de la pandemia, una vez extinguidos los estados de alarma, también se asentó la idea de que los ayuntamientos, al tiempo que son ampliamente competentes para superar situaciones de emergencia, son *instrumentos administrativos* de las autoridades autonómicas. Las numerosas medidas sanitarias adoptadas por las autoridades autonómicas requerían para su eficacia, al menos en las comunidades sin policía propia, de la policía local. Se asumió de forma implícita que los numerosos mandatos y prohibiciones dictados por las autoridades sanitarias autonómicas se dirigían directamente, sin margen de opción, a los ayuntamientos (en especial, a sus policías locales). Se dibujaba así la imagen de los municipios como entidades dotadas de *amplias competencias* (suficientes para sobreponerse a una situación de emergencia) y al tiempo como *aparato ejecutivo* de las comunidades autónomas.

34. Finalmente, concluida la crisis pandémica, en el periodo de recuperación en el que aún estamos, los municipios y provincias están asumiendo una posición ancilar o simplemente *instrumental*. El Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia (PRTR) expresa una estrategia política centralizada, tanto en su elaboración como en su ejecución¹⁶. Esa centralización original se puede explicar por la urgencia en activar el

¹⁶ G. BUSTOS PRETEL, «Ante el ensayo de simplificación y agilidad administrativa por decreto», en M. C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *La gestión de los fondos Next Generation*, La Ley Wolters Kluwer, 2021, pp. 217-269 (p. 252); J. COLÁS TENAS, «Los gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, 2021, pp. 37-51 (p. 43).

instrumento *Next Generation UE* y por la opción explícita de concentración de la nueva financiación europea en grandes proyectos de transformación económica y social (a diferencia de otros fondos más reticulares, como los fondos estructurales y de cohesión destinados al equilibrio territorial y al sostenimiento de rentas). En lo que se refiere expresamente a las competencias locales, el PRTR considera a los municipios y provincias como simples ejecutores de sus decisiones financieras (en especial, subvenciones), no como entidades públicas autónomas con sus propias prioridades de gasto. Es más, en muchas ocasiones los municipios y provincias han de competir en un mismo procedimiento frente a sujetos privados para el otorgamiento de las ayudas o subvenciones.

9. FORMAS DE ACTUACIÓN LOCAL

35. En términos generales las entidades generales continúan desempeñando sus *tradicionales tareas de policía, fomento y servicio público*. Sin embargo, en los últimos veinte años se han introducido novedades importantes en el ejercicio de esas actividades. De un lado, en lo que hace a la actividad de policía se ha producido una notable sustitución de las licencias y autorizaciones previas por simples *declaraciones responsables*. Esta sustitución se expresa en primer lugar en el control municipal de las actividades económicas, en aplicación de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior) y de las múltiples leyes y ordenanzas que la transponen en España. Partiendo de ahí, la sustitución de licencias por declaraciones responsables también se ha extendido a las licencias de obras que no están inicialmente incluidas en el ámbito objetivo de la Directiva de Servicios¹⁷. Aunque inicialmente esta sustitución fue objeto de fuertes críticas, hoy está plenamente asentada, y en proceso expansivo. Los riesgos que inicialmente se imputaban a esta sustitución¹⁸ o bien no se han materializado, o bien han sido asumidos sin gran oposición.

36. Para el conjunto de las actividades locales, y en especial para la prestación de servicios públicos, se ha *limitado parcialmente la discrecionalidad organizativa municipal* sobre la forma de gestión del correspondiente servicio. La LRSAL de 2013 limitó la facultad de creación de nuevas sociedades mercantiles (nuevo art. 85.2 LBRL)¹⁹. Posteriormente, y como efecto general del art. 118 LRJSP, se limitó también la posibilidad de

¹⁷ M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, «La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017, pp. 105-106; M. REBOLLO PUIG, «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11, 2019, pp. 6-28 (p. 7).

¹⁸ Por todos, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Corporaciones locales y defensa del interés general en la intervención en actividades y servicios», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 6, 2012, pp. 63-99.

¹⁹ L. LÓPEZ DE CASTRO y J. ORTEGA BERNARDO, «Los servicios públicos locales», en F. VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 471-505 (p. 494).

crear consorcios locales. Finalmente, la *iniciativa económica local*, mediante la producción de bienes o servicios de mercado, también se ha visto limitada con la aprobación de la LRSAL. El vigente art. 86 LBRL no impide la iniciativa económica local, pero sí la somete a mayores rigores de motivación, lo que obviamente actúa como un desincentivo.

10. FINANCIACIÓN

37. La financiación es, posiblemente, *la parte más estable* del régimen local en los últimos veinte años. El régimen financiero establecido por la LHL en 2004 (que a su vez consolida la previa regulación de 1988) apenas si ha tenido reformas estructurales en las dos últimas décadas. La reforma propuesta en 2017 por la Comisión de Expertos constituida en el Ministerio de Hacienda no sólo era limitada (no cuestionaba el sistema financiero en su conjunto), sino que no ha tenido hasta ahora ninguna relevancia legislativa. En el caso de los municipios, el sistema financiero sigue descansando sobre dos grandes pilares: la participación en los ingresos estatales (PIE) y cinco tributos municipales sobre los cuales existe un cierto margen de autonomía tributaria municipal. Los *ingresos tributarios propios* de los municipios cobran mayor relevancia (56,8 por 100 del total de ingresos, de media), correspondiendo a las *transferencias* (en especial, a las del Estado a través de la PIE) el 38,6 por 100 del total de ingresos municipales²⁰. Las transferencias estatales (PIE) son por completo determinantes para las provincias.

38. En términos generales, la *diversidad de fuentes* de ingresos resulta muy positiva, pues dota de estabilidad a la hacienda local en cualquier fase del ciclo económico²¹. Sin embargo, el sistema presenta algunos desequilibrios en el tratamiento de los *grandes y pequeños municipios*. Los tributos municipales, en especial el impuesto de bienes inmuebles (IBI) produce escasos rendimientos en los municipios pequeños y medianos (por la baja cuantía de las correspondientes bases imponibles). En consecuencia, estos municipios necesitarían una mayor participación en los ingresos estatales (PIE). En cambio, los grandes municipios, donde normalmente la riqueza y la capacidad contributiva *per cápita* es mayor, podrían financiarse en mayor cuantía con los rendimientos de sus propios impuestos (e incluso de tasas) y permitir así que las transferencias estatales cumplan una función niveladora o ecualizadora. A ello apunta la reciente Recomendación 465 (2021) del Consejo de Europa sobre la autonomía financiera local en España (*supra* § 20). Para ello sería necesario no sólo introducir *criterios de necesidad* en la distribución de la PIE, sino también ampliar la *capacidad tributaria de los grandes municipios*, para que puedan optimizar el rendimiento tributario de la capacidad contributiva urbana. Esta mayor capacidad tributaria de los grandes municipios se refiere no sólo a los tipos y otros elemen-

²⁰ Los datos provienen de: Ministerio de Hacienda, Haciendas locales en cifras. Año 2022, Madrid, 2020, p. 43, § 44.

²¹ R. BIRD y E. SLACK, «Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, Toronto, 2021, p. 7.

tos de los actuales impuestos municipales, sino también a nuevos impuestos adecuados a las manifestaciones urbanas de capacidad económica. Finalmente, el sistema financiero local aún no ha interiorizado suficientemente el mandato constitucional de que también *las comunidades autónomas* financien a sus entidades locales (art. 142 CE). Es cierto que se han extendido notablemente los fondos autonómicos de cooperación local²². Estos fondos autonómicos son fundamentales para reflejar las sustanciales diferencias en los municipios de España. Pero, por ahora, estos fondos autonómicos de cooperación local muestran deficiencias: por su limitada cuantía; por contener financiación en gran medida condicionada; y por no estar coordinados con las transferencias estatales de la PIE.

11. BIBLIOGRAFÍA

- BIRD, R., y SLACK, E.: «Provincial-Local Equalization in Canada: Time for a Change?», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, Toronto, 2021.
- BUSTOS PRETEL, G.: «Ante el ensayo de simplificación y agilidad administrativa por decreto», en M. C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *La gestión de los fondos Next Generation*, La Ley Wolters Kluwer, 2021, pp. 217-269.
- CARBONELL PORRAS, E.: «Las competencias locales diez años después de la LRSAL», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 1-21.
- COLÁS TENAS, J.: «Los gobiernos locales intermedios en la gestión de los fondos europeos para la recuperación», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, 2021, pp. 37-51.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: «La transformación del control local: de la licencia urbanística a la actuación comunicada», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017, pp. 105-106.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y Entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022, pp. 35-64.
- LÓPEZ DE CASTRO y ORTEGA BERNARDO, J.: «Los servicios públicos locales», en F. VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 471-505.
- MEDINA ALCOZ, L.: «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, pp. 189-224.
- NAVARRO, C., y PANO, E.: «Local Autonomy in Spain: The Place of Spanish Municipalities in the Multilevel System of Government», en A. IGLESIAS ALONSO (ed.), *Local Governance in Spain*, Springer, 2022, pp. 247-265.
- REBOLLO PUIG, M.: «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11, 2019, pp. 6-28.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Órganos de gobierno. Potestad de autoorganización. Distritos. Organización municipal. Forma de gestión de los servicios», en T. FONT I LLOVET, *La carta municipal de Barcelona i el Dret de la Ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, 2022, pp. 117-151.

²² Para Cataluña: M. VILALTA, «La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, 2018, pp. 97-112.

- VELASCO CABALLERO, F., y VIVER I PI-SUNYER, C., «Competencias para la reforma de la planta local», *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012, pp. 113-114
- VILALTA, M.: «La hisenda local a Catalunya: Evolució recent, situació actual i principals reptes», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, 2018, pp. 97-112.
- ZAFRA VÍCTOR, M.: «Relaciones entre municipios y provincias», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, 2012, pp. 119-140.
- ZURITA LAGUNA, A.: «Los distritos de la villa de Bilbao», en C. PRIETO ROMERO y A. GALÁN GALÁN, *Los distritos: gobiernos de proximidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 442 y ss.

ESTUDIOS

Planes antifraude, integridad y *compliance* de las entidades locales*

M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Girona

ORCID ID: 0000-0002-8761-1028

RESUMEN

Hace aproximadamente un año expiró el plazo para que las entidades locales ejecutoras de los fondos Next Generation aprobasen un «Plan de medidas antifraude», en los términos establecidos en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Tras un periodo de confusión inicial, tanto ayuntamientos y diputaciones provinciales como la Federación Española de Municipios y Provincias se han dotado de su respectivo plan antifraude. Esta contribución tiene por objeto analizar la articulación de estos planes con el marco de integridad de las Administraciones locales, con el denominado public compliance y con los instrumentos tradicionales, propios del Derecho administrativo, para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

* Fecha de entrega del trabajo: 12 de abril de 2023.

Abreviaturas utilizadas: BDNS: Base de Datos Nacional de Subvenciones; DACI: Declaración de ausencia de conflicto de intereses; Directiva PIF: Directiva sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión; EBEP: Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias; LCSP: Ley de Contratos del Sector Público; LGS: Ley General de Subvenciones; LRBRL: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local; LRJSP: Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; MRR: Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia; NGEU: Plan Europeo para la Recuperación *Next Generation EU*; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude; PRTR: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; Reglamento MMR: Reglamento UE por el que se establece el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia; SNCA: Servicio Nacional de Coordinación Antifraude; TRLHL: Texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales.

Palabras clave: planes antifraude; ética pública; integridad; cumplimiento; oficial de cumplimiento; informante; entidades locales; fondos europeos.

Anti-fraud plans, integrity, and compliance by local entities

ABSTRACT

Approximately one year ago, the deadline expired for the local entities executing the Next Generation funds to approve an «Anti-fraud measures plan», under the terms established in Order HFP/1030/2021, of September 29, which sets up the management system of the Recovery, Transformation and Resilience Plan. After an initial period of confusion, both the City Councils and Provincial Councils and the Spanish Federation of Municipalities and Provinces have adopted their respective anti-fraud plans. The purpose of this contribution is to analyze the articulation of these plans with the integrity framework of local administrations, the so-called public compliance and the traditional instruments, typical of Administrative Law, for the prevention, detection and correction of fraud, corruption and conflicts of interest.

Keywords: Anti-fraud plans; public ethics; integrity; compliance; compliance officer; whistleblower; local authorities; European funds.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. LOS PLANES DE MEDIDAS ANTIFRAUDE PARA LA GESTIÓN DE LOS FONDOS *NEXT GENERATION*: 2.1. Los Planes como mecanismo para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. 2.2. La concreción de las obligaciones de las entidades locales implicadas en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: 2.2.1. Medidas de prevención y abordaje de los conflictos de interés. 2.2.2. Medidas de prevención del fraude. 2.2.3. Medidas de detección del fraude. 2.2.4. Medidas de corrección del fraude. 2.2.5. Medidas de persecución del fraude. 2.3. La implantación de los Planes antifraude en el ámbito local.—3. PLANES ANTIFRAUDE, INTEGRIDAD Y *COMPLIANCE* EN EL ÁMBITO LOCAL: 3.1. Los Planes antifraude en el contexto de la cultura del cumplimiento: 3.1.1. Obligatoriedad *versus* voluntariedad. 3.1.2. Inmediatez *versus* reflexión. 3.2. Inconsistencias de la progresiva expansión del *public compliance*: 3.2.1. El difícil equilibrio entre la ética y la estética en un contexto de desconfianza en la Administración. 3.2.2. La tortuosa conciliación del *compliance* con el Derecho administrativo.—4. REFLEXIONES FINALES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN

La preocupación por la correcta administración y gestión de los fondos públicos y por la efectiva destinación de dichos fondos a los fines de interés general programados por el legislador forma parte estructural del Derecho administrativo tradicional, de corte continental europeo.

En el ámbito local, el sometimiento de las principales decisiones de las corporaciones locales a un informe jurídico y una fiscalización previas, por parte de funcionarios con

habilitación de carácter nacional, se ha erigido en la clave de bóveda sobre la que descansa la garantía de la correcta gestión, en términos de legalidad, eficiencia y eficacia de los recursos públicos. Los informes preceptivos de la secretaría (entre otros, en materia de contratación pública)¹, junto con el control y la fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria atribuida a la intervención (que incluye también el control financiero de las subvenciones)² constituyen los principales instrumentos sobre los que ha venido recayendo la prevención del fraude y la corrupción en al ámbito local.

La existencia de estos controles no ha resultado suficiente, sin embargo, para frenar los conflictos de intereses en la adjudicación de contratos, el fraude en la concesión de subvenciones o la apropiación indebida de fondos públicos³. El aumento de casos corrupción en el periodo previo al estallido de la crisis financiera de 2008 así como su impacto negativo en la economía —no sólo en el ámbito local sino a nivel global—⁴, explican que la Unión Europea se muestre preocupada este fenómeno⁵, y exija a los Estados miembros que garanticen la correcta gestión de los fondos europeos⁶.

En esta lógica, el otorgamiento de fondos *Next Generation* para la recuperación de los efectos de la crisis sanitaria —y la consiguiente crisis económica y social— derivada de la pandemia del 2020, está vinculado a la adopción de medidas eficaces y eficientes, de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses⁷.

En respuesta a esta exigencia de la Unión Europea, el Gobierno español ha aprobado dos importantes reglamentos que tienen por objeto agilizar la gestión de los fondos europeos⁸ y garantizar que se destinan efectivamente a los fines para los que están programados⁹. El contenido de estas normas ha sido objeto de certeros análisis, en los que se

¹ Art. 92 bis.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL); art. 3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; DA 3.ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

² Art. 92 bis.1.b) LRBRL; art. 4 del Real Decreto 128/2018; arts. 213 a 233 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL), y DA 14 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS).

³ Son significativos los datos de la corrupción local durante la primera década del siglo XXI ofrecidos por J. L. JIMÉNEZ GONZÁLEZ, «Corrupción local en España», *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 85, 2013, p. 32.

⁴ A. CERRILLO MARTÍNEZ y J. PONCE SOLÉ (coords.), *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruylant, Brussels, 2017, p. VII.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea*, 6 de junio de 2011, COM (2011) 308 final.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo, al Comité de las regiones y al Tribunal de cuentas, Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión: medidas reforzadas para proteger el presupuesto de la UE*, 29 de abril de 2019, COM (2019) 196 final.

⁷ Art. 22 del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Reglamento MMR).

⁸ Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁹ Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

ha destacado, que tienden, por un lado, a una reducción y simplificación de los controles previos de corte tradicional¹⁰ y, por otro lado, a la instauración de sistemas complejos de control de riesgos tendentes a evitar el fraude, garantizando la integridad pública y el correcto destino de los fondos europeos¹¹.

Esta contribución tiene por objeto describir los sistemas de control instaurados por la Orden HFP/1030/2021 para proteger los intereses financieros de la Unión Europea, articulados mediante los «Planes de medidas antifraude» y reflexionar sobre su contribución a la creación de un marco de integridad de las Administraciones locales, su vinculación con las propuestas de desarrollo del denominado *public compliance* y su compatibilidad con los instrumentos tradicionales, propios del Derecho administrativo, para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

2. LOS PLANES DE MEDIDAS ANTIFRAUDE PARA LA GESTIÓN DE LOS FONDOS *NEXT GENERATION*

La situación excepcional, en términos sanitarios, económicos y sociales, derivada de la pandemia de la covid-19 ha derivado en una respuesta, también excepcional, de la Unión Europea. Como es sobradamente conocido, el Consejo de la Unión Europea impulsó la aprobación de un ambicioso plan de recuperación, el Plan Europeo para la Recuperación *Next Generation EU* (NGEU), dotado con 750.000 millones de euros, con el objetivo genérico de garantizar que la recuperación sea sostenible, uniforme, inclusiva y justa para todos los Estados miembros. El principal instrumento del NGEU es el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR) que, junto al objetivo inmediato es compensar el efecto negativo de la pandemia en las economías de los Estados miembros, pretende alcanzar objetivos más ambiciosos, de largo recorrido, vinculados con la transformación ecológica y digital, el crecimiento sostenible, la cohesión económica, social y territorial, la resiliencia económica social e institucional, la salud o la protección de las generaciones futuras¹².

Para recibir la ayuda financiera prevista en el MRR los Estados miembros tienen la obligación de presentar sus propios planes nacionales de recuperación y resiliencia. En este contexto, el Gobierno de España ha aprobado el Plan de Recuperación, Transfor-

¹⁰ M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: Análisis y reflexión desde el Derecho Administrativo», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, p. 77.

¹¹ M. C. CAMPOS ACUÑA, «Las oportunidades de los fondos europeos *Next Generation* con los ODS y la integridad pública: planes antifraude en el plan de recuperación, transformación y resiliencia»; R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Integridad pública y prevención. A propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención en los planes antifraude en la gestión de fondos europeos», en S. REGO VILAR, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE: XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 91-127 y 129-144.

¹² Arts. 3 y 4 del Reglamento MMR.

mación y Resiliencia (PRTR). Para facilitar la ejecución y diseñar el modelo de gestión del PRTR, se han aprobado también el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Si bien es cierto que la participación de las entidades locales en el diseño del PRTR no se corresponde con el impacto del plan en las políticas locales (España Verde, España digital, una España sin brechas de género y una España cohesionada e inclusiva)¹³, no es menos cierto que una parte muy significativa de los fondos de recuperación del NGEU serán transferidos a las entidades locales¹⁴.

2.1. Los Planes como mecanismo para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses

Teniendo en cuenta las obligaciones asumidas por el Estado, que incluyen la devolución de los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto¹⁵, las entidades locales beneficiarias de los fondos NGEU deben comprometerse a destinar los recursos provenientes del PRTR a los fines previstos y adoptar las medidas necesarias para prevenir y detectar el fraude, la corrupción y los conflictos de interés, comunicando en su caso a las autoridades que proceda los incumplimientos observados¹⁶.

Para garantizar el correcto destino de los fondos, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, las entidades locales pueden recurrir a sus sistemas habituales de gestión y control presupuestario¹⁷. Sin embargo, de acuerdo con el Derecho interno, las entidades locales que participen en la ejecución de las medidas del PRTR, por imperativo del art. 6.1 y 6.5.a) de la Orden HFP/1030/2021, deberán aprobar, en un plazo inferior a noventa días desde la entrada en vigor de la citada orden o, en su caso desde que tengan conocimiento de su participación en la ejecución del PRTR, un «Plan de medidas anti-

¹³ A. GALÁN GALÁN, «Los gobiernos locales ante el reto de los Fondos europeos de recuperación», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, p. 109; F. VELASCO CABALLERO, «Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos *Next Generation EU* a las entidades locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 16, 2021, pp. 33-52.

¹⁴ Según la FEMP, hasta el 40 por 100 del total correspondiente a España (<http://www.femp.es/comunicacion/noticias/la-asignacion-de-fondos-ngeu-los-gobiernos-locales-podria-llegar-hasta-el-40>, última consulta: 7 de abril de 2023).

¹⁵ De acuerdo con el art. 22.1 del Reglamento MMR, para proteger los intereses financieros de la Unión, «los Estados miembros establecerán un sistema de control interno eficaz y eficiente y recuperarán los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto».

¹⁶ *Vid.* el Modelo declaración de compromiso en relación con la ejecución de actuaciones del plan de recuperación, transformación y resiliencia (PRTR) incluido en el apartado C del Anexo IV de la Orden HFP/1030/2021.

¹⁷ Art. 22.1 *in fine* del Reglamento MMR.

fraude» que garantice el correcto destino de los fondos¹⁸. Los planes deben ser aprobados por el pleno de la corporación local y deben ser revisados y actualizados periódicamente, de forma anual o bienal, según el riesgo de fraude¹⁹.

Obsérvese que el ámbito subjetivo de aplicación de las medidas de refuerzo previstas en el art. 6 de la Orden HFP/1030/2021 únicamente incluye explícitamente a las entidades locales que participen en la ejecución de subproyectos, de modo que las entidades locales que sean sólo receptoras o beneficiarias de fondos europeos vinculados al PRTR no están obligadas a la elaboración un plan de medidas antifraude²⁰. Sin embargo, debido a la importancia de los compromisos de resultado asumidos ante la Unión Europea y a la proyección externa de los planes —en términos de generación de confianza—, resulta recomendable que, junto a los controles de intervención habituales, todas las entidades locales beneficiarias de los fondos se doten de las medidas adicionales antifraude a las que se refiere la Orden HFP/1030/2021 —algunas de los cuáles, como los canales de denuncia, resultan igualmente obligatorias en virtud de la legislación vigente—²¹ y las incluyan en el correspondiente plan²².

Aunque pueden resultar útiles para la prevención general del fraude y la corrupción o incluso para evitar el incumplimiento de la normativa aplicable, los planes de medidas antifraude previstos en el art. 6 de la Orden HFP/1030/2021 están orientados a proteger los intereses financieros de la Unión Europea, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 22.1 del Reglamento MMR²³. Esta orientación específica de los planes explica que resulten de aplicación las definiciones de fraude, corrupción y conflicto de intereses establecidas a nivel europeo²⁴.

¹⁸ Sobre ello *vid.* P. MORENO GARCÍA, «Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales: repercusiones de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 12, 2021; M. C. APARISI APARISI, «Y llegaron los planes antifraude, las entidades locales en el foco de atención», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2022; M. C. CAMPOS ACUÑA (2022: 91-127); R. JIMÉNEZ ASENSIO (2022: 129-144).

¹⁹ Art. 6.5.c) de la Orden HFP/1030/2021.

²⁰ M. C. APARISI APARISI (2022: 39).

²¹ De acuerdo con el art. 13.1.a) de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, las entidades locales deben dotarse de un sistema interno de información que les permita canalizar las denuncias y proteger a los alertadores.

²² R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Sistema de integridad institucional y planes de medidas antifraude en los gobiernos locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2022.

²³ El art. 22.1 del Reglamento MMR dispone que: «Al ejecutar el Mecanismo, los Estados miembros, en su condición de beneficiarios o prestatarios de fondos en el marco del Mecanismo, adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la Unión y para velar por que la utilización de los fondos en relación con las medidas financiadas por el Mecanismo se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses».

²⁴ Según el art. 6.2 de la Orden HFP/1030/2021: «Son de aplicación las definiciones de fraude, corrupción y conflicto de intereses contenidas en la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que

La concreción de las específicas medidas de prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses incluidas en los planes corresponde a cada una de las entidades locales ejecutora de los fondos. Sin embargo, el art. 6.5 de la Orden HFP/1030/2021 establece una serie de requerimientos mínimos de los planes antifraude. De acuerdo con estos requerimientos, los planes deben estructurarse en torno a los cuatro elementos clave del ciclo antifraude, incluyendo medidas adecuadas para la prevención, detección, corrección y persecución del fraude, la corrupción y los conflictos de interés²⁵. Así, con carácter previo al establecimiento de cualquier medida, la elaboración de un plan antifraude requiere una evaluación previa del riesgo de fraude en la gestión de los PRTR²⁶. De acuerdo con el resultado de esta evaluación, el plan debe prever la concreción de las medidas y los procedimientos que resulten más adecuadas, en función de los riesgos detectados, para prevenir, detectar y corregir el fraude²⁷. Las medidas adoptadas deben ser objeto de un procedimiento de seguimiento y evaluación *ex post*, que debe concretarse también en el plan y que debe permitir valorar la eficacia de las medidas adoptadas y, en su caso, revisarlas o modificarlas²⁸. Finalmente, la orden obliga a incluir en el plan una definición específica de los procedimientos relativos a la prevención y corrección de situaciones de conflictos de interés y a establecer como obligatoria la suscripción de una declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) por quienes participen en los procedimientos de ejecución del PRTR, de acuerdo con el modelo incluido en el Anexo IV.A de la Orden²⁹.

Para garantizar la satisfacción del fin principal de la orden, que es la de garantizar los intereses financieros de la Unión, el plan debe establecer también necesariamente los mecanismos adecuados para que, en el caso de que las medidas adoptadas no resulten suficientes y los fondos PRTR sean destinados a fines distintos a los previstos, pueda procederse a la correspondiente recuperación de los fondos de la Unión Europea gastados fraudulentamente³⁰.

afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF), y en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero de la UE)».

²⁵ Art. 6.5.b) de la Orden HFP/1030/2021.

²⁶ Art. 6.5.c) de la Orden HFP/1030/2021.

²⁷ En concreto, los apartados d), e) y f) del art. 6.2 de la Orden HFP/1030/2021, disponen que el plan de medidas antifraude debe: d) definir medidas preventivas adecuadas y proporcionadas, ajustadas a las situaciones concretas, para reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable; e) prever la existencia de medidas de detección ajustadas a las señales de alerta y definir el procedimiento para su aplicación efectiva, y f) definir las medidas correctivas pertinentes cuando se detecta un caso sospechoso de fraude, con mecanismos claros de comunicación de las sospechas de fraude.

²⁸ Art. 6.5.b) de la Orden HFP/1030/2021.

²⁹ Art. 6.5.i) de la Orden HFP/1030/2021.

³⁰ Art. 6.5.h) de la Orden HFP/1030/2021.

2.2. La concreción de las obligaciones de las entidades locales implicadas en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

Las entidades locales implicadas en la ejecución del PRTR deben pues, emprender una importante tarea de análisis y reflexión sobre su organización interna y sobre los riesgos específicos de conflicto de interés que afecten a los responsables de la toma de decisiones en la concreta corporación local; deben analizar también, en su ámbito concreto de actuación y teniendo en cuenta los controles habituales, los riesgos específicos de fraude y corrupción y valorar si los medios disponibles son suficientes o necesitan algún tipo de refuerzo, en términos personales o instrumentales —en este proceso de análisis debe incluirse, en mi opinión, una valoración específica acerca de la suficiencia de los recursos humanos disponibles para llevar a cabo las tareas de control y la idoneidad de las técnicas de obtención y supervisión de la información—.

Sin embargo, teniendo en cuenta el plazo del que disponen las entidades locales para la aprobación del «Plan de medidas antifraude», la Orden HFP/1030/2021 ofrece una serie de indicaciones que tienen por objeto facilitar su implantación y que les permiten certificar ante las autoridades competentes —y, no lo olvidemos, en su caso, ante la Unión Europea— que se han adoptado las medidas adecuadas para prevenir, evitar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

En primer lugar, el Anexo II.B.5 contiene un «test de conflicto de interés, prevención del fraude y la corrupción». Se trata de un cuestionario de autoevaluación que cada entidad local debe llevar a cabo para comprobar si su estructura de gestión se ajusta a los estándares de control que, a juicio del redactor de la orden, se consideran adecuados a nivel europeo. Son 16 preguntas en torno a los cuatro elementos clave del ciclo antifraude (prevención, detección, corrección y persecución) que permiten establecer el nivel de cumplimiento de la entidad. En segundo lugar, el Anexo III.C señala una serie de medidas que la orden, *a priori* y siempre sin perjuicio de las adaptaciones específicas que correspondan, considera adecuadas tanto para la prevención, detección y corrección del fraude y corrupción, como para los conflictos de intereses. En tercer y último lugar, el Anexo IV ofrece un modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) que, como se ha indicado, es de suscripción obligatoria.

2.2.1. Medidas de prevención y abordaje de los conflictos de interés

En términos generales, los conflictos de intereses se producen cuando existe el riesgo de que un cargo o empleado público pueda confundir, de manera consciente o inconsciente, sus intereses personales con los intereses públicos³¹. Como se ha advertido, la Orden HFP/1030/2021 asume como propia la definición de conflicto de interés contenida

³¹ A. CERRILLO MARTÍNEZ, «La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, p. 373.

en el art. 61 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión. De acuerdo con este precepto, existe un conflicto de interés «cuando los agentes financieros y demás personas que participan en la ejecución del presupuesto tanto de forma directa, indirecta y compartida, así como en la gestión, incluidos los actos preparatorios, la auditoría o el control, vean comprometido el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal».

En el ámbito local, el riesgo de conflictos de interés afecta principalmente a alcaldes y concejales, pero también a los secretarios e interventores en relación principalmente con los socios, contratistas y subcontratistas cuyas actuaciones sean financiadas con fondos. Es importante tomar en consideración que la Orden HFP/1030/2021 se preocupa por prevenir, no sólo los conflictos de interés reales, sino también los potenciales y aparentes³².

La legislación administrativa general prevé diversos mecanismos para evitar los conflictos de interés, de modo que la orden recuerda la obligación de aplicar sus previsiones de forma estricta³³. Adicionalmente, recomienda que todo el personal de la entidad local esté informado sobre las distintas modalidades de conflicto de interés y de las formas de evitarlo y obliga a quienes participen en un procedimiento de adjudicación de contratos o de concesión de subvenciones (en condición de órganos de contratación, de evaluadores de las solicitudes o propuestas, de responsables de la elaboración de la documentación previa o de beneficiarios) a cumplimentar una DACI de acuerdo con el modelo previsto en el Anexo IV.A de la Orden HFP/1030/2021.

En el caso de que se detecte un posible conflicto de interés, la orden indica que debe comunicarse esta situación al superior jerárquico para que confirme si existe tal

³² El Anexo III.C.1.c) de la Orden HFP/1030/2021 define estos tres tipos de conflicto de interés en los siguientes términos: «i) conflicto de intereses aparente: se produce cuando los intereses privados de un empleado público o beneficiario son susceptibles de comprometer el ejercicio objetivo de sus funciones u obligaciones, pero finalmente no se encuentra un vínculo identificable e individual con aspectos concretos de la conducta, el comportamiento o las relaciones de la persona (o una repercusión en dichos aspectos); ii) conflicto de intereses potencial: surge cuando un empleado público o beneficiario tiene intereses privados de tal naturaleza, que podrían ser susceptibles de ocasionar un conflicto de intereses en el caso de que tuvieran que asumir en un futuro determinadas responsabilidades oficiales, y iii) conflicto de intereses real: implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado público o en el que el empleado público tiene intereses personales que pueden influir de manera indebida en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales. En el caso de un beneficiario implicaría un conflicto entre las obligaciones contraídas al solicitar la ayuda de los fondos y sus intereses privados que pueden influir de manera indebida en el desempeño de las citadas obligaciones».

³³ En concreto, la orden se refiere al art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que regula la abstención; al art. 53 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que entre los principios éticos de los empleados públicos incluye diversas previsiones para evitar los conflictos de interés; y a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Aunque la orden no lo diga explícitamente, debe tomarse en especial consideración también, entre otros, el art. 71.1.g) LCSP, relativo a las prohibiciones de contratar.

conflicto y, en su caso, la autoridad competente pueda velar por que la persona de que se trate cese toda actividad en ese asunto. En relación con todo ello, el Anexo III.B de la Orden HFP/1030/2021 se remite específicamente a las orientaciones y guías de buenas prácticas publicadas por la Comisión Europea, la Oficina Europea de lucha contra el fraude (OLAF) y por el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (SNCA)³⁴.

2.2.2. Medidas de prevención del fraude

Las nociones de fraude y corrupción son particularmente abiertas e indeterminadas e incluyen una enorme variedad de conductas, algunas de ellas merecedoras de reproche penal³⁵. A los efectos de aplicación de la orden se considera fraude cualquier acción u omisión intencionada que implique falsedad documental u omisión de una información y que tenga por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o el desvío de estos fondos, por destinarlos a fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos en un principio³⁶.

El principal instrumento del que deben dotarse las entidades locales, con carácter obligatorio si tienen la consideración de entidades ejecutoras del PRTR es, como se ha indicado, el Plan de medidas antifraude. A su existencia hacen referencia las dos primeras cuestiones del test, contenido en el Anexo II.B.5, que sirve para que dichas entidades puedan autoevaluar el grado de cumplimiento de su organización con las exigencias de la Orden HFP/1030/2021. El Plan de medidas antifraude debe estar diseñado de tal modo que permita garantizar que los fondos se han destinado a los fines previamente asignados y que se han utilizado de conformidad con las normas aplicables, en particular, en lo que

³⁴ En concreto, la orden remite específicamente a los siguientes instrumentos de *soft law*: COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión, Orientaciones sobre cómo evitar y gestionar las situaciones de conflicto de intereses con arreglo al Reglamento Financiero*, de 9 de abril de 2021 (2021/C 121/01); OLAF, *Compendium of Anonymised Cases - Structural Actions*; *id.*, *Practical guide on conflict of interest*; *id.*, *Practical guide on forged documents*, y SNCA, *Comunicación 1/2017*, de 6 de abril, del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, sobre la forma en la que pueden proceder las personas que tengan conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de fraude o irregularidad en relación con proyectos u operaciones financiados total o parcialmente con cargo a fondos procedentes de la Unión Europea.

³⁵ Sobre el espectro de conductas que pueden considerarse corruptas y su gradación, en términos de reproche social, jurídico o penal, *vid.* M. VILLORIA MENDIETA, *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 26

³⁶ Como se ha indicado, la Orden HFP/1030/2021, en el Anexo III.C.2.a) transcribe la definición de fraude contenida en el art. 3.1 de la Directiva PIF y explicita que el fraude requiere intencionalidad, a diferencia de las meras irregularidades, definidas en el art. 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) núm. 2988/95, del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en los siguientes términos: «Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las comunidades o a los presupuestos administrados por estas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las comunidades, bien mediante un gasto indebido».

se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Debe comprobarse, asimismo, que existe un plan de estas características en todos los niveles de ejecución del PRTR.

El Plan, además de garantizar su eficacia en los términos que se acaban de indicar, tiene una importante función de mejora de la imagen de la institución que lo aprueba, en la medida en que debe transmitir dentro y fuera de la organización su postura oficial con respecto al fraude y la corrupción. Para ello, el Anexo II.B.5, en consonancia con el Anexo III.C.2. *b*) de la Orden HFP/1030/2021, considera que el Plan debe incluir, en primer lugar, una declaración, adoptada por el Pleno de la Corporación, en la que se manifieste un compromiso firme con la integridad de la institución y la lucha contra el fraude. La orden recomienda que esta declaración sea clara y contundente, implicando una tolerancia cero ante el fraude.

En segundo lugar, partiendo de este compromiso, es necesario que se realice una autoevaluación previa sobre los riesgos específicos de fraude, corrupción y conflicto de interés en la concreta corporación. Esta autoevaluación debe contemplar el impacto previsible del fraude en los presupuestos de la corporación. En función de los resultados de esta evaluación, que debe revisarse periódicamente, deberían reforzarse los controles en las fases del procedimiento susceptibles de sufrir mayor riesgo de fraude. En su caso, esta autoevaluación puede tener como consecuencia una modificación del reparto de funciones dentro de la organización, con el fin de garantizar una correcta separación de las responsabilidades y actuaciones en materia de gestión, control y pago de los fondos.

Entre los datos que pueden tomarse en consideración para valorar el riesgo de fraude y adoptar las medidas adecuadas, la Orden HFP/1030/2021 recomienda que se ponga especial atención en el volumen del presupuesto manejado y en la especial complejidad procedimental, derivada de la documentación que deben presentar los solicitantes o de los controles que deben realizarse. Asimismo, se recomienda que se utilicen como referencia para la autoevaluación los resultados de las auditorías internas previas y de las auditorías externas —en particular, en caso de existir, de las auditorías de la Comisión Europea o del Tribunal de Cuentas Europeo—.

Es también en esta fase de evaluación previa en la que deben identificarse los posibles conflictos de intereses y elaborar un procedimiento adecuado para su tratamiento. Debe comprobarse específicamente que todos los intervinientes en la gestión de los fondos han cumplimentado debidamente la correspondiente declaración de ausencia de conflicto de intereses.

El resultado de la evaluación del riesgo es el que debe permitir diseñar un sistema de control interno eficaz, que focalice los controles en las fases del procedimiento más indicadas. Tanto para la detección como para el control de los riesgos, el Anexo III.C.2. *b*) de la Orden HFP/1030/2021 recomienda que las corporaciones locales compartan, crucen y analicen los datos de los que disponen con los de otros organismos públicos y privados, incluso antes de la concesión de los fondos, para asegurarse de su correcta gestión.

Entre los mecanismos de prevención del fraude, la orden dedica especial atención a la creación de un marco de integridad, de modo que promueve la aprobación de códigos éticos en las corporaciones locales y recomienda que se impartan cursos de formación en valores que promuevan la ética pública.

En relación con los códigos, recomienda que estos incluyan específicamente una política sobre conflictos de interés, obsequios y cauces de denuncia, regulando la existencia de un buzón de denuncias coordinado, en su caso, con las respectivas oficinas autonómicas antifraude y con el SNCA.

En relación con las actuaciones de concienciación y formación, recomienda que estas se dirijan a todos los niveles jerárquicos, incluyendo tanto a políticos como empleados públicos. En función del perfil de los destinatarios y del contenido impartido, la formación puede adoptar la forma de reuniones, seminarios o grupos de trabajo. La formación debe estar destinada a facilitar la adquisición y transferencia de conocimientos que, por un lado, fomenten valores como la integridad, la objetividad, la rendición de cuentas y la honradez y, por otro lado, permitan a sus destinatarios adquirir competencias en materia de identificación y evaluación de riesgos, el establecimiento de controles específicos y la adopción de medidas de actuación adecuadas en caso de detección de fraude.

2.2.3. Medidas de detección del fraude

Los Planes antifraude deben incluir también medidas de detección del fraude para el caso de que las medidas preventivas no resulten suficientes. Entre las medidas de detección del fraude la Orden HFP/1030/2021 recomienda, en particular, por un lado, el uso de bases de datos, combinado con nuevas tecnologías basadas en la inteligencia artificial y, por otro lado, la instauración de canales de denuncia.

En lo que atañe a los medios electrónicos, se fomenta el uso de la Base Nacional de Datos de Subvenciones (BNDS) prevista en el art. 20 LGS, el uso de herramientas de prospección o minería de datos («*data mining*»), que permiten analizar grandes cantidades de datos y estructurarlos en información comprensible³⁷ y, en particular, se recomienda también el uso de la herramienta de puntuación de riesgos (ARACHNE)³⁸. El uso de este tipo de herramientas permite desarrollar indicadores de fraude y señales de alerta, en forma de banderas rojas, cuya identificación deriva en una obligación de comunicación del riesgo de fraude a las autoridades competentes (y en particular al SNCA y a la OLAF).

En lo relativo a la instauración de canales denuncia, la orden recomienda el establecimiento de «mecanismos adecuados y claros para informar de las posibles sospechas de frau-

³⁷ F. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ CHAVES, «El uso del *data mining* en los programas de *compliance* para evitar la corrupción», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2022.

³⁸ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Carta ARACHNE*, de 7 de enero de 2016, para la introducción y aplicación de la herramienta ARACHNE de evaluación del riesgo en las verificaciones de la gestión.

de por quienes los hayan detectado». En las cuestiones 11 y 12 del test de autoevaluación contenido en la orden, se recomienda a las entidades locales que valoren si disponen de un cauce adecuado para que cualquier interesado pueda presentar denuncias y si disponen de alguna unidad encargada de examinarlas y proponer las medidas correspondientes. Desde la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, el establecimiento de este tipo de mecanismos resulta obligatorio para todas las entidades locales, no sólo para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, sino también para la detección de acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave de acuerdo con el Derecho interno³⁹.

2.2.4. *Medidas de corrección del fraude*

Cuando una entidad local, por cualquiera de los medios previstos al efecto, tenga sospechas fundadas de un posible fraude, o detecte su existencia, debe suspender inmediatamente el procedimiento y notificar esta circunstancia en el plazo más breve posible a las autoridades interesadas y a los organismos implicados en la realización de las actuaciones y revisar todos aquellos proyectos, subproyectos o líneas de acción que hayan podido estar expuestos al mismo⁴⁰.

En este escenario, la entidad local afectada «deberá evaluar la incidencia del posible fraude y su calificación como sistémico o puntual y, en todo caso, retirar los proyectos o la parte de los proyectos afectados por el fraude y financiados o a financiar por el MRR»⁴¹.

2.2.5. *Medidas de persecución del fraude*

En el caso de que se haya materializado el fraude, la orden prevé una cadena de comunicación que tiene por finalidad garantizar la eficaz persecución del fraude. De acuerdo con ello, la entidad local debe comunicar los hechos producidos y las medidas adoptadas a la entidad decisora (o a la entidad ejecutora que le haya encomendado la ejecución de las actuaciones, en cuyo caso será esta la que se los comunicará a la entidad decisora). A su vez, la entidad decisora comunicará el asunto a la Autoridad Responsable, «la cual podrá solicitar la información adicional que considere oportuna de cara a su seguimiento y comunicación a la Autoridad de Control»⁴².

En función de la gravedad de los hechos detectados, la entidad local debe denunciar los hechos al SNCA y/o al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la eventual iniciación de una información reservada para depurar responsabilidades o la incoación de un expediente

³⁹ Arts. 2.1 y 13.1.a) de la Ley 2/2023.

⁴⁰ Art. 6.6.a) y Anexo III.C.2.b) iii) de la Orden HFP/1030/2021.

⁴¹ Estas obligaciones están recogidas, en términos similares, en el art. 6.7, el Anexo III.C.2.b) iii) y las cuestiones 13 y 14 del test de autoevaluación de la Orden HFP/1030/2021.

⁴² Art. 6.6.b) de la Orden HFP/1030/2021 y el Anexo III.C.2.b) iii).

disciplinario⁴³. En paralelo a los correspondientes procedimientos administrativos o judiciales contra las personas responsables de la mala gestión, y en atención a los concretos fines de este sistema, el SNCA debe informar a la OLAF, que es el organismo europeo encargado de proteger los intereses financieros de la Unión Europea, investigando y previniendo el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que pueda afectar negativamente a los fondos de la Unión Europea⁴⁴. En el caso de que la OLAF compruebe que se han gestionado incorrectamente los fondos europeos, puede exigir su restitución, lo que significa que la entidad local responsable de la gestión tendría la obligación de devolver las cantidades recibidas e indebidamente utilizadas a la Unión Europea⁴⁵.

También es importante destacar que la Comisión Europea, en el marco de su papel de guardiana de los tratados, puede adoptar medidas adicionales si considera que un Estado miembro no cumple con sus obligaciones de gestión de los fondos europeos, lo que puede incluir la suspensión de los pagos o la interrupción de la financiación de proyectos en curso si no se respetan los principios de buena gobernanza económica⁴⁶.

2.3. La implantación de los Planes antifraude en el ámbito local

En el momento en que se están redactando estas líneas no se ha publicado ningún estudio exhaustivo sobre la concreta extensión de la implantación de los Planes antifraude en el ámbito local. El Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), así como diversas diputaciones provinciales y oficinas autonómicas antifraude han puesto a disposición de las entidades locales ejecutoras del PRTR diversos modelos orientativos para facilitar el cumplimiento de las obligaciones impuestas la Orden HFP/1030/2021⁴⁷ y han articulado medidas concretas de acompañamiento a los municipios⁴⁸.

⁴³ Art. 6.6, Anexo III.C.2. b) iii) y cuestiones 15 y 16 del test de la Orden HFP/1030/2021.

⁴⁴ La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), que sustituyó al «Grupo operativo de coordinación de la lucha contra el fraude» fue creada por la Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999 (1999/352/CE, CECA, Euratom). En la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 15 de la Directiva PIF, se han reforzado las obligaciones de coordinación tanto entre los Estados miembros y la OLAF como entre esta oficina y otras instituciones, órganos u organismos de la Unión.

⁴⁵ Art. 13 de la Directiva PIF y art. 22 del Reglamento MMR.

⁴⁶ Art. 10 del Reglamento MMR.

⁴⁷ A título de ejemplo, pueden consultarse en las respectivas páginas institucionales, los siguientes: Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, *Propuesta orientativa de un modelo tipo de plan de medidas antifraude en el marco de la Orden HFP 1030/2021 para la gestión de fondos europeos*; Federación Española de Municipios y Provincias, *Propuesta orientativa de un modelo tipo de Plan de Medidas Antifraude en el marco de la orden HFP/1030/2021 para la gestión de fondos europeos* (MITMA), de 11 de febrero de 2022; Diputación de Salamanca, *Modelo de Plan Antifraude para los pequeños y medianos municipios*; Oficina Antifraude Catalunya, *Plan de medidas antifraude para la gestión de los fondos Next Generation. Guía para elaborarlo y herramientas a vuestra disposición*, de 17 de noviembre de 2021.

⁴⁸ En Galicia, las Diputaciones de Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra han firmado un convenio de colaboración con el Concejo de Cuentas de Galicia para asesorar a los municipios en la redacción de los planes

El resultado de una consulta aleatoria en diversas páginas institucionales de entidades locales ejecutoras y beneficiarias de los fondos, indica que las diputaciones provinciales, los grandes municipios (Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla) y un número significativo de municipios medianos y pequeños han aprobado sus respectivos planes de medidas antifraude. En la mayoría de los casos se trata de entidades locales que están obligadas a ello, por ser ejecutoras de proyectos financiados con fondos procedentes del PRTR. Sin embargo, también se han dotado de un Plan de medidas antifraude municipios que son únicamente beneficiarios de los fondos.

Los análisis más completos que se han localizado sobre la implantación de los Planes antifraude se encuentran en los Informes de fiscalización de los tribunales o sindicaturas de cuentas autonómicos. El Informe definitivo de fiscalización sobre el sector público local del Principado de Asturias para el ejercicio 2021, concluye que todos los ayuntamientos examinados, excepto uno —que no tenía la condición de ejecutor sino de beneficiario de un proyecto PRTR— han aprobado sus respectivos planes de medidas antifraude cumpliendo el plazo de noventa días desde la entrada en vigor de la Orden HFP/1030/2021. En este informe se constatan, sin embargo, ciertas carencias en algunos municipios, debido a que, en algunos casos, se ha aprobado el plan sin cumplimentar previamente el trámite de evaluación de riesgos, se reconoce la carencia de recursos humanos suficientes para evitar la doble financiación, no se ha constituido un comité antifraude, no se han iniciado cursos de formación en materia antifraude y de conflicto de intereses, no se han implantado procedimientos para abordar conflictos de intereses, no se han completado íntegramente las medidas para la detección del fraude o no se han implantado procedimientos específicos para la corrección y persecución del fraude y la corrupción⁴⁹.

Especial interés posee el informe específico de fiscalización sobre los planes antifraude aprobados por las entidades locales que participan en la ejecución de las medidas del PRTR, elaborado por la Sindicatura de cuentas de la Comunitat Valenciana. En este caso, el ámbito subjetivo de la fiscalización está constituido por trece entidades locales de la Comunitat Valenciana que participan de las medidas del PRTR (Alicante, Càlig, Canals, Bigastro, Castelló de la Plana, Gandia, Novelda, La Vall d'Uixó, Mogente, Orihuela, Vila-real, Torrent y València). El informe concluye que, las entidades locales fiscalizadas disponen de un plan de medidas antifraude que les permite garantizar y declarar «una apropiada protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la ejecución de actuaciones a financiar por el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia»⁵⁰.

antifraude, <https://www.ccontasgalicia.es/es/content/el-consello-de-contas-y-las-cuatro-diputaciones-provinciales-firman-sensos-protocolos-de>.

⁴⁹ Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, *Informe definitivo de fiscalización sobre el sector público local para el ejercicio 2021*, pp. 74-77.

⁵⁰ De acuerdo con el Informe, esta conclusión está fundamentada en las siguientes conclusiones parciales: 1) 10 de las 13 entidades fiscalizadas (77 por 100) han cumplimentado el test de autoevaluación para concretar el estándar mínimo en relación con el cumplimiento de los principios específicos del PRTR establecidos en el art. 2 de la Orden HFP/1030/2021; 2) las 10 entidades que han realizado la autoevaluación sobre conflicto

3. PLANES ANTIFRAUDE, INTEGRIDAD Y COMPLIANCE EN EL ÁMBITO LOCAL

Los planes de medidas antifraude que venimos analizando hasta el momento tienen la particularidad de estar específicamente enfocados a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea en la gestión de fondos PRTR. Sin embargo, estos planes comparten elementos con programas de medidas más ambiciosos, como los derivados de los Convenios internacionales de lucha contra la corrupción⁵¹ —que obligan a los Estados a dotarse de una infraestructura ética o un marco o sistema de integridad institucional que resulte eficaz para prevenir el fraude y la corrupción—⁵² y poseen rasgos propios de los programas de *compliance* —que están específicamente pensados para minimizar el riesgo de incumplimiento normativo de las empresas y corporaciones privadas, a pesar de que un importante sector de la doctrina penal propone su traslación al sector público como mecanismo de prevención de la corrupción—⁵³. También los programas de integridad y de *compliance* se concretan en un plan. Por señalar sólo algunos aspectos

de intereses, prevención del fraude y la corrupción alcanzan una puntuación media de 30 (un 47 por 100 de los puntos máximos); 3) únicamente dos entidades fiscalizadas no disponen de PMA. Estas entidades han recibido una subvención de 4.000 euros. Si bien es cierto que la Orden HFP/1030/2021 no contempla la excepcionalidad de su aplicación por importe, en nuestra opinión, dada la escasa cuantía de la ayuda que han percibido estas dos entidades, no consideramos que exista un riesgo significativo de menoscabo de los intereses financieros de la Unión en la ejecución de estas actuaciones financiadas por el MRR; 4) dada la relevancia dentro del modelo de gobernanza establecido por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, así como su afección a políticas de integridad pública, ninguna de las once entidades que han aprobado el PMA ha externalizado mediante contrato público u otro tipo de negocio jurídico la elaboración de este. Además, todas ellas han aprobado su propio PMA y no se han adherido al de ninguna otra Administración pública; 5) en líneas generales, los planes de medidas antifraude cumplen con los requerimientos mínimos establecidos en el art. 6.5 de la Orden HFP/1030/2021, si bien consideramos que hay medidas de prevención y de detección parcialmente implementadas que deberían ser objeto de subsanación; 6) Bigastro, Castelló de la Plana y Vilareal no prevén explícitamente la revisión periódica del PMA. Por otra parte, tan sólo cuatro entidades (Alicante, Novelda, Orihuela y València) indican expresamente en el PMA que se emitirá un informe de ejecución o de seguimiento de este; 7) todas las entidades han redactado un modelo de declaración de ausencia de conflicto de intereses y prevén su cumplimentación obligatoria. Sin embargo, su implementación efectiva es desigual pues algunas entidades no nos han remitido ninguna DACI firmada (*vid.* subobjetivo 2); 8) ninguna entidad ha declarado haber identificado algún indicio de fraude, corrupción, conflictos de intereses o doble financiación: Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana, *Fiscalización sobre los planes antifraude aprobados por las entidades locales de la Comunitat Valenciana que participan en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, pp. 5-7.

⁵¹ OCDE, Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997; ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003; Consejo de Europa, Convenio penal sobre la corrupción, núm. 173, de 27 de enero de 1999 y Convenio Civil sobre la Corrupción, núm. 174, de 4 de noviembre de 1999.

⁵² M. M. DARNACULLETA GARDELLA, «Ética pública y Derecho administrativo en la era de la posverdad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (1), 2020, p. 50.

⁵³ Por todos *vid.* A. NIETO MARTÍN, «De la ética pública al *Public Compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas», en A. NIETO MARTÍN y M. MAROTO CALATAYUD (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 17-43.

comunes, todos estos planes —antifraude, de integridad y de cumplimiento— deben incorporar una evaluación de riesgos *ex ante* y una evaluación de eficacia *ex post*; entre las medidas preventivas acostumbran a incorporar instrumentos normativos de autorregulación, como los códigos de conducta; entre las medidas de detección, incorporan canales de denuncia; y deben también identificar, en función del tamaño de la organización, a concretos órganos —oficinas o comités especializados en la persecución del fraude o en la promoción de la ética y la integridad institucional— o personas responsables del cumplimiento de la legislación y el *soft law* aplicable, entre el que se incluye el mismo plan —*compliance officer*—.

La aprobación de un plan antifraude por una entidad local, además de proteger los intereses financieros de la Unión, permite garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los órganos de contratación contenidas en el art. 64 LCSP⁵⁴ y, en el caso de que haya articulado adecuadamente un canal de denuncias, coadyuva también al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la nueva Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción⁵⁵.

En este contexto no es de extrañar que los planes antifraude hayan despertado especial entusiasmo, hasta el punto de que se ha afirmado que estos planes «han venido para quedarse», puesto que permiten la instauración de los estándares éticos y de las técnicas de *compliance* que se imponen desde Europa⁵⁶. Las fronteras entre los planes antifraude, los planes de integridad y los planes de cumplimiento son difusas y afectan más a la orientación del plan que a su estructuración y contenido, que posee muchas similitudes.

3.1. Los Planes antifraude en el contexto de la cultura del cumplimiento

El término *compliance* proviene del verbo en inglés *to comply with* y alude a los mecanismos que garantizan que una determinada actividad «cumple con» o se desarrolla «conforme a» las normas de *hard law* y de *soft law* que la regulan. Las referencias al *soft law* incluyen tanto las normas internas de la organización que aprueba el plan, entre las

⁵⁴ En concreto, el art. 64.1 LCSP establece que: «Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores».

⁵⁵ En este sentido, la articulación correcta de un canal de denuncias permite garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 4 a 9 de la Ley 2/2023, relativas a la instauración de un sistema interno de información, dotado de un responsable del sistema, que permita alertar a la Administración de hechos eventualmente constitutivos de fraude y corrupción y que garantice la protección de los informadores y la correcta gestión de las informaciones.

⁵⁶ M. C. APARISI APARISI (2022); M. C. CAMPOS ACUÑA (2022).

que se encuentra en mismo plan, como los estándares europeos e internacionales aplicables⁵⁷. El *compliance* consiste en la adopción e implementación por parte de una organización, de un conjunto de políticas, procedimientos y controles internos, dirigidos a prevenir el riesgo de imposición de sanciones, y demás perjuicios (reputacionales, jurídicos y económicos) asociados al incumplimiento de la normativa aplicable a sus actividades. Como es sobradamente conocido, el *criminal compliance* está especialmente orientado a evitar que las personas jurídicas incurran en responsabilidades penales, aunque existen también programas de cumplimiento normativo específicamente orientados a evitar el incumplimiento de la normativa laboral, tributaria, financiera o medioambiental y programas de *compliance* para evitar específicamente el fraude y la corrupción⁵⁸.

Como se ha avanzado, los planes antifraude tienen una estructura y un contenido similar a los planes y programas de cumplimiento. En ambos casos su implantación requiere el compromiso de los máximos responsables de la organización y debe partir una evaluación previa de los riesgos en los que puede incurrir la misma. A partir de esta evaluación los planes deben establecer las medidas de prevención, detección y corrección del incumplimiento. Tales medidas se componen de instrumentos normativos de autorregulación —entre los que se incluye el programa de cumplimiento, y los códigos, las normas y los protocolos internos— y de instrumentos de autocontrol —que incluyen mecanismos internos de vigilancia y supervisión del cumplimiento tanto de la legislación como del *soft law*—. Entre estos mecanismos de vigilancia destacan, por un lado, la figura del oficial responsable del cumplimiento normativo (*compliance officer*) y, por otro lado, la instauración de canales internos de denuncia, que permiten que empleados, clientes y proveedores actúen como informantes o delatores (*whistleblowers*), poniendo en conocimiento de la empresa los incumplimientos de los que tienen conocimiento⁵⁹.

En mi opinión, el *compliance* y, más en concreto, el *criminal compliance* —al estar diseñado específicamente para las empresas que quieren minimizar el riesgo de responsabilidad penal—, es un sistema de gestión de riesgos que cumple una importante función externa, en aras a demostrar que la organización que se ha dotado del programa ha hecho todo lo posible para evitar el incumplimiento, en caso de que este se produzca. Ello no contradice a quienes sostienen que la verdadera eficacia de un sistema de gestión de riesgos de estas características, tanto si se aplica a entidades privadas como a entidades del

⁵⁷ En el caso del *criminal compliance*, las referencias al *soft law* incluyen tanto las normas internas de las empresas —estatutos, reglamentos internos, protocolos, planes y códigos de conducta— como los estándares internacionales que definen las características de los programas de cumplimiento y sus distintos elementos (UNE/ISO 19600: Sistemas de gestión de *Compliance* Penal; UNE-ISO 37001: Sistemas de gestión antisoborno): C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales», en J. L. GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 299-317.

⁵⁸ A. NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en L. KUHLEN, J. P. MONTIEL e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 26.

⁵⁹ M. M. DARNACULLETA GARDELLA, «Consideraciones críticas sobre el *public compliance* como instrumento de gestión de la desconfianza», *La Ley Compliance Penal*, núm. 6, 2021, p. 3.

sector público y, más en concreto, a las entidades locales, depende de que el programa de *compliance* se fundamente en la ética y la integridad⁶⁰.

Los planes antifraude, igual que los planes de integridad de una organización que quiera dotarse de una infraestructura ética, deben basarse en una cultura del cumplimiento en la que se refuerce su dimensión interna, poniendo especial énfasis en la formación en valores y en su difusión a los empleados de la organización⁶¹. Las recomendaciones de la OCDE en materia de integridad apuntan parcialmente en esta dirección⁶².

3.1.1. *Obligatoriedad versus voluntariedad*

El *compliance* es un sistema de autorregulación de carácter voluntario, propio de la cultura jurídica anglosajona y originariamente pensado para las empresas privadas⁶³. Con la nueva regulación del art. 31 *bis*, apartado 2 CP, que permite eximir de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se doten de un programa de cumplimiento⁶⁴, se ha articulado un mecanismo de fomento de la autorregulación, propio de la autorregulación regulada⁶⁵. Este mecanismo de fomento puede incentivar la aprobación de programas de cumplimiento de las entidades privadas que integran el sector público local, pero no es trasladable a las Administraciones locales puesto que las disposiciones de este precepto no resultan aplicables a las Administraciones públicas territoriales, de acuerdo

⁶⁰ M. FORTUNY CENDRA y S. SUBIRANA DE LA CRUZ, «*Compliance* en las entidades locales», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 2, 2021.

⁶¹ Comparte esta opinión R. JIMÉNEZ ASENSIO (2022).

⁶² Las OCDE se refiere específicamente a la infraestructura ética de la Administración, entre otros, en: OCDE, *La ética en el servicio público*, OCDE/MAP/INAP/BOE, Madrid, 1997. En recomendaciones posteriores de esta misma organización internacional, las referencias a la infraestructura ética son sustituidas por la expresión «marco de integridad», que se refiere al conjunto de mecanismos necesarios para estimular y fortalecer la integridad en la Administración pública y prevenir los conflictos de intereses y la corrupción: OCDE, *Recomendación del Consejo sobre los principios para la transparencia y la integridad de los grupos de presión*, 2009; *id.*, *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre integridad pública*, 2017. De acuerdo con estos instrumentos de *soft law*, un marco o sistema de integridad institucional está formado, en primer término, por el compromiso político de evitar la corrupción en el seno de la organización —Administración o entidad del sector público— de la que se trate. Este compromiso debe venir acompañado de un conjunto de elementos que incluyen la mejora de la transparencia, el fomento de la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, la adopción de códigos éticos o de conducta para los empleados públicos, la instauración de programas de formación en valores que difundan la cultura de la integridad, la instauración de canales de denuncia y la creación de órganos dotados de autonomía e independencia orgánica y funcional, específicamente encargados de la prevención de la corrupción.

⁶³ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2021: 1).

⁶⁴ La doctrina penalista se ha ocupado ampliamente los estímulos provenientes del Derecho penal, como puede verse en S. MIR PUIG (dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014; J. SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2014; A. NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de Derecho penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁶⁵ M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 398.

con el art. 31 *quinquies* del mismo CP⁶⁶. En el ámbito de las Administraciones locales, la implantación de programas de *compliance*, en caso de considerarse recomendable es, de momento, voluntario⁶⁷.

Los planes antifraude previstos en la Orden HFP/1030/2021, en cambio, son de carácter obligatorio para las entidades del sector público que participan en la ejecución de fondos PRTR. En la medida en que los planes antifraude se basan en la autorregulación de la organización a la que aplican —los planes, los protocolos y los códigos de conducta son instrumentos normativos de autorregulación y su cumplimiento se garantiza mediante instrumentos de autocontrol— la obligación de una entidad privada vinculada o dependiente de la Administración local de dotarse de un instrumento de estas características, desde una perspectiva dogmática, podría considerarse una manifestación de la autorregulación regulada y, más en concreto, de la denominada *coercerd* o *enforced self-regulation* (autorregulación forzada u obligatoria)⁶⁸. Sin embargo, esta caracterización no resulta adecuada para las entidades que integran la Administración local, dado que ello supondría confundir la autorregulación con la autoorganización derivada de la autonomía local⁶⁹.

Ahora bien, en mi opinión, ni el dato de la voluntariedad o la obligatoriedad de dotarse de un programa de cumplimiento es suficiente para sostener que los planes antifraude no son una manifestación del denominado *public compliance*⁷⁰, ni las diferencias entre la autorregulación y la autoorganización desmienten la efectiva voluntad de las organizaciones internacionales y, en este caso, también del Estado español, de trasladar a la Administración pública instrumentos de autorregulación como el *compliance*⁷¹.

3.1.2. *Inmediatez* versus *reflexión*

La Orden HFP/1030/2021 ha diseñado los planes de medidas antifraude inspirándose claramente en los programas de integridad y en los programas de cumplimiento normativo y ha exigido inmediatez en su aprobación, otorgando un plazo de noventa

⁶⁶ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2021: 7).

⁶⁷ La confianza depositada por organizaciones internacionales como la ONU, la OCDE o la Unión Europea en la autorregulación explica que expertos del Derecho penal y del Derecho administrativo recomienden la implantación de programas de *compliance* a las Administraciones públicas. *Vid.*, respectivamente, A. NIETO MARTÍN (2014), y M. C. CAMPOS ACUÑA, *Compliance en la Administración pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017. Contrariamente a lo que sostienen estos autores, considero que las distorsiones que plantea la implantación de un programa de cumplimiento a la Administración pública de corte continental europeo no compensan sus pretendidas ventajas en términos de eficacia, en la medida en que esta no sido demostrada con datos empíricos ni tan solo en los ordenamientos de los que proviene el *compliance*. M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2021).

⁶⁸ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2005: 407).

⁶⁹ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2005: 292).

⁷⁰ En contra, R. JIMÉNEZ ASENSIO (2022).

⁷¹ En la línea defendida, entre otros, por A. NIETO MARTÍN (2014) y M. C. CAMPOS ACUÑA (2017).

días desde su entrada en vigor para su aprobación. La eficacia de un plan de medidas antifraude, sin embargo, exige tiempo para el análisis y la reflexión.

Los datos empíricos analizados para la realización de este trabajo, si bien son manifiestamente insuficientes para realizar afirmaciones concluyentes, apuntan a un generalizado cumplimiento de la obligación de aprobar planes antifraude por parte de las entidades locales. En este contexto, pueden barajarse dos alternativas razonables. O bien las entidades locales se encuentran inmersas en un proceso general de cambio de paradigma y de revisión de sus instrumentos de control y prevención del fraude y la corrupción, que ha facilitado la tarea de evaluación previa de riesgos y la rápida adopción de un plan antifraude; o bien se ha optado por la aprobación de planes antifraude basados en los modelos y los test de cumplimiento de planes producidos y difundidos, entre otros, por la Administración General del Estado, las diputaciones provinciales, la FEMP y las entidades antifraude. Probablemente la situación en la que se encuentran la mayoría de las entidades locales pueda localizarse en un punto intermedio entre las dos alternativas mencionadas⁷².

Las entidades locales se enfrentan, en todo caso, a la contradicción entre tener que respetar los tiempos exigidos para la implantación de los planes antifraude y tener que cumplir al mismo tiempo la reiterada advertencia de realizar un diagnóstico previo e individualizado del riesgo de fraude, que les permita adoptar las medidas específicas encaminadas a reforzar los sistemas existentes de integridad. Se ha señalado con acierto que los planes antifraude deben adaptarse a las exigencias, características y condiciones de cada organización y que deben ser objeto de revisión o actualización continua⁷³. Sin embargo, la presión por cumplir con las exigencias de la Orden HFP/1030/2021, que deriva a su vez de la presión por demostrar a la Unión Europea que se está cumpliendo con las exigencias del Reglamento MMR, están impulsando a las entidades locales a aprobar planes y adoptar compromisos de tolerancia cero ante el fraude que no se corresponden con la intensidad de la reflexión exigible a este tipo de medidas⁷⁴.

3.2. Inconsistencias de la progresiva expansión del *public compliance*

La presión de las entidades locales en términos temporales para la implantación efectiva de planes antifraude se suma a la incertidumbre acerca su eficacia real y a la contradicción existente entre su fundamentación teórica —que deriva de las propuestas

⁷² Las entidades locales están incorporando progresivamente las recomendaciones de la OCDE en relación con la creación de un marco de integridad, invirtiendo, con intensidades diversas, tiempo y recursos en la formación en valores de sus empleados y aprobando códigos éticos adaptados a —o copiados de— el Código Europeo de Conducta para la integridad política de los representantes locales y regionales electos: C. PRIETO ROMERO, «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario de Derecho Local*, núm. 1, 2011, pp. 315-347.

⁷³ R. JIMÉNEZ ASENSIO (2022)

⁷⁴ Sobre la vinculación, en el plano teórico, entre las medidas e instrumentos de autorregulación, la reflexión y la autorresponsabilidad, *vid.* M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2005: 317).

del neoinstitucionalismo económico— y los fundamentos del Derecho administrativo tradicional, de corte continental europeo⁷⁵.

La instrumentación efectiva de un plan antifraude comporta la creación de estructuras organizativas y de procedimientos paralelos a los previstos por la legislación, que generan innumerables distorsiones y propician la inseguridad jurídica. Un cambio de paradigma como el que supone la efectiva implantación de planes antifraude implica transitar de un sistema basado en la confianza en una Administración sujeta al principio de legalidad a un sistema que parte de la desconfianza en la Administración y sus procedimientos⁷⁶. En este contexto las entidades locales, lejos de gozar del privilegio otorgado por la presunción de legalidad de sus actuaciones —que sigue reconociendo la legislación administrativa general—⁷⁷ se encuentran en la tesitura de demostrar que han adoptado los mecanismos necesarios evitar el incumplimiento de la ley, aunque sólo sea en lo que atañe al fraude, la corrupción y los conflictos de interés.

En este clima de desconfianza en la Administración y en sus instrumentos tradicionales de control, que se trasluce en el cambio de rumbo de la legislación administrativa general⁷⁸ y que se ha concretado, en lo que atañe a la gestión de los fondos NGEU en el desmantelamiento de los controles de intervención en materia de contratos y subvenciones⁷⁹, los planes antifraude únicamente pueden resultar eficaces si responden a una ética pública institucional sólidamente fundamentada que es, lamentablemente, la alternativa más alejada posible de la realidad, como se explica a continuación.

3.2.1. *El difícil equilibrio entre la ética y la estética en un contexto de desconfianza en la Administración*

La doctrina sostiene, con razón y de acuerdo con el discurso dominante de la ética pública, elaborado por organizaciones internacionales como la ONU, la OCDE o la Unión Europea, que los planes antifraude y el *public compliance* deben enmarcarse en una sólida infraestructura ética o, lo que es equivalente, en el marco de integridad de las organizaciones que aprueban estos planes —en este caso, las entidades locales—⁸⁰.

Aunque las referencias a la infraestructura ética no aluden a la ética individual, sino a la ética organizacional aplicada⁸¹, la creación de un marco de integridad de las enti-

⁷⁵ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020: 65)

⁷⁶ M. M. DARNACULLETA GARDELLA, «Rasgos del Derecho Administrativo contemporáneo», en J. M. RODRÍGUEZ SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL y L. ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 408 y ss.

⁷⁷ Reconocido explícitamente, para todas las Administraciones públicas, en el art. 39.1 LPAC.

⁷⁸ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2021: 408).

⁷⁹ M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2021:77).

⁸⁰ R. JIMÉNEZ ASENSIO (2022); M. C. CAMPOS ACUÑA (2017: 89).

⁸¹ Con carácter general, A. CORTINA ORTOS y D. GARCÍA-MARZÁ (eds.), *Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Tecnos, Madrid, 2003. En relación con la ética pública, M. VILLORIA MENDIETA, «Ética en el sector público. Una reflexión sobre la ética aplicada», *Encuentros*

dades locales debe empezar por las personas que gobiernan la corporación —mediante una declaración pública de su compromiso con los valores públicos y la aprobación por el pleno de un código ético que los recoja— y alcanzar a todos sus empleados —mediante la difusión interna del código y la instauración de programas de formación en valores—⁸². Es incuestionable que, en un contexto institucional que propiciase que todos los gestores y gobernantes guiasen su actuación de acuerdo con los estándares de la ética pública —que, por lo demás, coinciden con los principios y valores que, de acuerdo con la Constitución, deben guiar la actuación de los poderes públicos, de la Administración y del personal a su servicio—⁸³ la eficacia de un plan antifraude estaría garantizada.

La proliferación de declaraciones públicas de integridad y de códigos de conducta no parece haber venido acompañada, sin embargo, de una disminución de los casos de corrupción —no sólo en España, por cierto, sino también en muchos otros países—. No falta quien argumenta que ello proviene de la escasa cultura de cumplimiento de las Administraciones públicas españolas o del incontrovertible dato de que los códigos de conducta aprobados no son más que un instrumento de *marketing* o de publicidad institucional para recuperar la confianza de los ciudadanos⁸⁴.

Comparto sólo parcialmente estas afirmaciones. Existen evidencias que demuestran que los códigos de conducta aprobados por los gobiernos y Administraciones estatal, autonómica y local están principalmente enfocados hacia los ciudadanos, con el objeto de recuperar su confianza, descuidando su dimensión interna y, por tanto, su verdadera función dentro de una infraestructura ética. La prueba más evidente de ello es que, en la mayoría de las ocasiones, se limitan a reproducir el contenido de otros códigos, sin que exista una mínima reflexión previa sobre su adecuación al contexto en el que deben ser aplicados⁸⁵. Todo indica que los planes antifraude aprobados por las entidades locales reproducen esta misma tendencia. Ahora bien, no me parece que ello sea un rasgo propio y exclusivo de nuestro contexto cultural. La utilización de los códigos de conducta como instrumentos de *marketing*, con la consiguiente confusión de la ética con la estética, no es una característica de las Administraciones de nuestro país, sino que es un rasgo que se reproduce en la aprobación de códigos éticos, tanto por parte de las Administraciones públicas como de las corporaciones privadas, de las que proviene el discurso de la cultura del cumplimiento, la ética y la responsabilidad social empresarial⁸⁶.

multidisciplinares, vol. 13, núm. 39, 2011, pp. 19-28; F. MERINO AMAND, *Ética para la función pública. De la indiferencia al reconocimiento*, UPC, 2017.

⁸² M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020: 16-24).

⁸³ La orientación de la Administración al servicio de los intereses generales, la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, el respeto a la dignidad de las personas y sus derechos, el deber de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas o los principios de objetividad y eficacia son, al mismo tiempo, principios éticos y principios jurídico-constitucionales que orientan la actuación de la Administración [M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020: 44)].

⁸⁴ Entre muchos otros, C. PRIETO ROMERO (2011); A. CERRILLO MARTÍNEZ y J. PONCE SOLÉ (2017); M. C. APARISI APARISI (2022).

⁸⁵ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020: 59).

⁸⁶ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2005: 143).

La proyección principalmente externa de los códigos éticos —de los planes anti-fraude, los planes de integridad o los planes de cumplimiento— es un rasgo derivado de su configuración institucional. Las organizaciones que promueven la ética pública no apelan a la condición moral de los seres humanos sino a la capacidad de los individuos y las organizaciones para actuar movidos por incentivos con base en los presupuestos de la teoría de la elección racional⁸⁷.

Las Administraciones locales se han dotado voluntariamente de códigos y se van a dotar de planes antifraude, más allá incluso del marco impuesto por la Orden HFP/1030/2021, porque ello les sitúa en una mejor posición ante los ciudadanos y las organizaciones a las que tienen que rendir cuentas.

Cuando sostengo, por tanto, que los planes antifraude no están fundamentados en una ética institucional sólida no me refiero ni a la ética individual de los concretos sujetos responsables de la gestión y control de los fondos públicos ni a la ética institucional de las Administraciones locales —sobre los que no se dispone de datos empíricos relevantes que puedan avalar o refutar su compromiso efectivo con la prevención del fraude, la corrupción y los conflictos de interés—. La afirmación se refiere a la falta de fundamentación ética —en términos filosóficos— del discurso dominante de la ética pública, que es precisamente lo que, al partir de la desconfianza en la Administración, acaba transformando la ética en una mera operación estética, al poner a los gestores públicos en la tesitura de tener que defender su integridad antes de haber cometido ningún fraude⁸⁸.

3.2.2. *La tortuosa conciliación del compliance con el Derecho administrativo*

Los planes antifraude, claramente influenciados por los planes de integridad y el *compliance*, plantean problemas de conciliación con la configuración tradicional del Derecho administrativo de corte continental-europeo, que se articula en torno a la sumisión de la Administración al principio de legalidad, puesto que parten de una concepción económica de la regulación basada en la desconfianza en la ley y en la Administración⁸⁹.

Intentaré demostrar esta afirmación con algunos ejemplos, que requerirían mayor desarrollo del que permite la extensión prevista para esta contribución.

Con carácter general es preciso reparar en la contradicción que supone, por un lado, la consideración de los controles jurídicos y de fiscalización previa como «cuellos de botella» para lograr una eficiente gestión de los fondos —que ha conducido a su reducción

⁸⁷ En mi opinión: «La ética del servicio público promovida por las organizaciones internacionales no tiene un fundamento filosófico, sino un fundamento económico, político y jurídico [...]. Cuando las organizaciones internacionales promueven la creación de un marco de integridad no están hablando de ética ni de moral, sino de racionalidad económica, de instituciones y de incentivos», M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020: 66).

⁸⁸ Sobre ello *vid.* M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2020).

⁸⁹ M. M. DARNACULLETA GARDELLA, «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de regulación. El debate en la República Federal Alemana», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Fundamentos e instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 113-150.

o eliminación para los procedimientos de subvenciones o de contratos que impliquen el uso de los fondos provenientes del NGEU—⁹⁰ y, por el otro, la multiplicación de los controles *ex ante* y *ex post*, articulados mediante un ordenamiento paralelo —basado en el *soft law* o en los reglamentos internos de las corporaciones locales—. Para garantizar el cumplimiento de este ordenamiento paralelo, y contradiciendo el mantra del necesario adelgazamiento de la Administración, se requiere la creación de nuevos órganos de control —oficinas antifraude— y la realización de nuevas tareas, que deberán comportar la creación de nuevos puestos de trabajo o una externalización de sus funciones —auditores y oficiales responsables de cumplimiento—.

También es necesario señalar la difícil conciliación entre la sujeción de las Administraciones públicas al principio de legalidad y algunos de los contenidos obligatorios de los planes antifraude. En concreto, esta contradicción afecta a la declaración o compromiso previo de las entidades locales de lucha contra el fraude y a la obligación de realizar una autoevaluación previa de los riesgos de fraude. Ambas obligaciones están relacionadas con la desconfianza, respectivamente, en la Administración y en el legislador. Así, por un lado, si las entidades locales están sometidas al ordenamiento jurídico y este prohíbe expresamente las conductas fraudulentas, no parece que una declaración del pleno, en la que se manifieste públicamente el firme compromiso de la corporación con la integridad pueda suponer ninguna aportación sustancial, en términos de eficacia de la lucha contra el fraude —más allá del efecto o dimensión externa del plan, al que se ha aludido en el apartado anterior, en términos de recuperación de la confianza en la institución—⁹¹. Por otro lado, la obligación de las entidades locales de realizar una autoevaluación previa sobre los riesgos específicos de fraude, corrupción y conflicto de interés en la concreta corporación no es más que una manifestación de la desconfianza en la valoración de estos riesgos realizada por el legislador, puesto que se presupone que este no ha tenido en cuenta, por ejemplo, la capacidad de control de las diversas entidades locales, en función de su tamaño o de la particular complejidad de los municipios, en función de la mayor o menor presión urbanística, del presupuesto manejado o del volumen de contratación.

En este contexto, pues, se opta por confiar en la capacidad de autoorganización de las entidades locales, sin tomar en consideración la falta de especialización y conocimiento disponible en las disciplinas necesarias para garantizar la eficacia de un plan de estas características y minusvalorando el riesgo de aumentar la complejidad jurídica y organizativa del ámbito local mediante la multiplicación de normas —planes, protocolos y códigos—, de órganos —antifraude y de cumplimiento normativo— y de controles —nuevos programas informáticos y canales de denuncia—, que se superponen a los existentes.

⁹⁰ M. SALVADOR ARMENDÁRIZ (2021: 77).

⁹¹ La rotundidad de esta afirmación podría matizarse con las aportaciones de la psicología conductual en el ámbito del cumplimiento normativo, que explicarían la importancia de una declaración formal de estas características en la conducta de quienes la suscriben, en los términos desarrollados por F. VELASCO CABALLERO, «Psicología para el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7, 2023, pp. 63-65.

Las consideraciones críticas precedentes no impiden reconocer que algunos de los instrumentos propios de un plan antifraude puedan resultar especialmente útiles para la detección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés. En concreto, los dos instrumentos de control mencionados en el párrafo anterior tienen visos de resultar particularmente eficaces, en especial si se utilizan de forma combinada, utilizando medios electrónicos para la canalizar la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción y, en particular, para facilitar la información o la denuncia de casos de fraude⁹². La Unión Europea ha apostado claramente por este tipo de instrumentos, fomentando la denuncia en línea mediante el *Fraud Notification System* instaurado por la OLAF y reforzando la posición de los *whistleblowers*, informantes o alertadores —a los que se recomienda no calificar de delatores o chivatos, para no trasladar a esta figura la connotación negativa que ello conlleva—⁹³. Obsérvese de nuevo, sin embargo, la contradicción de estas previsiones con nuestra tradición jurídica, que no acepta las denuncias anónimas, y que obliga a la identificación de quienes ponen «en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo»⁹⁴.

En cualquier caso, y retomando el hilo con el que se ha iniciado este epígrafe, la multiplicación de controles derivada de la implantación de un plan antifraude, lejos de agilizar la gestión y facilitar el cumplimiento de las tareas que tienen asignadas las Administraciones locales —en este caso, la gestión de los fondos europeos para el cumplimiento de los retos tan ambiciosos como la inclusión social, el desarrollo sostenible o la digitalización— supone una multiplicación de las tareas que tienen encomendadas los funcionarios encargados del control de legalidad y del control presupuestario. No es de extrañar pues, que se constate que faltan medios para realizar todas estas tareas, se requiera recurrir a la colaboración de auditores externos y se proponga la contratación de *compliance officers*.

En lo que atañe a los auditores, si bien es cierto que el art. 92. *bis* 1. *b*) LRBRL establece una reserva legal en favor de los interventores, en su condición de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, para realizar la función, necesaria en todas las corporaciones locales, de fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación, no lo es menos que el art. 34 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local recoge expresamente la posibilidad de colaboración en las actuaciones de auditoría pública,

⁹² A. CERRILLO MARTÍNEZ, «El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104 (2), 2016, p. 221.

⁹³ *Vid.* la Directiva UE 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre la infracción del Derecho de la Unión, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

⁹⁴ Art. 62.1 y 2 LPAC.

con las condiciones expresamente establecidas en este precepto, que abren la puerta a la privatización parcial de esta función de control⁹⁵.

También resulta controvertida la implantación de la figura del *public compliance officer* en la Administración local, que es el encargado de velar por la integridad de la organización y, por tanto, es responsable de la aplicación del programa de cumplimiento, de la difusión del código de conducta y de la extensión de la cultura de cumplimiento. Algunos autores consideran que esta función ya la están realizando parcialmente los interventores de modo que se recomienda una ampliación de sus funciones para adaptarse al perfil propio de un oficial de cumplimiento⁹⁶. Otros consideran que la figura de un *public compliance officer* posee rasgos específicos, que justifican que sus funciones sean desarrolladas por un perfil profesional distinto del que es propio de los interventores⁹⁷. Por mi parte, comparto la opinión de quienes ponen de manifiesto las dificultades de trasladar esta figura al ámbito de la Administración pública y destacan la superposición parcial de funciones entre un oficial de cumplimiento —que vela por la aplicación del *hard law* y del *soft law*— y las funciones de control financiero y presupuestario y de control de la legalidad que la LRBRL atribuye a los interventores y secretarios⁹⁸.

Tomando en consideración que, en este caso, el *soft law* está orientado a garantizar la aplicación del *hard law*, parece que debería resultar mucho más eficaz reforzar el personal de secretaría e intervención, que poner en cuestión su capacidad de control y propiciar la creación de estructuras paralelas. Esta opinión, sin embargo, no se corresponde en absoluto con las nuevas tendencias del Derecho administrativo contemporáneo ni con las previsiones de evolución futura de esta rama del Derecho.

⁹⁵ Según el art. 34 del Real Decreto 424/2017: «1) A propuesta del órgano interventor, para la realización de las auditorías públicas las entidades locales podrán recabar la colaboración pública o privada en los términos señalados en los apartados siguientes. Con el objeto de lograr el nivel de control efectivo mínimo previsto en el art. 4.3 de este Reglamento se consignarán en los presupuestos de las entidades locales las cuantías suficientes para responder a las necesidades de colaboración. 2) Para realizar las actuaciones de auditoría pública, las entidades locales podrán recabar la colaboración de otros órganos públicos y concertar los Convenios oportunos. 3) Asimismo, la entidad local podrá contratar para colaborar con el órgano interventor a firmas privadas de auditoría que deberán ajustarse a las instrucciones dictadas por el órgano interventor. Los auditores serán contratados por un plazo máximo de dos años, prorrogable en los términos establecidos en la legislación de contratos del sector público, no pudiendo superarse los ocho años de realización de trabajos sobre una misma entidad a través de contrataciones sucesivas, incluidas sus correspondientes prórrogas, ni pudiendo a dichos efectos ser contratados para la realización de trabajos sobre una misma entidad hasta transcurridos dos años desde la finalización del periodo de ocho. Las sociedades de auditoría o auditores de cuentas individuales concurrentes en relación con cada trabajo a adjudicar no podrán ser contratados cuando, en el mismo año o en el año anterior a aquel en que van a desarrollar su trabajo, hayan realizado o realicen otros trabajos para la entidad, sobre áreas o materias respecto de las cuales deba pronunciarse el auditor en su informe».

⁹⁶ M. C. CAMPOS ACUÑA (2017:108).

⁹⁷ J. J. QUERALT, «Public Compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, pp. 1-11.

⁹⁸ M. M. DARNACULLETA GARDELLA (2021: 10); S. BACIGALUPO, «Compliance», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, 2022, p. 274.

4. REFLEXIONES FINALES

Los planes de medidas antifraude tienen difícil encaje en la configuración tradicional del Derecho administrativo basado, como es sobradamente conocido, en un régimen estatutario de la función pública y en un elenco de controles preventivos —que incluyen no sólo los informes de funcionarios cualificados, sino también la participación de terceros interesados en procedimientos— que permitan confiar en la oportunidad y la adecuación a derecho de las decisiones de la Administración, como demuestra la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

El Derecho administrativo de nuevo cuño, después de haber dejado sin suficientes recursos materiales y personales a la Administración, propugna la sustitución de las funciones realizadas por funcionarios con habilitación nacional por las propias de auditores, consultores y oficiales de cumplimiento, mostrando una desconfianza explícita en los instrumentos tradicionales de prevención y en la efectiva orientación de la Administración al servicio de los intereses generales.

Existen razones, principalmente derivadas de la presión ejercida desde la Unión Europea, que explican que en los últimos años nos encontremos inmersos en un intenso debate acerca de la conveniencia de complementar los controles preventivos de corte tradicional con medidas adicionales que favorezcan la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública y supongan un freno efectivo al desvío de fondos públicos. Lo que no parece tan razonable es que esta línea de reflexiones conduzca a una sustitución de los controles tradicionales por instrumentos de nuevo cuño, desmantelando la primera línea de contención de la corrupción en el ámbito local en favor de instrumentos basados en un discurso de la ética pública de dudosa validez teórica, que plantean problemas de articulación con el Derecho vigente y que no han demostrado su eficacia en la lucha contra la corrupción ni siquiera en los ordenamientos de origen.

Las Administraciones locales no deberían sufrir las consecuencias de una desconfianza generalizada en su gestión. No está de más recordar que la Unión Europea, aunque confía particularmente en las medidas de prevención y detección del fraude que han sido impuestas de forma obligatoria por la Orden HFP/1030/2021, permite que se garantice la adecuada gestión de los fondos mediante los instrumentos habituales de control presupuestario. En este contexto, si bien es cierto que las entidades locales no tienen más remedio que intentar adaptarse a las nuevas exigencias, cumpliendo con la obligación de aprobar los correspondientes planes antifraude, como efectivamente están haciendo, deben sobre todo asegurarse, en aplicación de los planes o simplemente en aplicación de sus estándares habituales de cumplimiento, de gestionar adecuadamente los fondos europeos recibidos.

La extensión de los planes de medidas antifraude —o de los correspondientes planes de integridad o cumplimiento— más allá de los límites temporales de la gestión de los fondos del PRTR debería valorarse en función de la eficacia que puedan demostrar y no en función de una sustitución irreflexiva de la cultura de la legalidad por la nueva cultura del cumplimiento, que no es otra cosa, por cuestiones estructurales, que una operación

de cosmética mediante la que se pretende recuperar la confianza de la ciudadanía y de la Unión Europea.

5. BIBLIOGRAFÍA

- APARISI APARISI, M. C.: «Y llegaron los planes antifraude, las entidades locales en el foco de atención», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2022.
- BACIGALUPO, S.: «Compliance», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 21, 2022, pp. 260-276.
- CAMPOS ACUÑA, M. C.: *Compliance en la Administración pública: dificultades y propuestas*, CEMCI, Granada, 2017.
- «Las oportunidades de los fondos europeos *Next Generation* con los ODS y la integridad pública: planes antifraude en el plan de recuperación, transformación y resiliencia», en S. REGO VILAR, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE: XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 129-144.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A.: «El papel de los medios electrónicos en la lucha contra la corrupción», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104 (2), 2016, pp. 199-235.
- «La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2021, pp. 371-401.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., y PONCE SOLÉ, J. (coords.): *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*, Bruylant, Brussels, 2017, p. VII.
- CORTINA ORTOS, A., y GARCÍA-MARZÁ, D. (eds.): *Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M.: *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- «La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de regulación. El debate en la República Federal Alemana», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Fundamentos e instituciones de la Regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 113-150.
- «Ética pública y Derecho administrativo en la era de la posverdad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 41-74.
- «Consideraciones críticas sobre el *public compliance* como instrumento de gestión de la desconfianza», *La Ley Compliance Penal*, núm. 6, 2021.
- «Rasgos del Derecho Administrativo contemporáneo», en J. M. RODRÍGUEZ SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL y L. ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 377-441.
- FORTUNY CENDRA, M., y SUBIRANA DE LA CRUZ, S.: «*Compliance* en las entidades locales», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 2, 2021.
- GALÁN GALÁN, A.: «Los gobiernos locales ante el reto de los Fondos europeos de recuperación», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, pp. 101-117.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales», en J. L. GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 299-317.

- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Integridad pública y prevención. A propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención en los planes antifraude en la gestión de fondos europeos», en S. REGO VILAR, *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE: XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 91-127.
- «Sistema de integridad institucional y planes de medidas antifraude en los gobiernos locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2022.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J. L.: «Corrupción local en España», *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 85, 2013, pp. 23-42.
- MERINO AMAND, F.: *Ética para la función pública. De la indiferencia al reconocimiento*, UPC, 2017.
- MIR PUIG, S. (dir.): *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- MORENO GARCÍA, P.: «Obligaciones y retos en la creación de planes antifraude en las entidades locales: repercusiones de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 12, 2021.
- NIETO MARTÍN, A.: «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal», en L. KUHLEN, J. P. MONTIEL e I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 21-50.
- «De la ética pública al *Public Compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas», en A. NIETO MARTÍN y M. MAROTO CALATAYUD (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 17-43.
- (dir.): *Manual de Derecho penal de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PRIETO ROMERO, C.: «Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno», *Anuario de Derecho Local*, núm. 1, 2011, pp. 315-347.
- QUERALT, J. J.: «*Public Compliance* y corrupción: análisis conceptual y propuestas», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016, pp. 1-11.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ CHAVES, F.: «El uso del *data mining* en los programas de *compliance* para evitar la corrupción», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2022.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: «Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: Análisis y reflexión desde el Derecho administrativo», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63, 2021, pp. 61-80.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.): *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2014.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos *Next Generation EU* a las entidades locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 16, 2021, pp. 33-52.
- «Psicología para el Derecho administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7, 2023, pp. 41-82.
- VILLORIA MENDIETA, M.: *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000.
- «Ética en el sector público. Una reflexión sobre la ética aplicada», *Encuentros multidisciplinares*, vol. 13, núm. 39, 2011, pp. 19-28.

Comunidades energéticas: desafíos jurídicos para los entes locales*

Inmaculada REVUELTA PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia
ORCID ID: 0000-0003-3913-6792

RESUMEN

Las Directivas de fomento de las energías renovables de 2018 y de mercado eléctrico de 2019 han introducido la figura de las comunidades energéticas en los mercados energéticos de la Unión Europea. Además, el Derecho europeo prevé la participación en las mismas de entes locales junto a ciudadanos o pequeñas empresas para generar energía y realizar muchas otras actividades. El trabajo analiza el marco normativo europeo e interno aplicable en la materia así como las principales cuestiones jurídicas que plantea la participación de la Administración local en dicha figura, habida cuenta de la falta de regulación de la misma en nuestro país.

Palabras clave: transición energética; energía limpia; Administración local; comunidades energéticas.

* Fecha de finalización del trabajo: 8 de mayo de 2023.

Energy communities: legal challenges for municipalities

ABSTRACT

The Renewable Energy Directive 2018/2001 and the Electricity Directive 2019/944 have introduced the figure of «energy communities» in the energy markets of the European Union. In addition, European law provides for the participation of local authorities together with citizens or small businesses to generate energy and carry out many other activities. The paper analyzes the European and internal regulatory framework applicable in the matter as well as the main legal issues raised by the participation of local administration in this figure, given the lack of regulation of the same in our country.

Keywords: energy transition; clean energy; local authorities; municipalities; community energy.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ADMINISTRACIÓN LOCAL Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA: 2.1. El (discutido) fundamento jurídico inicial de las políticas locales en este campo y el escaso impulso del legislador estatal. 2.2. El Derecho europeo propugna la intervención de los entes locales en los mercados energéticos a través de comunidades energéticas. 2.3. Marco competencial municipal.—3. SOBRE LAS COMUNIDADES ENERGÉTICAS: 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Tipología. 3.3. Forma jurídica.—4. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS MUNICIPIOS Y CUESTIONES QUE PLANTEAN: 4.1. Cesión de espacios municipales a comunidades energéticas (en particular, cubiertas de edificios). 4.2. Participación en proyectos de autoconsumo compartido de electricidad verde como socio o miembro de la comunidad energética. 4.3. Sistemas urbanos de calefacción y climatización mediante comunidades energéticas.—5. CONSIDERACIÓN FINAL.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

La Administración local, por su cercanía a los ciudadanos, está llamada a desempeñar un importante papel en la ejecución de las políticas de lucha contra el cambio climático y de transición energética emprendidas en la Unión Europea en las últimas décadas.

Las Instituciones europeas (en particular, la Comisión Europea), en efecto, vienen poniendo de relieve desde hace años la importancia de las autoridades locales para garantizar la eficacia de estas políticas y adoptando iniciativas para impulsar su intervención en la protección ambiental y la lucha contra el cambio climático¹.

El mejor ejemplo es el *Pacto de los alcaldes sobre el clima y la energía*, puesto en marcha por la Comisión Europea a finales de la pasada década para involucrar a los gobiernos locales en el logro de los objetivos energéticos y climáticos de la Unión Europea

¹ VII Programa de medio ambiente de la Unión Europea (2013-2020).

y que ha supuesto la adopción de ambiciosas políticas energéticas y de lucha contra el cambio climático en numerosos municipios de nuestro país².

Otras iniciativas desarrolladas por la Comisión Europea en este campo son la *Agenda urbana* (GONZÁLEZ, 2021: 62)³; y, más recientemente, la proyección del sistema europeo de gestión y auditorías ambientales (EMAS)⁴ al sector público; y, la determinación de los estándares del «buen comportamiento ambiental» de la Administración pública⁵. Estándares que se proyectan sobre la «energía sostenible y el cambio climático» y que están concebidos, precisamente, para la Administración local por representar «el porcentaje más alto de Administraciones públicas en la Unión Europea y porque es a ese nivel donde existe el mayor potencial de reproducibilidad y de aprendizaje».

Pese a la creciente participación de los entes locales de nuestro país en instrumentos voluntarios como los mencionados, las autoridades municipales han encontrado dificultades técnicas, económicas y jurídicas para intervenir en este ámbito y desarrollar iniciativas de transición energética. Centrándonos en la perspectiva jurídica, debe mencionarse la anulación judicial, la década pasada, de alguna de las primeras ordenanzas locales que obligaron a emplear energías renovables en el sector de la edificación; las restricciones que introdujo la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local al desarrollo de iniciativas económicas locales y al ejercicio de la competencia ambiental de esta Administración; o, la falta de reconocimiento del papel de los entes locales en la transición energética en la vigente normativa estatal del sector eléctrico (Ley 24/2013).

La aprobación del paquete normativo de la Unión Europea «energía limpia para todos los europeos» en 2018 y 2019, no obstante, ha impuesto a los Estados numerosas obligaciones dirigidas a garantizar la intervención de las autoridades locales en este campo, que requieren adaptar el marco normativo vigente. Destaca la introducción de la figura de las comunidades energéticas («comunidades de energías renovables», previstas en la Directiva 2018/2001, de fomento de las energías renovables; y, «comunidades

² La iniciativa fue lanzada en 2008 con la denominación *Pacto de las Alcaldías para la energía sostenible local* con el objetivo inicial de superar, en las ciudades, municipios y regiones participantes, los objetivos energéticos de la Unión Europea para 2020 (20 por 100). El éxito alcanzado en sólo tres años (unas 2.000 ciudades, en 2010) provocó la extensión de la alianza a Europa oriental y, desde 2015, se denomina *Pacto de los alcaldes por el clima y la energía*, integrando política energética y climática.

³ La Agenda Urbana de la Unión Europea pretende fortalecer la dimensión urbana de las políticas públicas de la Unión y los Estados a través de una forma de gobernanza multinivel que garantice el trabajo conjunto de las Instituciones de la Unión, los Estados, las ciudades y otros actores en materias prioritarias como la transición energética, la adaptación al clima, la calidad del aire o la movilidad sostenible.

⁴ La Comunicación de la Comisión de 8 de noviembre de 2011, que fijó el plan de trabajo con los sectores prioritarios para adoptar documentos de referencia conforme al sistema de participación voluntaria de organizaciones en el sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), incluyó la Administración pública.

⁵ Decisión (UE) 2019/61, de la Comisión, de 19 de diciembre de 2018, relativa al documento de referencia sectorial sobre las mejores prácticas de gestión ambiental, los indicadores sectoriales de comportamiento ambiental y los parámetros comparativos de excelencia para el sector de la Administración pública en el marco del Reglamento (CE) núm. 1221/2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS).

ciudadanas de energía», que contempla la Directiva 2019/944, de mercado interior de la electricidad), que están llamadas a jugar un importante papel en el nuevo modelo energético que pretende implantarse y que, como se analiza en este trabajo, se caracterizan por prever la participación en las mismas no sólo de los ciudadanos sino de las autoridades locales; en particular, de los municipios.

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (en adelante PNIEC)⁶ incluye las «comunidades energéticas» entre las medidas previstas para garantizar la transición energética en nuestro país (medida 1.13) aunque reconoce que «las barreras o vacíos normativos impiden su participación en el sistema energético»⁷.

Por su parte, la Ley 7/2021, de Cambio Climático y Transición Energética, ha responsabilizado a los entes locales del cumplimiento de los ambiciosos objetivos energéticos y climáticos establecidos por el legislador estatal, como al resto de Administraciones públicas (art. 1), aunque se echan en falta previsiones acordes con los retos planteados, pues ni siquiera menciona las comunidades energéticas.

El presente trabajo analiza, a la luz del marco normativo vigente, las posibilidades de actuación de los entes locales respecto de las comunidades energéticas así como los obstáculos a que se enfrentan a la hora de crearlas, fomentarlas o participar en ellas. El objetivo último es determinar si el mismo resulta idóneo para asegurar que los gobiernos locales afrontan debidamente este reto; y, en su caso, plantear algunas de las cuestiones jurídicas que se plantean así como propuestas regulatorias en esta línea. Como punto de partida, se hace referencia al papel de los entes locales en la transición energética, en particular, en el Derecho europeo; y, a las principales previsiones del ordenamiento positivo español que, a día de hoy, habilitan o imponen obligaciones a los entes locales en este ámbito. A continuación, se analiza el concepto de comunidades energéticas así como su tipología y su posible forma jurídica en nuestro Derecho. Por último, se plantean algunas de las principales líneas de actuación que, a día de hoy, pueden desarrollar los ayuntamientos respecto de las comunidades energéticas así como algunas de las cuestiones jurídicas que plantean.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA

2.1. El (discutido) fundamento jurídico inicial de las políticas locales en este campo y el escaso impulso del legislador estatal

Hasta la reciente aprobación de las primeras leyes generales (estatal y autonómicas) en materia de cambio climático y transición energética, la intervención pública relacionada con la energía limpia (energías renovables o eficiencia energética), se asociaba esencialmente a la política energética, considerada más propia de las Administraciones estatal y autonómica que de la local.

⁶ La versión final del PNIEC fue aprobada el 21 de mayo de 2021 (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

⁷ P. 112.

De ahí que inicialmente resultara complicado encontrar fundamento jurídico para desarrollar políticas locales en la materia (MORA, 2012) pese su conexión con la lucha contra el cambio climático y el reconocimiento genérico, en la Ley 7/1985, de la competencia ambiental como propia de los municipios (art. 25) así como de la posibilidad de desarrollar en este ámbito políticas complementarias de otras Administraciones públicas en el, hoy derogado, art. 28 de dicha Ley.

La mejor prueba de ello es la anulación judicial de algunas de las primeras ordenanzas locales que, anticipándose a la regulación estatal, obligaron a utilizar energía solar en el sector de la edificación (Pamplona, Madrid, Alcalá de los Gazules o Zaragoza)⁸. El TS confirmó inicialmente esta restrictiva doctrina jurisprudencial —no unánime—⁹ (ordenanza solar de Pamplona)¹⁰ pero finalmente, acogiendo la tesis de la «vinculación negativa», reconoció la competencia normativa de los entes locales en este campo sin necesidad de específica habilitación legal (ordenanza solar de Zaragoza)¹¹.

No ha sido el único escollo. La patente pasividad del legislador estatal, durante años, ante el fenómeno del cambio climático y la transición energética, justificada en la crisis económica de 2008, no ha favorecido el desarrollo de actuaciones en este campo por parte de la Administración pública (en particular, de la Administración local).

La regulación estatal del sector energético es el mejor ejemplo de esa inactividad. Este sector suele focalizar la acción pública de «descarbonización» debido a que es el que más gases con efecto invernadero genera (casi el 80 por 100, en la Unión Europea) pero la Ley 24/2013, del sector eléctrico, centrada en conseguir la sostenibilidad económica y financiera de este mercado ante el déficit tarifario, no sólo no avanzó en la transformación del modelo energético, como propugnaba el Derecho europeo y requiere el art. 45 CE (protección ambiental), sino que supuso un retroceso (REVUELTA, 2019).

⁸ Las primeras ordenanzas en materia de captación de energía solar térmica en los edificios (ordenanzas solares) se adoptaron con la finalidad principal de lucha contra el cambio climático y se anticiparon a la concreción en la normativa básica estatal (Código Técnico de la edificación de 2006) de los porcentajes de energía limpia exigibles aunque la Ley de edificación había impuesto genéricamente este tipo de obligaciones. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra anuló, mediante Sentencia de 13 de junio de 2005, la ordenanza de Pamplona, al igual que ocurrió con la Ordenanza de Madrid (STJM de 5 de junio de 2007); la Ordenanza de Alcalá de los Gazules (STSJA de 30 de noviembre de 2007), y la Ordenanza de Zaragoza (STSJA de 27 de mayo de 2013).

⁹ El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana entendió que los entes locales eran competentes para imponer obligaciones de empleo de energías renovables en el sector de la edificación (STSJCV de 12 de junio de 2008, sobre la ordenanza solar de Valencia); al igual que ocurrió con la Ordenanza solar de Vigo (STSJ de Galicia de 17 de julio de 2008).

¹⁰ El TS confirmó la anulación de la ordenanza solar de Pamplona mediante la STS de 24 de junio de 2008 (rec. 4236/05) por falta de cobertura de la competencia normativa local en este campo pues entendió que ni el art. 25.2 de la Ley 7/1985 (protección del medio ambiente) ni la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación; ni el art. 42.3.a) de la Ley General de Sanidad —control sanitario del medio ambiente—; ni la normativa urbanística estatal y autonómica habilitaban dicha norma local.

¹¹ La STS de 22 de mayo de 2015 (rec. cas. 2433/2013) estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra la Sentencia del Tribunal Superior de Aragón, de 27 de mayo de 2013, que anuló la ordenanza solar de dicho municipio, invocando la tesis de la «vinculación negativa».

A diferencia de su predecesora¹², esta norma no sólo no contemplaba objetivos cuantitativos temporales de empleo de energías renovables sino que no favoreció el desarrollo de herramientas imprescindibles para transformar el modelo energético sin coste directo para las arcas públicas (autoconsumo compartido, sistemas de medición inteligente, comunidades energéticas locales, etc.); instrumentos que se están introduciendo *a posteriori*, de forma apresurada.

En la misma línea, la coetánea reforma de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, mediante la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, no adoptó ninguna medida para promover la participación de los entes locales en el fomento de las energías renovables y la lucha contra el cambio climático, a diferencia de lo ocurrido con las «tecnologías de la información y las comunicaciones», dónde el legislador estatal reconoció novedosamente la competencia de los ayuntamientos para promover la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de dichas tecnologías [art. 25.2.ñ)]. Es más, la Ley 27/2013 restringió notablemente el alcance de las competencias ambientales de la Administración local, en los términos que se indican más adelante.

Mientras el legislador estatal trataba de embridar la intervención local en este sector numerosos gobiernos locales de nuestro país se adhirieron al *Pacto de los alcaldes por la energía*, promovido por la Comisión Europea, y comenzaron a desarrollar políticas propias mediante los correspondientes «planes de acción para la energía sostenible» que debían adoptar los firmantes y que han facilitado a los ayuntamientos la participación o creación de comunidades energéticas.

2.2. El Derecho europeo propugna la intervención de los entes locales en los mercados energéticos a través de comunidades energéticas

El Derecho europeo, desde el principio, ha atribuido a la Administración local un papel relevante en el fomento de las energías renovables y en la transformación del modelo energético. Las primeras directivas pusieron de relieve el potencial de desarrollo local que podía provenir de las fuentes (descentralizadas) de producción de energía renovable (Directiva 2001/77, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad)¹³; y, la necesidad de implicar a las autoridades locales en la consecución del nuevo modelo energético, dadas sus atribuciones tradicionales en este campo (planificación urbana, autorización de instalaciones, etc.).

Estas normas europeas, además, incluyeron expresamente a la Administración local en el papel ejemplarizante asignado al sector público en este campo si bien imponiénd-

¹² La DT 16 de la Ley 54/1997, del sector eléctrico, fijó una cuota mínima de energías renovables del 12 por 100, en 2010.

¹³ Considerando 19.

dole menos obligaciones que a la Administración estatal, como es lógico¹⁴. La Directiva 2009/28, de fomento de las energías renovables, puso el acento en los edificios públicos (entre otras medidas, preveía la cesión de las cubiertas a terceros para producir energía limpia)¹⁵, al igual que la Directiva 2012/27, de eficiencia energética, si bien esta última norma, dado su enfoque global, se proyectó también sobre la contratación pública local¹⁶.

El Paquete normativo «Energía limpia para todos los europeos», aprobado en 2018 y 2019, ha dado un paso decisivo para involucrar a la Administración local en la consecución de los objetivos energéticos y climáticos de la Unión Europea pues, de una parte, ha establecido cauces para garantizar su participación en el diseño y en la aplicación de las políticas de los Estados (gobernanza «multinivel»); y, de otra, ha atribuido a las autoridades locales importantes funciones en los mercados energéticos.

En cuanto a lo primero, el Reglamento 2018/1999, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, obliga a los Estados a crear una «Plataforma de diálogo multinivel sobre clima y energía» (art. 11), de carácter permanente, que debe incluir a las autoridades locales, y que debe debatir sobre estas políticas¹⁷.

Respecto al nuevo papel de la Administración local en este campo, se pretende que, al igual que los ciudadanos, deje de ser un mero consumidor y participe activamente en los mercados energéticos, desarrollando funciones como la generación; el almacenamiento; o, la venta de energía, convirtiéndose, así, en «prosumidor» (ORTIZ, 2017; LEIVA, 2019).

¹⁴ Los considerandos 23 y 34 de la Directiva 2009/28, de fomento de las energías renovables instan a los Estados a alentar a autoridades locales y regionales a establecer objetivos de empleo de dichas energías en su ámbito de actuación y reconocían la necesidad de su implicación en el nuevo modelo energético basado en fuentes renovables; el art. 4 exigió a los Estados adoptar medidas de colaboración entre las autoridades locales, regionales y nacionales en los Planes de acción nacionales en materia de energías renovables; y, el art. 14, garantizaba su participación en las acciones de sensibilización de los ciudadanos. Por su parte, la Directiva 2010/31, de eficiencia energética de los edificios, señalaba: «Las autoridades locales y regionales son claves para que la aplicación de la presente directiva tenga éxito, se las debe consultar» (cdo. 28).

¹⁵ El art. 13.5 de la Directiva 2009/28 obligaba a los Estados a velar por que los edificios públicos nuevos y los que sufrieran una renovación importante «a nivel nacional, regional y local, cumplan un papel ejemplar en el contexto de la presente directiva». Dicha obligación podía cumplirse «observando las normas relativas a las viviendas de energía cero o estipulando que los tejados de los edificios públicos o cuasipúblicos sean utilizados por terceros para instalaciones que producen energía procedente de fuentes renovables».

¹⁶ Conforme al art. 15 de la Directiva 2012/27, de eficiencia energética, los Estados debían animar a la Administración local y regional a seguir el ejemplo de la Administración central y a evaluar la posibilidad de celebrar contratos de rendimiento energético a largo plazo.

¹⁷ Esta tendencia a implicar a los entes locales en la ejecución de las políticas de transición energética se observa también en el apoyo financiero a través los fondos europeos destinados a la misma, como el Fondo de Transición Justa de la Unión Europea, establecido por el Reglamento (UE) 2021/1056, que financia inversiones en eficiencia energética para reducir la pobreza energética; o, en sistemas de calefacción urbana alimentados por fuentes de energía renovables.

A tal efecto, las directivas europeas promueven nuevas actividades (autoconsumo renovable compartido, etc.) y prevén la nueva figura de las comunidades energéticas para articular la participación conjunta de los nuevos sujetos de estos mercados (en particular, la Administración local). Se trata, en concreto, de la «comunidad de energía renovable» (Directiva 2018/2001, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes); y, de la «comunidad ciudadana renovable», prevista en la Directiva 2019/944, de mercado interior de la electricidad, a las que nos referiremos más adelante, tras analizar el reconocimiento de las competencias de los ayuntamientos en el campo de las energías limpias en nuestro ordenamiento.

2.3. Marco competencial municipal

El espacio de actuación de los entes locales en la actividad de los ciudadanos viene determinado por la legislación estatal y autonómica, en virtud de la autonomía local reconocida en la Constitución Española (art. 137)¹⁸.

La normativa básica estatal reguladora del régimen local reconoce a los municipios, como es bien sabido, la posibilidad de promover actividades y prestar servicios públicos en un conjunto de materias («competencias propias»), en los términos de la legislación estatal y autonómica conforme al art. 25 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL). Llama la atención que, a día de hoy, el listado de competencias propias que contiene el art. 25.2 LBRL no contenga ninguna referencia a las energías renovables y la eficiencia energética (ni siquiera, a su fomento).

Ello no significa, en modo alguno, que los municipios no tengan competencia en este campo, pues, como ha establecido el TC, aquellos no sólo pueden obtener competencias propias en las materias del art. 25.2 (STC 41/2016), pero, desde luego, no favorece el desarrollo de iniciativas como las propugnadas por el Derecho europeo, es decir, la participación o creación de comunidades energéticas; o, la implantación de sistemas urbanos de calefacción alimentados por fuentes renovables. En Cataluña, en cambio, la normativa de régimen local reconoce la competencia de los entes locales en materia de abastecimientos energéticos (art. 66.2 del Texto Refundido de la ley municipal y de régimen local de Cataluña de 2003).

En todo caso, el art. 25.2 LBRL contiene las siguientes tres materias relevantes a nuestros efectos: *a)* urbanismo, que incluye la planificación urbanística y la conservación y rehabilitación de la edificación [letra *a*]); *b)* «medio ambiente urbano» [letra *b*]); y, por último, *c)* «Tráfico», respecto de la movilidad y el transporte colectivo urbano [letra *g*]).

¹⁸ El TC tiene establecido (STC 32/1981) que la garantía constitucional de autonomía local exige que las leyes atribuyan a las entidades locales competencias suficientes en materias de interés local. La STC 214/1989 interpretó el art. 2.2 LBRL estableciendo que las leyes básicas estatales debían determinar las competencias que corresponden a los entes locales en la materia.

En cuanto a los servicios públicos locales enumerados en el art. 26 LBRL son relevantes, a nuestros efectos, el «alumbrado público»; y, «transporte colectivo urbano de viajeros», en municipios de más de 50.000 habitantes. Por otra parte, el art. 86.2 LBRL no contempla ya ninguna actividad prestacional reservada en el ámbito energético tras la supresión del suministro de gas y la calefacción con la citada Ley 27/2013.

La reforma de la Ley 7/1985 en 2013 supuso además, hay que destacarlo, la supresión del art. 28 LBRL, que permitía a los municipios complementar las actividades de otras Administraciones públicas en el campo, entre otros, de la protección ambiental y la sanidad pues se achacaba al mismo las duplicidades funcionales de la acción local con la de otras Administraciones (VELASCO, 2014: 68). El mantenimiento de este precepto, a nuestro juicio, habría facilitado a cualquier municipio del país el desarrollo de actuaciones en materia de energía limpia, como los sistemas urbanos de calefacción u otros proyectos de autoconsumo compartido, debido a sus beneficios en términos de reducción de gases con efecto invernadero.

Otro efecto negativo de la reforma de la Ley 7/1985 en 2013 —a nuestros efectos— fue la exigencia de determinación por ley de la implantación de nuevos servicios locales, previa evaluación de su conveniencia y justificación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera (art. 25, apdos. 3, 4 y 5 LBRL) y, en general, de la modulación de la iniciativa económica de las corporaciones locales a estos principios (GARCÍA, 2015: 33), pues complica notablemente el desarrollo de actuaciones locales en este nuevo ámbito de actuación.

La legislación estatal sectorial tampoco reconoce debidamente, a nuestro juicio, las competencias de los entes locales en este ámbito. No ha llegado a aprobarse la ley de energías renovables y eficiencia energética prevista en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible¹⁹, lo que ha supuesto la introducción, dispersa, de habilitaciones legales de la actuación de los municipios, generalmente exigidas por las normas europeas, en normas sectoriales diversas.

A nuestros efectos, resulta relevante el Texto Refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación urbana de 2015, que, entre otras cosas, ordena aplicar —a todas las Administraciones— el principio de desarrollo urbano sostenible, lo que significa priorizar las energías renovables; combatir la pobreza energética; y, fomentar el ahorro energético y el uso eficiente de la energía, preferentemente de generación propia [art. 3.3, letra *i*)]; y, favorece el desarrollo de actuaciones sobre el medio urbano relacionadas con la eficiencia energética (art. 24). Esta norma, además, regula el derecho real de superficie sobre el vuelo y subsuelo de las edificaciones y fincas públicas (art. 53), aunque no se refiere a las instalaciones de generación de energía limpia.

A través de la competencia urbanística (planificación, ordenanzas de edificación, etc.) los municipios pueden avanzar notablemente en la transformación del modelo energético y la consecución de una economía hipocarbónica aunque se echan en falta en la

¹⁹ DF 21.

normativa estatal previsiones específicas sobre las nuevas potestades de los entes locales en este campo o los nuevos instrumentos.

Debe mencionarse también la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, cuyo capítulo «Modelo energético sostenible», entre otras cosas, incorporó los objetivos cuantitativos de energía limpia a lograr en 2020 (art. 78) impuestos por el Derecho europeo (Directiva 2009/28); y, obligó a todas las Administraciones a simplificar los procedimientos administrativos aplicables a las instalaciones de energías renovables, eliminando las barreras a su desarrollo; y, a aplicar, en sus actuaciones (en particular, en la contratación pública), los principios de utilización de fuentes de energías renovables; y, de ahorro y eficiencia energética (art. 85.1). Esta ley estatal estableció, además, numerosas medidas de lucha contra el cambio climático, como los «Planes de movilidad sostenible», aunque debido a su heterogéneo y programático contenido su impacto ha sido escaso.

El gran avance en la atribución de un espacio propio de actuación a los entes locales en la transición energética debería provenir de las leyes marco de clima y energía que se están aprobando en nuestro país pues estas normas suelen centrarse, en gran medida, en determinar las competencias de las distintas Administraciones en este campo (VALENCIA, 2020); y, en sentar las bases del nuevo modelo energético (distribuido, participado y bajo el control de la ciudadanía), pero las previsiones de la normativa estatal (Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética), resultan, sin embargo, insuficientes, a nuestro juicio, teniendo en cuenta que se trata de la primera norma estatal que aborda globalmente este reto.

Esta norma habilita a todas las Administraciones a establecer incentivos que favorezcan la «introducción de energías renovables en la rehabilitación de viviendas fomentando el autoconsumo, las instalaciones de pequeña potencia, la calefacción y la refrigeración cero emisiones» (art. 8.5) pero sólo contiene mandatos de actuación genéricos dirigidos a la Administración pública, como asegurar el cumplimiento de los objetivos del *Acuerdo de París* y facilitar la «descarbonización» de la economía española, entre otros (art. 1); o, la integración de la cuestión climática en la planificación territorial y urbanística (art. 21). La única exigencia específica para la Administración local se refiere a la movilidad, esto es, aprobar «planes de movilidad urbana sostenible» antes de 2023.

A ello hay que añadir, por último, el escaso reconocimiento del espacio de actuación de los entes locales en la Ley 24/2013, del sector eléctrico, pues sólo de forma indirecta, se reconoce, en la noción de «comunidad de energía renovable», la posibilidad que tienen de intervenir en el mercado eléctrico, como miembros de las mismas (art. 6).

En cuanto a la normativa autonómica, existe una gran disparidad en el espacio de actuación reconocido a los entes locales en esta materia. Las normas de régimen local reconocen la competencia propia de los municipios en el campo de la protección ambiental en términos muy amplios; y, además, les permiten complementar la actividad de

otras Administraciones en este campo²⁰ pero no suelen reconocer la de abastecimientos energéticos. Una excepción, como ya se ha señalado, es Cataluña, donde se reconoce expresamente dicha competencia, aunque no se considere «propia»²¹.

El reconocimiento de competencias a la Administración local en la legislación sectorial de las comunidades autónomas es, a día hoy, muy dispar, como se ha anticipado. Las normas pioneras específicas en materia de energías renovables y eficiencia energética aprobadas en Andalucía, Murcia y Castilla-La Mancha no establecieron previsiones especiales para los entes locales pero les resultaban aplicables los mandatos de actuación dirigidos genéricamente a la Administración pública, como, por ejemplo, favorecer la cesión del uso de los terrenos e instalaciones públicas para instalaciones de energías renovables en Murcia²².

Las recientes leyes autonómicas de clima y transición energética, generalmente, han ampliado el campo de actuación de la Administración local en la materia y contemplan medidas para facilitar su intervención en los mercados energéticos. La pionera Ley 16/2017, de cambio climático de Cataluña, impuso al Gobierno catalán numerosas obligaciones en cuanto a la participación de los entes locales en el diseño de esta política (planificación, etc.); de prestación de asistencia técnica; y, de apoyo al desarrollo de políticas municipales en la materia, como los «planes municipales de cambio climático» (art. 33) pero, en su versión inicial, no hacía ninguna referencia a este tema, aunque leyes recientes, además de reconocer las comunidades energéticas, han introducido medidas en este sentido en esta norma (objetivos cuantitativos temporales de energía verde distribuida generada con participación, entre otros sujetos, de las Administraciones locales)²³ así

²⁰ La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía reconoce, las siguientes competencias a los municipios (art. 9): «Promoción, defensa y protección del medio ambiente; ordenación de la movilidad con criterios de sostenibilidad [art. 13, letra e)]; la ordenación, ejecución y control de las áreas del territorio municipal que admitan flujos luminosos medios y elevados y el establecimiento de parámetros de luminosidad en Andalucía. Además, el art. 8 contiene una cláusula residual que habilita a los municipios andaluces para regular y gestionar actividades y servicios públicos no atribuidos a otra Administración. En Baleares, los municipios ostentan la competencia para formular y gestionar políticas de protección ambiental y desarrollo sostenible [art. 29, letra x), de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears].

²¹ Art. 66.1 del Texto Refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña de 2003.

²² El art. 8 de la Ley 10/2006, de Energías Renovables y Ahorro y Eficiencia Energética de la Región de Murcia, preveía la formalización de estas cesiones a través de convenios de colaboración u otra figura prevista en la normativa estatal de contratación pública.

²³ Decreto-ley 16/2019, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la emergencia climática y el impulso a las energías renovables, introdujo, en el art. 19 de la Ley 16/2007, objetivos temporales cuantitativos de generación eléctrica renovable distribuida y participada en la propiedad o financiación por la ciudadanía, pymes, Administraciones locales, operadoras y comunidades energéticas (mínimo, el 30 por 100 en 2030); además, en esta línea de asegurar la participación de las Administraciones locales junto a la ciudadanía y las empresas, incidió en los nuevos proyectos energéticos renovables (art. 9 *bis*) y estableció medidas de compatibilidad urbanística de las instalaciones fotovoltaica en las cubiertas de los edificios (nuevo art. 9 *bis* del Texto Refundido de la Ley de urbanismo de 2010). *Vid.* también, el Decreto-ley 24/2021, de 26 de octubre, de aceleración del despliegue de las energías renovables distribuidas y participadas, que introdujo en la Ley 16/2017, la obligación de priorizar la utilización de las cubiertas de las edificaciones a la hora de implantar instalaciones de generación de energías renovables (art. 19).

como en otras normas relevantes, como la urbanística, para fomentar la energía limpia (compatibilidad urbanística *ex lege* de las instalaciones generadoras, entre otras).

Por su parte, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía obliga a los municipios a aprobar «planes contra el cambio climático»; a sustituir progresivamente las energías fósiles del consumo municipal por energías renovables producidas *in situ*; a la construcción y rehabilitación energética de las edificaciones municipales (art. 15); y, si bien no alude a las comunidades energéticas, al menos prevé, entre otras cosas, la adopción de medidas de carácter normativo que favorezcan el autoconsumo energético a partir de energías renovables y la participación de actores locales en la producción y distribución de energía renovable (art. 34).

Por su parte, la Ley 4/2019, de Sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca, que pretende «lograr una Administración pública “cero emisiones”» en 2050, exige incluir un «Estudio de sostenibilidad energética» en los planes urbanísticos, que, entre otras cosas, analice la implantación de energías renovables en edificios e infraestructuras, el alumbrado público exterior o la movilidad así como prever, en los entornos urbanos, la instalación de estaciones de recarga de vehículos limpios (art. 7.5).

Esta norma, además, reconoce implícitamente la posibilidad de que las Administraciones públicas del País Vasco (entes locales, incluidos) intervengan como operadores en los mercados energéticos pues les obliga a reinvertir los beneficios que obtengan por la producción, distribución y comercialización de energía —además de los ahorros obtenidos por medidas de eficiencia energética— en medidas relacionadas con las energías renovables y la eficiencia energética (art. 15).

La Ley 10/2019, de cambio climático y transición energética de Baleares, impone numerosas obligaciones a la Administración pública. La consagración del principio de primacía de las energías renovables (art. 42) implica, entre otras cosas, la obligación de implantar progresivamente el consumo de energía renovable en todas las edificaciones e instalaciones de titularidad pública así como priorizar, en la planificación territorial y sectorial, la instalación de infraestructuras de energías renovables.

Los entes locales de Baleares deben, además, simplificar la tramitación de los procedimientos de control de las instalaciones de generación renovable y de autoconsumo (art. 47); instalar placas solares en los grandes aparcamientos de su titularidad en suelo urbano (art. 53); integrar la sostenibilidad energética en la contratación pública; y, fomentar la participación local en instalaciones de energía renovable (art. 49). Además, el legislador balear reconoce a todas las Administraciones la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre patrimonio de su titularidad en favor de comunidades energéticas o cooperativas energéticas para desarrollar proyectos de generación de energías renovables o almacenamiento energético, mediante concurso público (art. 50).

De forma similar, la reciente Ley 6/2022, de cambio climático y transición ecológica de la Comunidad Valenciana, obliga a las Administraciones públicas a incentivar la par-

ticipación local en las instalaciones de generación renovable, en particular los proyectos promovidos por comunidades energéticas (art. 51), así como el autoconsumo de energías renovables —preferentemente, las comunidades energéticas de autoconsumo— (art. 54). Esta ley también reconoce y regula la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre patrimonio de titularidad municipal (p. ej., en cubiertas de los edificios o en terrenos dotacionales todavía no desarrollados) a favor de comunidades energéticas para generar energías renovables o almacenar energía (art. 52.2). Es más, esta ley impone a todas las Administraciones la obligación de incorporar generación solar fotovoltaica en las cubiertas, entre otras, de las nuevas edificaciones (o rehabilitaciones) de uso dotacional, industrial o terciario, de titularidad pública de más de 250 metros cuadrados (art. 55).

Por último, la Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias obliga a las Administraciones, entre otras cosas, a modificar el modelo territorial y urbanístico integrando la perspectiva climática y la energía limpia a través de la planificación ambiental, territorial y urbanística (art. 21); renovar y aprobar «planes de eficiencia energética» en los edificios públicos (arts. 36 y 37); y, fomentar todas las figuras jurídicas que promuevan el autoconsumo energético, agregadores de demanda, comunidades energéticas y comunidades de renovables (art. 41) pero no hace ninguna referencia a las posibilidades de actuación de la Administración local en este campo, como la cesión de bienes públicos a estas entidades jurídicas.

3. SOBRE LAS COMUNIDADES ENERGÉTICAS

3.1. Consideraciones generales

Las «comunidades energéticas», también denominadas «comunidades energéticas locales» irrumpen como figura capital del nuevo modelo energético descarbonizado (basado en energías renovables, descentralizado, eficiente, inteligente, etc.) pues debe canalizar la intervención de los nuevos actores de los mercados energéticos «descarbonizados» (ciudadanos, Administraciones locales, pequeñas empresas, etc.). De ahí que se haya considerado la institución estelar del nuevo modelo energético (DEL GUAYO y CUESTA, 2021).

Las comunidades energéticas no son, sin embargo, ninguna novedad en la Unión Europea. En nuestro país, por ejemplo, existe una larga tradición en cooperativas de electricidad pero han empezado a utilizarse en la línea que propugna el Derecho europeo a comienzos de la década de 2000 para desarrollar, sobre todo, redes urbanas de calefacción, en los países nórdicos (IDAE, 2019). Su reconocimiento y regulación en el Derecho europeo, sin embargo, es reciente pues trae causa de la aprobación del paquete normativo «energía limpia para todos los europeos» y, más en concreto, de las Directivas 2018/2001, de fomento de las energías renovables; y, 2019/944, de mercado eléctrico.

La regulación europea —que atribuye a las comunidades energéticas un papel clave en los mercados energéticos y obliga a los Estados a promoverlas— prevé la participación

en ellas de la Administración local, como se ha visto. En este sentido, se ha propuesto su intervención preceptiva en la puesta en marcha y desarrollo de las comunidades energéticas (GONZÁLEZ, 2021: 322); y, considerado que deberían dirigirlas para garantizar que su actividad se orienta a satisfacer el interés general (GONZÁLEZ, 2020: 188).

En nuestro Derecho positivo, la figura no está todavía perfilada jurídicamente, como luego se verá, aunque existen numerosos actos de *soft law* en la materia que tratan impulsar su creación y la participación en ellas de la Administración local, como, por ejemplo, la *Guía para el desarrollo de instrumentos de fomento de comunidades energéticas locales*, publicada por el Instituto para la Diversificación y el Ahorro energético (IDAE, 2019); la *Guía para el impulso de comunidades energéticas con perspectiva municipal* (DIPUTACIÓN DE BARCELONA, 2021); o, la *Guía para la promoción pública de las comunidades energéticas* (DIPUTACIÓN DE VALENCIA, 2022). Existen, además, guías elaboradas por asociaciones ambientales, destacando, por el exhaustivo análisis de las posibles figuras jurídicas existentes a la luz de la normativa estatal y autonómica aplicable, la «Guía Jurídica para la constitución de comunidades energéticas», del Instituto Internacional del Derecho y Medio Ambiente (IIDMA, 2022), aunque no aborda la perspectiva de la participación de los entes locales.

Se han creado ya numerosas entidades de este tipo en nuestro país (sobre todo, cooperativas comercializadoras de electricidad verde)²⁴ pero la participación de entes locales en las mismas todavía es escasa. Veamos la incipiente ordenación jurídica de esta nueva figura de los mercados energéticos en nuestro Derecho y su impacto en la Administración local.

3.2. Tipología

El Derecho de la Unión Europea contempla dos figuras diferentes de comunidad energética aunque prevé en ambas la participación de la Administración local, esto es, las «comunidades de energías renovables», definidas en la Directiva 2018/2001, de fomento de las energías renovables; y, las «comunidades ciudadanas de energía», en la Directiva 2019/944, del mercado interior eléctrico.

La primera de ellas («comunidad de energía renovable») es, según la Directiva de fomento de las energías renovables de 2018, una entidad jurídica, basada, conforme al Derecho interno, en la participación abierta y voluntaria de sus miembros o socios;

²⁴ IDAE, 2019: 62, afirmaba: «Hay que contar con una fase inicial donde actúan pioneros, que de hecho ya ha comenzado con comercializadoras cooperativas de suministro de energía 100 por 100 renovable, pues sólo la cooperativa Som energía cuenta con 28 grupos locales, luego con proyectos tipo EOLPOP o primeras comunidades de vecinos que han buscado vacíos legales para poner en práctica el autoconsumo compartido incluso antes de la adopción del Real Decreto-ley 15/2018. Esta fase inicial se prolongará durante un periodo, en el que surgirán más iniciativas pioneras, probablemente en los nichos ya existentes en el tejido social, y cuya duración dependerá de la capacidad de nuevos instrumentos para fomentar los proyectos replicadores».

es autónoma, aunque está efectivamente controlada por aquellos; y, debe ser titular de los proyectos de energías renovables que desarrolle. Sus miembros, esto es importante destacarlo, deben estar situados en las proximidades de aquellos y pueden ser personas físicas; pequeñas y medianas empresas; y, *autoridades locales, incluidos los municipios*; y, su finalidad principal debe ser proporcionar beneficios ambientales, económicos o sociales a sus miembros o a las zonas locales donde opera, más que proporcionar ganancias financieras (art. 2.16)²⁵.

El legislador europeo reconoce, en su Preámbulo, numerosas ventajas a esta nueva figura de los mercados energéticos. Una de ellas es su contribución a la lucha contra la pobreza energética debido a los precios de suministro más bajos que pueden ofrecerse a los hogares vulnerables (cdo. 67); las otras dos, traen causa precisamente de la participación de las autoridades locales en ellas, esto es, la mayor aceptación social de las energías renovables y el acceso a capital privado adicional (cdo. 70). No obstante, se reconoce también que la integración de las comunidades energéticas en los mercados de energía requiere apoyo público debido a su falta de competitividad frente a los operadores energéticos tradicionales (cdo. 71).

La Directiva 2018/2001 impone a los Estados numerosas obligaciones para garantizar la creación y el desarrollo de comunidades energéticas renovables, como, por ejemplo, asegurar su derecho a producir, consumir, almacenar y vender energías renovables; acceder a todos los mercados energéticos; o, proporcionar un marco facilitador (art. 22). Dicho marco debe fomentar y facilitar su desarrollo; eliminar los obstáculos jurídicos injustificados a las mismas; o, garantizar que todos los consumidores pueden participar en las mismas, incluidos los hogares con ingresos bajos o vulnerables. Respecto de las autoridades públicas, dicho marco, esto es relevante a efectos de este trabajo, debe proporcionarles *apoyo reglamentario* así como de refuerzo de capacidades *para crearlas, promoverlas y participar en ellas*²⁶. Todos estos aspectos deben concretarse en los Planes Nacionales Integrados de Energía y Clima y en sus actualizaciones, que son controlados por la Comisión.

La «comunidad ciudadana de energía» definida en la Directiva del mercado eléctrico de 2019 (art. 2.11) comparte muchos de los rasgos de la primera, como el tipo de miembros o socios (personas físicas, *autoridades locales, incluidos los municipios* o pequeñas empresas); las reglas esenciales de funcionamiento (participación voluntaria y abierta); el objetivo principal (ofrecer beneficios ambientales económicos o sociales a sus miembros o a la localidad en que desarrolla su actividad más que generar rentabilidad financiera)

²⁵ El art. 2.16 de la Directiva 2001/2018 define «comunidad de energías renovables» como «una entidad jurídica: *a)* que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, se base en la participación abierta y voluntaria, sea autónoma y esté efectivamente controlada por socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dicha entidad jurídica y que esta haya desarrollado; *b)* cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios, y *c)* cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde opera, en lugar de ganancias financieras».

²⁶ La cursiva es nuestra.

pero difiere en el tipo de actividad que puede desarrollar —no se limita a la generación, almacenamiento o venta de energía (en nuestro caso, sólo electricidad) sino que puede proyectarse sobre el resto de actividades del mercado eléctrico, como la distribución o el suministro— (CASTRO-GIL, 2020: 148).

La electricidad generada por las comunidades ciudadanas de energía, además, no tiene que ser necesariamente verde (procedente de energías renovables); su proyección territorial es más amplia pues no se requiere, en este caso, proximidad a los proyectos; ni tampoco, la autonomía que se exige a aquellas, de tal forma que, esto es importante, podría estar controlada por un ente local (GALLEGO, 2021: 151). Su régimen tarifario también es distinto (GALLEGO, 2021: 153).

La Directiva 2019/944 obliga a los Estados a establecer un marco jurídico favorable para estas comunidades energéticas (art. 16), que garantice, entre otras cosas, la participación abierta y voluntaria en las mismas; el derecho de los miembros a abandonarlas; tarifas de acceso a la red transparentes y no discriminatorias; el acceso a todos los mercados organizados, directamente o a través de la agregación. Además, pueden reconocerles el derecho a poseer y gestionar redes de distribución, en cuyo caso deben garantizar su acceso a las redes de transporte y distribución *ex art.* 6.3 (REVUELTA, 2020: 79).

Las citadas directivas debían haberse transpuesto en junio de 2021 pero el legislador estatal se ha limitado a incluir la «comunidad de energía renovable», definida en los mismos términos que la Directiva 2018/2001, entre los sujetos que pueden suministrar electricidad [art. 6.1, letra j), de la Ley 24/2013, del sector eléctrico]²⁷. La figura de la «comunidad ciudadana de energía» ni siquiera se menciona en la Ley del sector eléctrico de 2013, pero las bases reguladoras de las ayudas estatales y autonómicas para comunidades energéticas si lo hacen y prevén ayudas para constituir las, remitiéndose a la definición de la directiva²⁸, lo que no dejar de sorprender.

Todavía no se han producido en nuestro país, en suma, los necesarios desarrollos normativos sobre el funcionamiento de las comunidades energéticas²⁹, pese a las previ-

²⁷ El art. 6.1, letra j) de la Ley 24/2013, del sector eléctrico, fue introducido por el Real Decreto-ley 23/2020.

²⁸ El Real Decreto 477/2021, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución de diversos programas de incentivos ligados al autoconsumo y al almacenamiento, con fuentes de energía renovable, así como a la implantación de sistemas térmicos renovables en el sector residencial, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, estableció las bases reguladoras las convocatorias de las Comunidades Autónomas en este ámbito, previendo como destinatarios de las ayudas no sólo las comunidades de energías renovables sino también las comunidades ciudadanas de energía, remitiéndose a tal efecto a la definición de la Directiva 2019/944 (art. 11). Por su parte, el concepto de «comunidad energética» del Programa estatal Comunidades energéticas IMPLEMENTA asume los rasgos de la «comunidad ciudadana de energía» definida en la citada Directiva 2019/944 (TED/1446/2021, de 22 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas del programa de incentivos a proyectos piloto singulares de comunidades energéticas).

²⁹ El Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico abrió una consulta pública sobre comunidades energéticas entre el 17 de noviembre y el 2 de diciembre de 2020 pero ha habido que esperar varios años hasta contar con un proyecto normativo en la materia. El Proyecto de Real Decreto por el que se

siones del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (2021-2030). Esta laguna legal está obstaculizando, sin duda, la creación y la intervención de los entes locales en las mismas, aunque algunas Guías relativizan este problema.

3.3. Forma jurídica

Una de las cuestiones más debatidas sobre las comunidades energéticas, dada su falta de regulación en nuestro Derecho, ha sido la forma jurídica idónea para crearlas; sobre todo, cuando participa una entidad local, lo que resulta comprensible pues el ordenamiento jurídico impone a esta Administración numerosos condicionantes para desarrollar servicios y actividades económicas; contratar bienes o servicios; o, ceder sus bienes a terceros, a diferencia de lo que ocurre con los sujetos privados, y no todas las formas de personificación permiten cumplir dichas exigencias.

La Directiva 2019/944, de mercado interior de la electricidad, tras reconocer plena libertad a los Estados para elegir el tipo de entidad jurídica de las comunidades ciudadanas de energía, pone cinco ejemplos (asociación, cooperativa, sociedad, organización sin ánimo de lucro y pyme)³⁰, a diferencia de la Directiva 2018/2001, de fomento de las energías renovables, que no pone ninguno (cdo. 71).

Por su parte, el Comité Europeo de las Regiones (CER, 2018: 4), menciona, también a modo de ejemplo, las siguientes figuras: «Asociaciones con las autoridades locales (incluidas las asociaciones público-privadas), cooperativas, fundaciones comunitarias, sociedades de responsabilidad limitada, empresas sin ánimo de lucro gestionadas por los clientes, asociaciones inmobiliarias o propiedades municipales».

Entre las propuestas sobre la forma de creación de las comunidades energéticas en nuestro país, se ha concluido que sólo serían idóneas la asociación, la cooperativa y la sociedad de responsabilidad limitada (IIDMA, 2022: 16), si bien esta propuesta no se detiene en la cuestión de la participación de los entes locales.

Centrándonos en esta última perspectiva, que es la que nos interesa a efectos de este trabajo, se ha defendido también la posibilidad de constituir las a través de cuatro figuras, esto es, cooperativa; asociación; sociedad mercantil; o, agrupación de interés económico (DIPUTACIÓN DE BARCELONA, 2021).

La doctrina ha considerado viable canalizar la participación municipal en la comunidad de energía renovable a través del consorcio y de la sociedad mixta, si bien admitiendo inconvenientes en ambas formas de personificación a la luz de los requisitos del

desarrollan las figuras de las comunidades de energías renovables y las comunidades ciudadanas de energía se publicó el 20 de abril de 2023, una vez entregado el presente trabajo y en fase de corrección de pruebas, por lo que no ha podido ser analizado en el mismo. En todo caso, la norma apenas se ocupa de la cuestión de la participación de los entes locales.

³⁰ Considerando 44.

Derecho europeo (GONZÁLEZ, 2021: 332). En cuanto al consorcio, los escollos serían la exigencia de proximidad de los miembros o socios al proyecto y su necesaria apertura a la ciudadanía; y, en cuanto a la sociedad mixta, la necesidad de ajustar su funcionamiento a las exigencias de la normativa aplicable al autoconsumo (GONZÁLEZ, 2021: 332).

Son muchas, en efecto, las cuestiones que, a nuestro juicio, suscitan ambas figuras cuando participan entes locales en la comunidad energética. El funcionamiento de los consorcios resulta muy rígido en su actual configuración normativa (art. 57 LBRL y arts. 118 a 127 de la Ley 40/2015) pues aparte de no contemplarse la participación de personas físicas en los mismos y exigirse participación de, como mínimo dos Administraciones públicas, la contratación del personal adscrito o las reglas de financiación y contabilidad son complejas y poco flexibles.

En cuanto a la empresa mixta, la exigencia de apertura de la comunidad de energía renovable a todos los posibles interesados locales no parece casar con su estructura, integrada por un número determinado de acciones del capital social, conforme al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2010. El problema no se planteará cuando se constituya la misma sino cuando entren nuevos socios, lo que puede ocurrir en cualquier momento conforme a las exigencias del Derecho europeo (apertura a cualquier interesado), pues la ampliación del capital social exigirá modificar, cada vez, los Estatutos.

En cuanto a las asociaciones y cooperativas, el principal problema estriba en la forma de garantizar la efectiva participación del ente local en la comunidad energética así como, en la medida en que el ayuntamiento aporte los principales activos (cubiertas de edificios municipales para instalar placas solares o terrenos para dispositivos de recarga de vehículos), asegurar, sin perjuicio de la autonomía de funcionamiento requerida, que puede ejercer algún tipo de control estratégico sobre la misma. Y ello en la medida en que, como contraprestación, el ayuntamiento pretenda adoptar, como es lógico, medidas de lucha contra la pobreza energética.

En todo caso, parece que la cooperativa es la figura jurídica que menos inconvenientes plantea, a día de hoy, para constituir estas comunidades energéticas participadas por entes locales.

4. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS MUNICIPIOS Y ALGUNAS CUESTIONES QUE PLANTEAN

La (deficiente) regulación aplicable, en nuestro país, a las comunidades energéticas, que, como se ha visto, se limita a reconocer la posibilidad de participación de la Administración local (en particular, los municipios) en las comunidades de energías renovables definidas en la Ley 24/2013, del sector eléctrico (art. 6), y que sólo reconoce las comunidades ciudadanas de energía a efectos de la concesión de ayudas públicas para desarrollar proyectos piloto singulares, no favorece en modo alguno,

como se ha indicado, el desarrollo de esta figura; al menos, las participadas por entes locales.

Las energías limpias permiten a la Administración local, como a cualquier otra Administración o a los ciudadanos, participar en los mercados energéticos activamente pero hay que tener en cuenta que también pueden hacerlo a través de otras figuras distintas a las comunidades energéticas, cumpliendo determinados requisitos. De hecho, son muchos los entes locales de la Unión Europea que debido a las posibilidades de generación descentralizada que ofrecen las energías renovables están actuando como operadores energéticos («remunicipalización de la energía») (ENERGY CITIES, 2017).

El Ayuntamiento de Barcelona está prestando servicios de abastecimiento energético de energías renovables no sólo al propio ente local sino también al sector privado del área metropolitana, a través de una comercializadora de electricidad³¹.

Otros ayuntamientos han decidido comenzar su andadura en el mercado eléctrico sin utilizar la figura de la comunidad energética, colocando instalaciones de generación de energía en sus propios espacios (cubiertas de edificios, cementerios, etc.) con la finalidad de abastecer inicialmente a edificios e infraestructuras municipales pero dejando la puerta abierta a la eventual prestación del servicio en el futuro a sujetos privados mediante una comunidad energética u otra figura distinta.

Son muchos, sin embargo, los gobiernos locales que se están planteando la posibilidad de fomentar, participar o, incluso, crear una comunidad energética, lo que resulta comprensible pues no sólo se están concediendo ayudas públicas para hacerlo sino que ello puede contribuir a cumplir las obligaciones impuestas por las normas autonómicas de energía y clima (p. ej., de empleo de energías limpias en los edificios municipales) así como a atender necesidades sociales y económicas, como el desarrollo económico del municipio o la lucha contra la pobreza energética.

A través de comunidades energéticas, participadas o no por entidades locales, pueden acometerse muchas actuaciones (entre otras, producir y comercializar energía verde, eléctrica o térmica; adoptar medidas de eficiencia energética; desarrollar infraestructuras para la movilidad sostenible; o, prestar servicios de gestión de la demanda) aunque hasta ahora se han desarrollado, sobre todo, proyectos de autoconsumo eléctrico compartido (GONZÁLEZ, 2021: 324).

³¹ El Ayuntamiento de Barcelona ha creado una comercializadora de electricidad 100 por 100 verde, «Barcelona energía operador eléctrico metropolitano», gestionada por una empresa pública, que no sólo suministra electricidad a edificios y equipamientos del Ayuntamiento de Barcelona sino que, desde 2019, también ofrece el servicio a los equipamientos del Área Metropolitana de Barcelona, a la ciudadanía y a empresas de Barcelona. La empresa adquiere la electricidad verde en el mercado mayorista. En la Comunidad Valenciana, se acaba de crear la Agencia Valenciana de la Energía, entre cuyas funciones figura la promoción y gestión de sistemas públicos de producción de energía renovable, de almacenamiento o gestión de energía y de recarga de vehículos eléctricos; o, la comercialización de energía eléctrica en régimen de libre competencia; gestionar la venta de excedentes energéticos de instalaciones de autoconsumo, etc. (art. 166 de la Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat).

Las posibilidades de intervención del ayuntamiento en estos proyectos desarrollados por comunidades energéticas son muy amplias y variadas, pudiendo limitarse, en el grado de implicación menos intenso, a la simple cesión de bienes municipales a la misma (p. ej., a una cooperativa comercializadora de electricidad verde) aunque también hay casos en que la iniciativa de crearlas ha partido del propio ente local, con la finalidad de desarrollar un proyecto de autoconsumo colectivo de electricidad, en el que participan también sujetos privados (en particular, ciudadanos en riesgo de pobreza energética).

Otro ámbito de actuación especialmente propicio para las comunidades energéticas (sobre todo, las participadas por entes locales) son los sistemas urbanos de calefacción o refrigeración abastecidos con energía limpia (CER, 2018: 5), todavía poco desarrollados en nuestro país. En lo que sigue se analizan, a modo de ejemplo, estas líneas de actuación principales y algunos de los problemas jurídicos que plantea la participación en ellos de la Administración local.

4.1. Cesión de espacios municipales a comunidades energéticas (en particular, cubiertas de edificios)

Una de las modalidades de participación de los ayuntamientos en comunidades energéticas más utilizadas hasta ahora, por su menor complejidad, consiste en la mera cesión a estas entidades de uno o varios espacios municipales, como, por ejemplo, cubiertas de edificios municipales (entre otros, mercados, cementerios o aparcamientos municipales de superficie); o, terrenos de propiedad municipal, para generar la energía limpia que consumirán sus miembros. En este caso, el ayuntamiento no recibe energía renovable producida por la comunidad energética, es decir, no participa en el autoconsumo colectivo.

No existe todavía regulación estatal *ad hoc* de estas operaciones aunque algunas normas autonómicas recientes en materia de energía y clima, como se ha visto, han regulado la constitución de derechos de superficie sobre bienes públicos en favor de comunidades energéticas para producir energía limpia, como Baleares o la Comunidad Valenciana. Estas normas, que no distinguen entre bienes demaniales y patrimoniales, aluden sólo a la figura de la concesión administrativa, exigiendo concurso público —reservado para estas entidades jurídicas—, cuyas bases deberán fijar, entre otros aspectos, el canon anual a satisfacer o el mecanismo de colaboración para el aprovechamiento de la energía; o, la forma de ejecución de la reversión (art. 53 de la Ley 6/2022, de cambio climático y transición ecológica de la Comunidad Valenciana).

Nada impide realizar estas operaciones, en efecto, aunque el legislador estatal o autonómico no hayan regulado expresamente los requisitos aplicables en estos casos a las comunidades energéticas pero la aplicación de la normativa estatal y autonómica de régimen local y de patrimonio de las Administraciones públicas suscita algunas dudas en este punto. En todo caso, es claro que habrá que distinguir, en primer lugar, la naturaleza de

los espacios a ceder, es decir, si se trata de bienes demaniales o patrimoniales. En cuanto a los primeros, la figura adecuada, en la medida en que se trata de un uso privativo, es la concesión administrativa, que, por tanto, requiere licitación (art. 78 RBCL, y arts. 86.3 y 93 de la Ley 33/2003)³².

Por lo que respecta a la cesión de los bienes de carácter patrimonial, se estará ante contratos privados, como el derecho real de superficie previsto en las normas autonómicas citadas, aunque también podría utilizarse la figura del arrendamiento, generándose en favor del ayuntamiento, en el primer caso, un canon superficiario; y, en el segundo, rentas arrendaticias. Hay que tener en cuenta, además, que en los casos de negocios onerosos, suele exigirse concurso o subasta (art. 92 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales).

Una cuestión que cabe plantearse, al hilo de la regulación de Baleares y la Comunidad Valenciana, es la posibilidad de cesión gratuita del uso de los espacios municipales a la comunidad energética o la adjudicación directa a la misma, prevista en algunas de las Guías mencionadas. La cesión gratuita, como es bien sabido, está prevista en la normativa de régimen local y de patrimonio de las Administraciones públicas, tanto en el caso de bienes demaniales como patrimoniales, si bien con condiciones, esto es, cesión en favor de instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro y que el beneficio redunde en los habitantes del término municipal (arts. 79.2 TRRL y 109.2 RBCL); condiciones que, en principio, no plantean inconveniente en el caso de las comunidades energéticas conforme a las definiciones del Derecho europeo, aunque no parece que sea lo más conveniente.

Lo mismo cabe decir de la adjudicación directa pues el hecho de que los espacios municipales sean escasos aconsejan, en la línea de las normas autonómicas citadas, adjudicar estos derechos en régimen de competencia, mediante, por ejemplo, la publicación de un anuncio y convocatoria de un concurso de proyectos.

4.2. Participación en proyectos de autoconsumo colectivo de electricidad verde como socio o miembro de la comunidad energética

La gran revolución de la transición eléctrica es que los consumidores, gracias a las energías renovables, van a consumir la electricidad verde que ellos mismos generan (DEL GUAJO y CUESTA, 2021). Es más, varios consumidores pueden participar en un proyecto de autoconsumo compartido utilizando las mismas instalaciones generadoras y hasta inyectar los excedentes a la red de transporte y distribución para su aprovechamiento otros usuarios (autoconsumo con excedentes), es decir, vender la electricidad en el mercado.

³² No hay que descartar, no obstante, la autorización demanial, en la medida en que se trate de instalaciones desmontables y la duración de la ocupación no supere los cuatro años (art. 86.2 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

A nuestros efectos, interesa, en efecto, el autoconsumo compartido (GALERA, 2023), que suele ser el principal presupuesto para la creación de las comunidades energéticas (ORTIZ, 2022). Los ayuntamientos pueden, a través de instalaciones generadoras en sus edificios o terrenos producir energía renovable y abastecer, no sólo sus edificios e instalaciones sino, además, suministrar energía a los ciudadanos o a pequeñas empresas cercanas a las instalaciones.

Esta actividad (autoconsumo compartido) se rige por el Real Decreto 244/2019, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica³³.

Una cuestión que plantea este tipo de participación del ayuntamiento en la comunidad energética (por ahora, en una comunidad de energía renovable), que implica, además el suministro de energía renovable a los edificios e instalaciones municipales (alumbrado público, incluido) es, en la medida en que esta Administración no puede controlarla (exigencia de autonomía respecto de los socios o miembros), si, conforme a la Ley 9/2017, de contratos del sector público (y la Directiva 2014/24) sería necesario convocar una licitación para adquirir el suministro de energía renovable ya que la misma considera contrato de suministro aquel cuyo objeto es la adquisición de energía [art. 16.3, letra *d*)]. Hay que tener en cuenta que, conforme al Real Decreto 244/2019, los consumidores que participan en un sistema compartido de autoconsumo tienen que acordar el sistema de reparto de la energía («Acuerdos de reparto» o «Acuerdos de compensación de excedentes») y comunicarlo a la distribuidora.

También cabría plantearse si la comunidad energética local podría considerarse medio propio del ayuntamiento; y si la misma sería a efectos de la Ley 9/2017, un poder adjudicador, una entidad adjudicadora o bien un ente del sector público, ya que la misma tendría que concertar, seguramente, contratos de suministro eléctrico con comercializadoras y contratos de obras y servicios vinculados a su actuación. En caso de ser así no parece que tenga mucho sentido que el ayuntamiento participe en la misma.

Habría que aclarar muchos aspectos, como, por ejemplo, si el suministro de energía al ayuntamiento por parte de la comunidad de energía renovable se puede considerar contrato oneroso a efectos de la Directiva 2014/24, dada la interpretación amplia de dicho concepto por el Tribunal de Justicia (p. ej., caso *Piepenbrock*, asunto C-386/11) y teniendo en cuenta que, en algún caso, se ha matizado esta idea en supuestos en que

³³ Para facilitar el desarrollo de esta actividad se han publicado también, actos de *soft law*, como la Guía Profesional de Tramitación del Autoconsumo (IDAE, 2023); o, centrada específicamente en los entes locales, la Guía para el fomento del autoconsumo en los municipios andaluces (AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA, 2019). Estas guías (AGENCIA ANDALUZA DE LA ENERGÍA, 2019: 38) ponen de manifiesto la existencia de diversas posibilidades de actuación en esta actividad en manos de las corporaciones locales, ya sea para el propio consumo energético; o, para fomentar su uso por terceros, aprobando normas que faciliten las instalaciones de autoconsumo; concediendo ayudas para las mismas; o, reconociendo bonificaciones fiscales en los impuestos locales aplicables, como el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI), o el Impuesto sobre Instalaciones, Construcciones y Obras (ICIO).

la entidad contratista carecía de ánimo de lucro, como ocurre en las comunidades de energía renovable.

Podría entenderse, en suma, esta comunidad energética como una forma de colaboración público-privada institucionalizada, en que las reglas de contratación se relajen; máxime, considerando que estamos ante entidades sin ánimo de lucro (Directiva 2018/2001); o, que esta directiva establece una excepción a las exigencias de la Directiva 2014/24, en la medida en que esta norma puede recibir el suministro de la energía producida por la comunidad de energía renovable, el ayuntamiento como consumidor final (art. 22); y, su carácter abierto.

Es necesario, en suma, que el legislador estatal clarifique la cuestión, dada la estrechez de la DA 22 de la Ley 9/2017; habida cuenta que el ayuntamiento es un poder público y que resulta dudoso que, en nuestro caso, esté actuando estrictamente como persona privada.

4.3. Sistemas urbanos de calefacción y climatización mediante comunidades energéticas

Otra vía de actuación de la Administración local en la transición energética son los sistemas urbanos de generación de calor y frío alimentados con energías limpias, más conocidos como «redes de distrito» («*District heating and cooling*», en terminología anglosajona). El Derecho europeo viene fomentando, desde hace años, el desarrollo de estas infraestructuras energéticas, de indiscutible alcance local, lo que resulta comprensible pues el sector de calefacción y refrigeración consume cerca de la mitad de la energía de la Unión Europea; dicha energía proviene principalmente de combustibles fósiles (75 por 100, mayoritariamente gas) y, además, gran cantidad de la misma, a día de hoy, se pierde³⁴.

El Derecho europeo exige que estos sistemas de calefacción urbana sean «eficientes», esto es, deben utilizar energías renovables (biomasa, biogás, etc.), calor residual y/o cogeneración en los porcentajes indicados en la Directiva de eficiencia energética. La Directiva 2018/2001, de fomento de las energías renovables, reconoce la existencia, en algunos Estados, de «bloques normativos» al desarrollo de estas redes, por lo que obliga a los Estados a garantizar que todas las Administraciones (local incluida) adoptan normativas que favorezcan el despliegue de estos sistemas alimentados por energías renovables (art. 15); y, la adopción de las medidas necesarias para desarrollar estas infraestructuras a la luz de la evaluación que debe contener el correspondiente Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (art. 20.3).

En nuestro país, estos sistemas apenas se han implantado (PNIEC, 2021: 95) aunque tampoco se ha desarrollado todavía un marco regulatorio propicio para su desarrollo. El

³⁴ Vid. la Estrategia de la Unión Europea relativa a la calefacción y a la refrigeración, COM (2016) 51 final, de 16 de febrero de 2016.

Real Decreto 56/2016, que incorporó la Directiva 2012/27, relativa a la eficiencia energética, se limitó a permitir a las Administraciones regional y local la adopción de políticas de fomento del «análisis» del potencial de uso de estos sistemas a escala local y regional y a tener en cuenta la posibilidad de impulsar mercados de calor locales y regionales (art. 13.2).

Por su parte, la normativa estatal de régimen local, como se ha visto, no contempla entre los servicios públicos locales el suministro de calefacción o frío ni tampoco reconoce el abastecimiento energético como competencia propia de los municipios, al igual que ocurre en la mayoría de normas autonómicas, lo que complica el desarrollo de estas iniciativas pese a los beneficios que pueden suponer, por ejemplo, en municipios rurales que cuenten con recursos abundantes de biomasa; o, en zonas propicias para el uso de la energía geotérmica.

El planificador estatal ha previsto, en esta línea, el «desarrollo de comunidades energéticas renovables ligadas a redes de calefacción y climatización incluyendo capacitación técnica en el ámbito municipal» (PNIEC, 2021: 96) pero la Ley 7/2021, de cambio climático y transición energética, ni siquiera menciona estas infraestructuras, como la mayoría de normas autonómicas en la materia³⁵.

En este punto, cabe preguntarse por las fórmulas que podría utilizar el ayuntamiento para desarrollar el sistema; y, la viabilidad de crear una comunidad energética, dados los requisitos del Derecho europeo y la inadecuación de las figuras asociativas previstas en nuestro Derecho, en los términos ya señalados. Máxime teniendo en cuenta que, en este último caso, debería abastecerse necesariamente desde el principio a sujetos privados (ciudadanos o pymes) y no sólo a edificios e infraestructuras públicas.

Lo primero que hay que descartar es la prestación del servicio en régimen de monopolio habida cuenta no sólo de la supresión de la reserva del servicio local de calefacción a favor de los municipios mediante la Ley 27/2013 (art. 86.3 LBRL) sino su incompatibilidad a la liberalización de los mercados energéticos en el Derecho europeo e interno y al régimen jurídico de estos sistemas en las normas europeas, que, entre otras cosas, reconocen el derecho de desconexión de los usuarios. La participación de los particulares en estas redes, en suma, debe ser voluntaria y no se les puede obligar a conectarse aunque lo promueva una corporación local.

Asumido que la prestación del servicio de calefacción y/o refrigeración debe realizarse en libre concurrencia, debe tenerse en cuenta la exigencia que imponen los arts. 284.2 y 312 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, de la asunción previa por el poder adjudicador de la correspondiente actividad como propia cuando se trata de contratos de servicios o de concesiones de servicios para prestar servicios a la ciudadanía. En este caso, el ayuntamiento no asumiría el riesgo empresarial sino que lo haría el concesionario, en su totalidad o en una parte muy importante.

³⁵ La Ley 10/2019, de cambio climático y de transición energética de Baleares es una excepción, pues además de definir las «instalaciones de distribución de energía térmica de distrito» [art. 4, letra s)]; obliga a utilizar en ellas prioritariamente fuentes de energía primaria de renovables; y, prevé la posibilidad de declarar estos proyectos de utilidad pública (art. 39), aunque tampoco establece reglas sobre la ejecución de estos proyectos que fomenten su realización.

La cuestión que se plantea entonces es la consideración de la prestación del servicio de calefacción o refrigeración urbana como competencia propia de los entes locales. Cabe invocar, a nuestro juicio, los mandatos genéricos de fomento de las energías renovables y de lucha contra la pobreza energética que, según se ha visto, contiene la normativa estatal en materia de urbanismo (TRLS de 2015); la Ley 2/2011, de economía sostenible; o, las recientes normas marco de clima y energía aunque lo idóneo sería que, además, una ley estatal confiera a los entes locales la competencia específica sobre estos sistemas de calefacción y refrigeración urbana (STC 41/2016); o, al menos, que la Ley 7/1985 reconozca a los ayuntamientos la competencia de abastecimientos energéticos (art. 25).

El ayuntamiento prestaría el servicio público, en concurrencia con sujetos privados y, además, podría prever su prestación de forma gratuita o a precios menores a los ofrecidos por el mercado, al menos a hogares en situación de pobreza energética. El riesgo es que no haya operadores interesados en prestar el servicio.

Otra posibilidad es ejercer la iniciativa pública local en la actividad económica (art. 86.1 LBRL), actuando el ayuntamiento como operador de este mercado, en régimen de libre competencia, aunque desde la aprobación de la Ley 27/2013, deben cumplir diversas exigencias, que la dificultan notablemente. Entre otras cosas, deben justificar que no se genera riesgo para la sostenibilidad financiera de las arcas municipales y efectuarse un análisis del mercado, sobre la oferta y la demanda existente, la rentabilidad y los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, si bien es cierto que esto último no debería plantear problemas en nuestro caso pues seguramente no existirán empresas en el mercado que, a día de hoy, pretendan implantar estos sistemas.

A tal efecto parece que la solución idónea sería constituir una empresa mixta, de capital público y privado (p. ej., coparticipada por una empresa de servicios energéticos), a la que se podría adjudicar directamente, además, concesiones de obras y servicios cumpliendo ciertas condiciones (DA 22 de la Ley 9/2017). La actividad deberá llevarse a cabo en condiciones de mercado y autofinanciarse, con clara separación contable dentro de las cuentas municipales.

No parece, por el contrario, que la creación de una comunidad energética tenga sentido para el ayuntamiento en este caso salvo que cuente con una subvención para desarrollar el proyecto, en la medida en que en este supuesto no hay activos que puedan utilizarse para generar la energía y habría que ejecutar la instalación generadora así como la red, lo que seguramente tendrá un coste muy elevado. Además, no está claro, como ya se ha argumentado, que la comunidad energética pueda considerarse un medio propio y, por tanto, se le puedan adjudicar directamente los contratos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la empresa mixta.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

La transición energética abre a los entes locales muchas posibilidades de actuación en los mercados energéticos aunque su intervención a través de comunidades energéticas

(por ahora, sólo pueden hacerlo a través de una «comunidad de energía renovable», salvo que se trate de un proyecto piloto singular subvencionado) plantea numerosas cuestiones jurídicas, a falta de una regulación adecuada de la misma. Las formas de personificación ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico (cooperativa, asociación, consorcio, etc.) no acaban de encajar, en no pocos aspectos, con las exigencias organizativas impuestas en el Derecho europeo a esta nueva entidad jurídica (p. ej., la autonomía respecto de sus miembros o socios) cuando participa en ellas un ayuntamiento.

La Administración local, como el resto de Administraciones, está sujeta por el ordenamiento jurídico-administrativo, en aras del interés general, a diversos límites a la hora de contratar bienes o servicios; prestar servicios públicos a los ciudadanos; desarrollar actividades económicas a través de sociedades mercantiles; o, gestionar sus bienes. Límites que seguramente podrían matizarse en el caso de las comunidades energéticas en muchos aspectos dadas sus notas características y las (ignotas) funciones que está llamada a desarrollar a través de las mismas la Administración local.

Es imprescindible, en suma, que el legislador estatal regule debidamente lo antes posible el funcionamiento de esta nueva entidad jurídica así como sus derechos y obligaciones teniendo en cuenta las implicaciones de la participación en la misma de los ayuntamientos, como exige el Derecho europeo, si realmente se quiere implantar un modelo energético descentralizado, distribuido y verde en el que puedan actuar los entes locales, de forma conjunta con los ciudadanos. En caso contrario, es muy probable que los ayuntamientos utilicen otras figuras para avanzar en la transición energética.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO-GIL AMIGO, J.: «Las comunidades ciudadanas de energía (art. 16)», en L. PAREJO ALFONSO y J. CASTRO-GIL AMIGO (coords.), *Directiva de mercado interior de la electricidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- COMITÉ EUROPEO DE LAS REGIONES: Dictamen «Modelos de asunción local en materia de energía y el papel de las comunidades locales de energía en la transición energética en Europa», ENVE-VI/032, 2018.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., y CUESTA ADÁN, A.: «La regulación de los nuevos negocios eléctricos de la transición», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 214, 2021.
- ENERGY CITIES: «Local energy ownership in Europe. An exploratory study of local public initiatives in France, Germany and the United Kingdom», <https://www.bing.com/d&aqs=edge..69i57j69i60.13729j0j1&FORM=ANNTA1&PC=ACTS#:~:text=Fecha,Local%20energy%20ownership%20in%20Europe%20%2D%20Energy%20Cities,https%3A//energy%2Dcities>, 2017.
- GALERA ROGRIGO, S.: *El hacer urbano de la Unión Europea. Modelo de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*, Atelier, 2022.
- «Autoconsumo colectivo: (mucho) más allá de los tejados», *Cuadernos de Derecho Local*, 2023.
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: *Comunidades de energía y Transición energética*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- GARCÍA RUBIO, F.: «La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *REALA*, núm. 3, 2015.

- GONZÁLEZ RÍOS, I.: «Las “Comunidades energéticas locales” un nuevo desafío para las entidades locales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117, 2020, pp. 147-193.
- *Los entes locales ante la transición y sostenibilidad energética. Nuevos desafíos jurídico-administrativos para 2030/2050*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- IDAE: *Guía para el desarrollo de instrumentos de fomento de Comunidades Energéticas Locales*, 2019.
- INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO Y MEDIO AMBIENTE (IIDMA): *Guía jurídica para la constitución de comunidades energéticas*, diciembre de 2022.
- LEIVA LÓPEZ, A.: «El prosumidor como pieza clave en la transición energética del sector eléctrico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, pp. 291-334.
- MORA RUIZ, M.: «Energías renovables y eficiencia energética en el ámbito local: dispositivos de intervención al alcance de los entes locales», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. III, núm. 1, 2012.
- ORTEGA BERNARDO, J.: «Servicios públicos e iniciativa económica local», en F. VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho económico local*, Marcial Pons, 2017.
- ORTIZ GARCÍA, M.: «El “autoconsumo” de electricidad y su (primera) ordenación», en I. REVUELTA PÉREZ (dir.), *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017.
- PLAN NACIONAL INTEGRADO DE ENERGÍA Y CLIMA 2021-2030 (PNIEC).
- REVUELTA PÉREZ, I.: «La pasividad del legislador energético ante el cambio climático y sus consecuencias constitucionales», en J. CASTRO-GIL AMIGO (dir.), *La regulación energética y su impacto social y ambiental*, Aranzadi, 2019.
- «Normas generales de organización del sector eléctrico en la cuarta directiva de la electricidad», en L. PAREJO ALFONSO y J. CASTRO-GIL AMIGO (coords.), *Directiva de mercado interior de la electricidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.
- SIMOU, S.: «Instrumentos jurídicos locales en materia de cambio climático y su relación con las “smart cities”», *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, Issue 1, 2021.
- VALENCIA MARTÍN, G.: «Los marcos autonómicos precursores en materia de cambio climático y transición energética», en (Vol. Col.) *La transformación renovable del modelo energético*, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, monografía 29, 2020.
- VELASCO CABALLERO, F.: «La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local», en DOMINGO ZABALLOS (coord.), *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés Estudios*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

El impacto transformador de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular en la gestión municipal de residuos de competencia local*

J. José PERNAS GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidade da Coruña
ORCID ID: 0000-0003-4130-6949

RESUMEN

Este trabajo pretende ofrecer una visión amplia e integral del impacto de la Ley 7/2022 de residuos y suelos contaminados para una economía circular en la gestión municipal de residuos de competencia local. No se pretende realizar un análisis descriptivo del régimen jurídico, sino centrar el análisis en las cuestiones más novedosas y con especial impacto en la gestión municipal.

* Fecha de finalización del trabajo: 8 de mayo de 2023. El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Economía circular local (ECIL): políticas públicas, herramientas jurídicas y buenas prácticas en la gestión circular de los residuos municipales (TED2021-129734B-I00. IP: J. José Pernas García. URL: circularlocal.com)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abreviaturas utilizadas en el artículo: DR (Directiva (UE) 2018/851, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos; DPSU (Directiva 2019/904, de 5 de junio, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente); LRSCEC (Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular); RERE (Real Decreto 1055/2022, de envases y residuos de envases); SRAP (Sistema de Responsabilidad Ampliada); SCRAP (Sistema Colectivo de Responsabilidad Ampliada del Productor).

Palabras clave: gestión municipal de residuos; competencia local; residuos domésticos; residuos comerciales; contratación pública; responsabilidad ampliada del productor; instrumentos fiscales.

The transformative impact of Act 7/2022, of April 8th, on waste and contaminated soils for a circular economy in the municipal management of waste of local competence

ABSTRACT

This study aims to offer a broad and comprehensive view of the impact of Act 7/2022 on waste and contaminated soils for a circular economy in the municipal management of municipal waste. It is not intended to carry out a descriptive analysis of the legal regime, but to focus the analysis on the most innovative issues and with a special impact on municipal management.

Keywords: municipal waste management; local competition; domestic waste; commercial waste; public procurement; extended producer responsibility; fiscal instruments.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. OBJETIVOS PREVENTIVOS Y DE GESTIÓN ORIENTADOS A LA REUTILIZACIÓN Y RECICLADO DE RESIDUOS.—3. NUEVAS PREVISIONES SOBRE COMPETENCIAS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS Y SU INCIDENCIA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: 3.1. Un nuevo concepto de «residuo doméstico» que acota el alcance del ámbito material de los servicios públicos de recogida y tratamiento. 3.2. Restricciones a la posibilidad de gestión por parte de las entidades locales de los residuos comerciales o industriales asimilables a domésticos 3.3. La nueva obligación de aprobación de programas de gestión de residuos. 3.4. La obligación de disponer de una «red de recogida suficiente» para la recogida de residuos. 3.5. Las obligaciones de información de las entidades locales en materia de gestión de residuos municipales. 3.6. Limitación de la posibilidad de declarar como servicios públicos determinadas operaciones de gestión de residuos.—4. LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE RECOGIDA SEPARADA QUE AFECTAN A LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES DE RECOGIDA DE RESIDUOS.—5. ASPECTOS CON INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA MUNICIPAL EN MATERIA DE RESIDUOS. REVISIÓN Y APROBACIÓN DE ORDENANZAS GENERALES Y FISCALES EN MATERIA DE RESIDUOS.—6. NOVEDADES DESTACADAS DE LA LRSCEC QUE AFECTAN A LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS CONTRATOS DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS: 6.1. La incidencia de los objetivos y obligaciones de la Ley en la preparación y modificación de los contratos públicos. 6.2. La utilización de los contratos de gestión de residuos para el fomento de la reutilización y el cumplimiento de objetivos sociales: la reserva de contratos para la gestión de residuos textiles y de muebles y enseres. 6.3. La aplicación de medidas de formación y sensibilización ambiental en el marco de la ejecución de los contratos públicos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos.—7. LA EXTENSIÓN Y MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR Y SU IMPACTO EN LA GESTIÓN LOCAL.—8. LA APROBACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL DEPÓSITO DE RESIDUOS EN VERTEDERO, INCINERACIÓN Y COINCINERACIÓN DE RESIDUOS Y SU REPERCUSIÓN FINANCIERA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS.—9. LA IMPLANTACIÓN DE UNA TASA MUNICIPAL (O PRESTACIÓN PATRIMONIAL NO TRIBUTARIA) NO DEFICITARIA Y QUE REFLEJE EL COSTE REAL.—10. CONSIDERACIONES FINALES.—11. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Plan de Acción en materia de Economía Circular de la Unión Europea de 2015 incluía un paquete normativo destinado a revisar las principales directivas europeas en materia de Residuos. Así, en el año 2018, fue aprobada, entre otras¹, la Directiva (UE) 2018/851² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos (en adelante DR). De otra parte, en enero de 2018, la Comisión Europea presentó la «Estrategia de Europea para el Plástico en una Economía Circular»³. En ejecución de dicha estrategia fue aprobada la Directiva 2019/904, de 5 de junio, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente (en adelante DPSU). Las dos directivas mencionadas han sido objeto de

¹ El resto de directivas del paquete legislativo de economía circular de 2018 son las siguientes: Directiva 2018/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE, relativa a los vehículos al final de su vida útil; la Directiva 2006/66/CE, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores, y la Directiva 2012/19/UE, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos —ha sido transpuesta parcialmente a través del Real Decreto 27/2021, de 19 de enero, por el que se modifican el Real Decreto 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos, y el Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2021), y el Real Decreto 265/2021, de 13 de abril, sobre los vehículos al final de su vida útil y por el que se modifica el Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2021)—; Directiva (UE) 2018/850, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE, relativa al vertido de residuos, con el objetivo de la reducción progresiva del depósito de residuos en vertedero —ha sido transpuesta a través del Real Decreto 646/2020, de 7 de julio, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero (BOE núm. 187, de 8 de julio de 2020)—; Directiva (UE) 2018/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE, relativa a los envases y residuos de envases —ha sido transpuesta mediante Real Decreto 1055/2022 de envases y residuos de envases—. Sobre la transposición del paquete legislativo comunitario de 2018, *vid.* I. REVUELTA PÉREZ, «Transposición del paquete legislativo de economía circular de la Unión Europea mediante normas reglamentarias», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.

² *Vid.*, sobre esta directiva, A. DE LA VARGA PASTOR, «La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851», en E. BLASCO HEDO (coord.), *Actualidad Jurídica Ambiental* núm. especial 102/2, dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)», CIEMAT, Madrid, 2020, pp. 176-203.

³ Sobre las políticas de economía circular y su incidencia jurídica, *vid.* R. J. SANTAMARÍA ARINAS, «¿Residuos o recursos? El marco jurídico general de la transición hacia la economía circular», en I. AGIRREAZKUENAGA (coord.), *Política de residuos. Análisis jurídico desde Euskadi*, IVAP, Oñati, 2018, pp. 19-62; *id.*, «Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1, 2019; *id.*, «Innovación normativa para la economía circular en leyes autonómicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020; J. F. ALENZA GARCÍA, «La economía circular en el Derecho ambiental», *Medio Ambiente y Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 35, 2019; A. NOGUEIRA LÓPEZ, «Cuadrar el círculo: el complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas», *InDret*, 3/2019, 2019; *id.*, «Intervención pública y límites del mercado en la transición a la economía circular», en A. NOGUEIRA y X. VENCE (dirs.), *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 97-132.

transposición, tardía⁴, mediante la aprobación de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (en adelante LRSCEC)⁵.

El objeto del presente trabajo es analizar el impacto de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (en adelante LRSCEC) en las entidades locales⁶, prestando particular atención a las novedades integradas en la ley con relación a la derogada Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados⁷. También realizaremos una visión integral de las implicaciones de la LRSCEC, desde la perspectiva de la gestión contractual y financiera de los servicios públicos locales de recogida, transporte y tratamiento de residuos (art. 86.2 LBRL).

2. OBJETIVOS PREVENTIVOS Y DE GESTIÓN ORIENTADOS A LA REUTILIZACIÓN Y RECICLADO DE RESIDUOS

La ley prevé una relación de objetivos en materia de prevención y gestión de residuos, que deben ser tomados en consideración en la determinación, en su caso, de objetivos en los instrumentos de planificación o en las ordenanzas generales de residuos. Son los siguientes:

— Reducción del peso de residuos producidos (13 por 100, 2025; 15 por 100, 2030, en ambos casos desde 2010)⁸.

— Objetivos de preparación para la reutilización y el reciclado de los residuos municipales de un 55 por 100, en peso en 2025, de un 60 por 100, en 2030, y de un 65 por 100 en 2035. Se fija un objetivo concreto de preparación para la reutilización de un 5 por 100 en peso

⁴ La DR debió haber sido transpuesta antes del 7 de julio de 2020. La DPSU preveía como plazo máximo de transposición el 3 de julio de 2021.

⁵ Vid. un análisis completo y sistemático en la obra colectiva J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), «Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Mono-grafía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022. Vid. también A. PALOMAR OLMEDA y A. DESCALZO GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Aranzadi, 2022. Vid. igualmente D. FERNÁNDEZ DEGATTA SÁNCHEZ, «Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular», *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2022; A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, «La ambiciosa Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Previsiones destacadas y algunas consideraciones», *Revista de Derecho vLex*, núm. 215, abril de 2022; *id.*, «Previsiones para el ámbito local en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 253, 2022; J. F. ALENZA GARCÍA, «La nueva regulación de los residuos: la Ley de Residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Blog CGAE*, 9 de junio de 2022; E. BLASCO HEDO, «La Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular: una visión general», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 123, mayo de 2022.

⁶ Sobre el papel de las entidades locales en la gestión de residuos, *vid.* J. F. ALENZA GARCÍA, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, INAP-BOE, Madrid, 1997; J. ORTEGA BERNARDO, *Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003; R. J. SANTAMARÍA ARINAS, *Administración local y gestión de residuos*, Cedecs, Barcelona, 2000.

⁷ No abordaremos lo referido a la actividad disciplinaria de las entidades locales, que aborda someramente J. F. ALENZA, en su trabajo «Implicaciones para las entidades locales de la nueva legislación de residuos», *Anuario Aragonés de Gobierno Local de 2022*, 2023.

⁸ Art. 17.1 LRSCEC.

respecto del total para 2025, un 10 por 100 para 2030 y un 15 por 100 para 2035⁹. En el cumplimiento de dichos objetivos, habrá que tener en cuenta que las comunidades autónomas «podrán determinar la contribución de las entidades locales, de forma independiente o asociada»¹⁰.

— Reducción de un 50 por 100 de residuos alimentarios *per cápita* en el plano de venta minorista y de los consumidores, y de un 20 por 100 de las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro para 2030¹¹. Las entidades locales podrán establecer medidas para favorecer la reducción de residuos alimentarios¹², en colaboración con los establecimientos de restauración y distribución de alimentos. En este sentido, destacan las bonificaciones fiscales en las tasas o prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario que graven los servicios de recogida¹³.

— Objetivo para 2035 de recogida separada de residuos municipales de un 50 por 100 en peso del total de residuos generados (art. 25.5 LRSCEC).

En la consecución de dichos objetivos, es fundamental que las entidades locales dispongan de la mejor información sobre las experiencias de éxito en el ámbito local, tanto para realizar los correspondientes desarrollos regulatorios, mediante ordenanza, como a la hora de programar la gestión de residuos municipales. En este sentido, sería interesante generar procesos de intercambios de medidas, experiencias y buenas prácticas entre las entidades locales, para, previa valoración y validación como experiencias destacadas, su publicación (junto con la documentación administrativa, que la refleje, como, por ejemplo, pliegos de contratos de gestión de residuos o de programas de gestión) en una plataforma *online* de experiencias en materia de residuos municipales.

Sería igualmente oportuno, crear o impulsar, desde comunidades autónomas, de las diputaciones provinciales o desde las federaciones de municipios, oficinas de apoyo y asesoramiento que acompañe a las entidades locales en el cumplimiento de los objetivos y obligaciones previstas en la LRSCEC, con la finalidad de suplir las eventuales carencias de información, conocimiento técnico y capacitación de las entidades locales. Estas oficinas podrían impulsar el desarrollo de modelos de programas de gestión, ordenanzas generales de residuos o fiscales tipo, pliegos tipo o incluso desarrollar el desarrollo de guías técnicas de apoyo para facilitar la aplicación local de la LRSCEC. También podrían dar apoyo a las entidades locales en los eventuales procesos de negociación con los sistemas de responsabilidad ampliada existentes, o los que se van a desarrollar en el futuro para la cobertura de nuevos flujos afectados por estos regímenes.

Otra herramienta de interés podría ser la constitución de un Observatorio de Residuos Municipales, por las comunidades autónomas, las diputaciones provinciales o las fe-

⁹ Art. 26.1 LRSCEC.

¹⁰ Art. 26.2 LRSCEC.

¹¹ Art. 18.1, letra g), LRSCEC.

¹² *Vid.*, sobre esta cuestión, L. SALAMERO TEIXIDÓ, «La prevención de residuos: comentario a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022, pp. 181-216.

¹³ Art. 19.4, DA 1.ª, LRSCEC.

deraciones de municipios, o mediante la colaboración entre algunas o todas las entidades indicadas. Esta herramienta podría servir de elemento para permitir el seguimiento del cumplimiento de objetivos y dotar de transparencia a la gestión municipal de residuos. Esto podría actuar como incentivo para mejorar el rendimiento de las políticas, regulaciones, medidas y contratos municipales en materia de gestión de residuos domésticos. Podría publicar un informe anual con indicadores objetivos por ayuntamiento de cumplimiento de las diferentes obligaciones de la ley (aprobación de programas de gestión, y de la ordenanza para las nuevas tasas municipales o prestaciones patrimoniales no tributarias, de la ordenanza general de residuos, implantación de la recogida separada, en el sentido y con los plazos previstos en la ley, y modificación y adaptación de los contratos públicos).

3. NUEVAS PREVISIONES SOBRE COMPETENCIAS¹⁴ DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA GESTIÓN DE RESIDUOS Y SU INCIDENCIA EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

3.1. Un nuevo concepto de «residuo doméstico» que acota el alcance del ámbito material de los servicios públicos de recogida y tratamiento

La LRSCEC precisa el contenido del concepto de «residuo doméstico» y, con eso, los residuos que deben ser recogidos, transportados y tratados por los servicios públicos locales obligatorios. Este es uno de los aspectos más relevantes a la hora de definir el alcance y ámbito de aplicación de los servicios públicos locales de recogida y tratamiento de residuos, en la aprobación o revisión de las ordenanzas locales en materia de residuos.

Los residuos domésticos abarcan los residuos «peligrosos o no peligrosos» generados en el hogar y los similares «en composición y cantidad» a los residuos de los hogares, peligrosos e no peligrosos, «generados en servicios e industrias, que no se generen como consecuencia de la actividad propia del servicio o industria»¹⁵. La derogada Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados indicaba, con un concepto más amplio, que eran residuos domésticos los similares a los producidos en el hogar que se generen en servicios e industrias.

La LRSCEC concreta que los residuos domésticos abarcan los residuos generados en el hogar, tanto los de carácter peligroso como no peligroso. Precisa, igualmente, que los residuos de servicios e industrias, similares a los residuos generados en el hogar, merecen la consideración de residuos domésticos. Recoge un concepto más preciso y restrictivo que la ley anterior, acotando el alcance de la responsabilidad municipal en la gestión de estos residuos.

¹⁴ Para un análisis más sistemático, menos centrado en las novedades en materia competencial, *vid.* las sólidas aportaciones de R. J. SANTAMARÍA ARINAS, «¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la LRSAL», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, 2014, pp. 2671-2701; *id.*, «El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 46, pp. 127-157.

¹⁵ Art. 2.1, letra *at*), LRSCEC.

Por otra parte, la nueva ley incorpora, de la misma forma que la Ley 20/2011, una relación ejemplificativa de residuos domésticos, incorporando como novedad la referencia a los «aceites de cocina usados» y «colchones», ámbitos para los que se prevé una nueva obligación de recogida separada¹⁶.

3.2. Restricciones a la posibilidad de gestión por parte de las entidades locales de los residuos comerciales o industriales asimilables a domésticos

En contraste con la Ley 22/2011, la LRSCEC excluye del servicio municipal de residuos domésticos los residuos de servicios e industrias, que se deriven «como consecuencia de la actividad propia del servicio o industria»¹⁷. Así también, en su art. 12.5 la LRSCEC elimina la posibilidad, prevista en la Ley 20/2011, de que los ayuntamientos puedan incorporar de forma obligatoria al sistema municipal, mediante ordenanza, a los «residuos domésticos generados en las industrias».

De acuerdo con la nueva definición de residuos domésticos, debe entenderse que los ayuntamientos no podrán incorporar a su sistema a los residuos industriales similares a los residuos del hogar «en composición y cantidad», que se generen como consecuencia de «la actividad propia» de la industria. De acuerdo con la anterior ley las entidades locales podían gestionar residuos industriales asimilables en composición a los residuos domésticos derivados de su actividad propia; ahora se elimina dicha posibilidad.

Esta modificación de la definición de residuos doméstico, más restrictiva ahora, debe ser considerada para garantizar la sostenibilidad financiera de los servicios de recogida y tratamiento de residuos, en la medida en que los ayuntamientos están asumiendo, en mayor o menor medida, la gestión, como residuos domésticos, de residuos que no tienen esa cualificación y que deberían ser gestionados, en principio, por los productores de residuos comerciales e industriales. Estos sobrecostes (no cubiertos suficientemente en algunos casos por tasas o precios públicos de residuos que no integran la totalidad de los costes del servicio) no sólo afectan a la gestión financiera de los servicios de recogida y transporte, sino también a los servicios de tratamiento de residuos, que deben gestionar una mayor cantidad de residuos.

Esta alteración del concepto de residuos domésticos, trasladado a la modificación y gestión de los respectivos contratos o concesiones de gestión de servicios de recogida y tratamiento de residuos, debería suponer una reducción de la carga de servicios públicos de gestión y, por tanto, una reducción de los costes públicos; costes que deberán ser internalizados, en principio, por los responsables legales, esto es, sus productores comerciales o industriales, de acuerdo con el principio quien contamina paga y las propias previsiones de la LRSCEC.

¹⁶ Art. 25.2 LRSCEC.

¹⁷ Art. 2.1, letra *at*), LRSCEC.

De acuerdo con este marco normativo, los ayuntamientos deberían evaluar los residuos comerciales e industriales que se están gestionando en el circuito local, y su repercusión en la sostenibilidad financiera del servicio público de recogida y transporte. Podría ser oportuna la aplicación de medidas de fomento (como subvenciones) desde las diputaciones provinciales para el desarrollo de auditorías de rendimiento y mejora de la eficiencia de los servicios locales de recogida y, en su caso, tratamiento de residuos, en atención al nuevo marco regulatorio definido por la LRSCEC. Además de mejorar la eficiencia económica y ambiental de los servicios públicos de gestión de residuos, estas auditorías podrían facilitar una información de calidad, que adecuadamente tratada, podría ser de utilidad para los procesos de negociación con los respectivos sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor (SRAP)¹⁸.

De acuerdo con las previsiones de la LRSCEC y las conclusiones de una eventual evaluación económica y técnica de los servicios locales, los ayuntamientos deberían aprobar o modificar las ordenanzas municipales, definiendo, en su caso, los residuos comerciales no peligrosos que van a ser asumidos por el servicio municipal, dejando en todo caso fuera la gestión de residuos de origen industrial, que no merezcan la calificación como «residuos domésticos» [art. 2, letra *au*), LRSCEC]. La aprobación, revisión y actualización de las ordenanzas municipales podría fomentarse mediante la aprobación de una ordenanza tipo, que integre este enfoque de redimensionamiento y mejora de la eficiencia del alcance de los servicios locales de gestión de residuos.

Por tanto, con relación a los residuos de origen industrial, similares en composición a los residuos del hogar, tenemos dos tipos de residuos de acuerdo con los conceptos jurídicos de la ley:

— «Residuos domésticos» que son gestionados por el sistema público local de recogida y tratamiento de residuos. Estos son los residuos de origen industrial, similares en composición y cantidad a los residuos del hogar, «que no se generan como consecuencia de la actividad propia» de la industria.

— «Residuos industriales», similares en composición y cantidad a los residuos del hogar, pero que son derivados de su actividad propia. Deben ser gestionados por los productores industriales. No son «residuos de competencia local» [art. 2, letra *ar*)]. También merecen esta misma calificación como «residuos industriales», los residuos de origen industrial que no se deriven de su actividad propia, pero que no sean similares a los del hogar por composición o cantidad.

En el sentido indicado, los sistemas locales no pueden gestionar residuos de origen industrial, similares en composición y cantidad a los domésticos, que se derivan de su actividad propia industrial¹⁹. Estos residuos no pueden ser calificados como «residuos domésticos» y merecen la calificación jurídica de «residuo industrial». Por tanto, los «residuos industriales», en sentido legal estricto, quedan fuera de los «residuos de com-

¹⁸ Es el caso de Ecoembes o Ecovidrio, que financian la gestión de los residuos de envases.

¹⁹ Art. 2.1, letra *at*), LRSCEC.

petencia local», en cuya categoría sólo caben los residuos domésticos y, en su caso, los residuos comerciales no peligrosos²⁰.

Todo esto es coherente con la propia definición de «residuo industrial», que se refiere a los «residuos resultantes de los procesos de producción, fabricación, transformación, utilización, consumo, limpieza o mantenimiento generados por la actividad industrial como consecuencia de su actividad principal» [art. 2, letra *au*), LRSCEC]. Como hemos indicado, los «residuos domésticos» de origen industrial, integrados en el sistema público local, sólo puede ser aquellos que no se deriven de su «actividad propia».

Con todo, ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de «municipalización» o ejercicio *ex novo* de actividades económicas, de acuerdo con las previsiones del art. 97 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, TRRL²¹.

Las entidades locales podrán gestionar los residuos comerciales no peligrosos en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas²², sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos, de acuerdo con las previsiones del art. 20.3 LRSCEC. No cabe esta opción con relación a los «residuos industriales», en sentido estricto. Por tanto, las entidades locales podrán ofrecer a los productores de residuos comerciales no peligrosos la posibilidad de gestionar los residuos comerciales a través de sistema público de recogida y tratamiento, aunque aquellos podrán optar igualmente por la gestión de sus residuos mediante su entrega a un gestor privado autorizado. En el caso de que la entidad local decida prestar los servicios de recogida y transporte

²⁰ Así, por ejemplo, los restos orgánicos de una instalación productiva alimentaria no son residuos domésticos (p. ej., restos de mondas de fruta en una instalación de producción de zumos), y no pueden ser gestionados por los sistemas locales, aunque en composición y cantidad puedan ser similares a los domésticos, ya que se derivan de su actividad propia.

²¹ «1. Para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión informativa especial, al amparo del art. 123 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales. b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo, deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades. d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la entidad local».

²² Vid., sobre esta cuestión, A. FORTES MARTÍN, «La producción y posesión de residuos (arts. 20 a 22)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022. El autor indica con relación a la gestión de residuos comerciales no peligrosos: «La gestión, aun pudiéndolo ser también, ya no lo es, en principio, en forma monopolística por las Corporaciones locales, sino en régimen de concurrencia pública y privada, si bien el productor o poseedor de los mismos podrá optar también (y libremente) por el servicio municipal de recogida para esos concretos residuos, en los casos en que la ordenanza municipal correspondiente contemple su existencia» (*id.*, p. 243).

de los residuos no comerciales, hay que tener en cuenta que el precio público deberá integrar el coste total de la gestión de los residuos comerciales²³.

Con todo, las entidades locales podrán imponer, mediante ordenanza, a los productores la gestión pública de los residuos comerciales no peligrosos, mediante su incorporación obligatoria al sistema de gestión municipal. No obstante, esta decisión sólo estaría justificada en caso de acreditación de la mayor «eficiencia y eficacia» económica y ambiental de la gestión municipal frente a la gestión privada que deben llevar a cabo los productores²⁴. Dicha previsión a través de ordenanza municipal deberá motivarse y debe basarse, en todo caso, en criterios de mayor eficiencia y eficacia en términos económicos y ambientales en la gestión de los residuos. En caso de incorporación obligatoria de residuos comerciales no peligrosos, deberá prestarse particular atención a la motivación de esta decisión sobre la base de la mayor eficiencia y eficacia de esta opción pública, con relación a la gestión privada²⁵.

Este proceso de evaluación del ámbito material y económico del servicios locales y de modificación o adaptación regulatoria, debería tener efecto en los procesos de modificación o preparación de los contratos o concesiones de los servicios públicos de gestión de residuos, para redimensionar las prestaciones que integran, reduciendo así los costes de gestión, que debería tender a limitarse a la gestión de los residuos domésticos y, en su caso, comerciales, con la ambición que se considere oportuna, en atención a sostenibilidad financiera de los servicios públicos, a la cobertura fiscal de los costes reales del servicio y a la capacidad de los diferentes agentes comerciales.

Esta revisión del alcance y los costes de los servicios locales de recogida y su correspondiente redefinición para alcanzar mayores niveles de eficiencia económica es más importante, si cabe, si consideramos el impacto que va a tener el impuesto de depósito en vertedero, incineración y co-incineración en la gestión financiera de los servicios públicos locales, y que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor, no van a

²³ Art. 11.3 LRSCEC.

²⁴ Art. 12.5, letra y), 2.º, LRSCEC. *Vid.* un estudio completo del art. 12 LRSCEC en J. ORTEGA BERNARDO, «Comentario a los aspectos competenciales y organizativos de la Ley 7/2022 de residuos (arts. 12 y 13)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, 2022. También cabe la posibilidad de incorporación forzosa al sistema municipal en el caso del art. 20.3, párrafo 2.º, LRSCEC, cuando se produce una gestión «incorrecta o deficitaria» de los residuos comerciales no peligrosos. *Vid.*, sobre esta cuestión, A. FORTES MARTÍN, «La producción y posesión de residuos (arts. 20 a 22)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, 2022, pp. 244-245.

²⁵ Esto ha dado lugar a numerosas sentencias anulatorias de las decisiones de entrega forzosa de los residuos comerciales a los sistemas públicos sobre la base de la ausencia o insuficiencia de motivación de la condición de mayor eficiencia y eficacia de la gestión pública. *Vid.* un análisis jurisprudencial a este respecto en J. ORTEGA BERNARDO, «Comentario a los aspectos competenciales y organizativos de la Ley 7/2022 de residuos (arts. 12 y 13)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, 2022, pp. 123 y 124.

asumir los costes reales de gestión, sino exclusivamente los costes «necesarios» para una gestión «eficiente».

3.3. La nueva obligación de aprobación de programas de gestión de residuos

La ley obliga, por primera vez, a las entidades locales «con una población de derecho superior a 5.000 habitantes», a aprobar «programas de gestión de residuos»²⁶, de conformidad con los planes autonómicos y estatales de gestión²⁷. La LRSCEC incorpora igualmente, como novedad, la posibilidad de que las entidades locales elaboren «estrategias de economía circular»²⁸.

Con relación al cumplimiento de esta obligación por parte de las entidades locales, sería oportuno desarrollar instrumentos y medios de apoyo para fomentar y facilitar el desarrollo de programas de gestión coherentes con la LRSCEC y la planificación autonómica. Dada la escasa tradición planificadora de las entidades locales y la limitación de recursos, se aprecia a este respecto la necesidad de orientación y apoyo técnico para el desarrollo de los «programas de gestión» y, en su caso, la «estrategia de economía circular», que podría articularse a nivel autonómico o provincial; mediante la previsión, ya mencionada, de una oficina o unidad de apoyo a las entidades locales, que cubra esta y otras necesidades técnicas en la aplicación de la ley, y/o la elaboración de documentos tipo, y/o una guía metodológica de elaboración de estrategias o programas de gestión. Estos recursos podrían servir también de apoyo para las entidades locales, no obligadas, que desarrollen programas de gestión, y para todas las entidades locales que pretendan desarrollar «programas de prevención»²⁹. Estos recursos permitirían dotar de mayor calidad y de mayor coherencia con la planificación autonómica a la programación municipal.

Las entidades locales podrán elaborar los programas de gestión de residuos de forma individual o agrupadas³⁰. Esto hace que las mancomunidades o consorcios existentes, o incluso las alternativas de colaboración no institucionalizada, mediante convenios interadministrativos o de contratación conjunta puntual de servicios, que articulan la gestión conjunta de los servicios recogida y transporte y/o tratamiento, sean el marco territorial idóneo para la elaboración conjunta de estos programas de gestión de residuos.

²⁶ Sobre esta cuestión *vid.* el completo trabajo de F. J. SANZ LARRUGA, «Comentario al Título I de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular: instrumentos de la política de residuos», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), «Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022, pp. 139-180. SANZ LARRUGA considera con acierto que «una de las grandes claves de la gestión de residuos en aplicación de la nueva LRSCEC está en la promoción de los programas locales de gestión de residuos y su mejor coordinación con los planes autonómicos y el Plan Estatal» (*id.*, pp. 157-158).

²⁷ Art. 12.5, letra b), LRSCEC.

²⁸ Art. 12.5, letra e), apartado 1, LRSCEC.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Art. 15.3 LRSCEC.

3.4. La obligación de disponer de una «red de recogida suficiente» para la recogida de residuos

La ley obliga, como novedad, a las entidades locales a disponer de una «red de recogida suficiente que incluirá puntos limpios o, en su caso, puntos de entrega alternativos»³¹, aspecto integrado en el texto de la norma para responder a las demandas en este sentido de las entidades locales.

Esta exigencia genérica de disponibilidad de una «red de recogida suficiente» deberá tomarse en consideración en los procesos de negociación de los convenios, que lleven a cabo a las comunidades autónomas o los entes locales, con los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada (SCRAP). Así, los procesos de negociación de los convenios con los sistemas de responsabilidad ampliada deben garantizar que los SRAP cumplan su obligación de que los servicios públicos locales «tengan una disponibilidad adecuada de sistemas de recogida de residuos eficientes en términos de calidad y cantidad de residuos capturados, con las dotaciones y accesibilidad adecuada para los usuarios»³².

Asimismo, podría ser oportuna la elaboración de especificaciones técnicas y de gestión o pliegos tipo, adaptados al cumplimiento de las obligaciones de recogida separada de la ley, que pudiesen ser utilizados por las entidades locales como referencia para la elaboración de sus proyectos de desarrollo o adaptación de los puntos limpios, o para el desarrollo de pliegos técnicos para la contratación de su gestión. De este modo puede aprovecharse el potencial de estos espacios para dar cumplimiento a los objetivos de la LRSCEC, particularmente con relación a las medidas de preparación para la reutilización y de reutilización.

3.5. Las obligaciones de información de las entidades locales en materia de gestión de residuos municipales

La ley incorpora una nueva competencia (u obligación) municipal: la exigencia de recompilar, elaborar y actualizar la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación en materia de residuos y proporcionarla a las comunidades autónomas³³.

La información que deberán proporcionar deberá contener, «en particular», «la información relativa a los modelos de recogida, a los instrumentos de gestión, a las cantidades recogidas y tratadas, especificando el destino de cada fracción, incluyendo la información acreditada por los productores de residuos comerciales no peligrosos, cuando estos residuos no sean gestionados por las entidades locales»³⁴. Como vemos, los

³¹ Art. 12.5, letra a), LRSCEC.

³² Art. 42.1, letra a), LRSCEC.

³³ Art. 12.5, letra c), LRSCEC.

³⁴ *Ibid.*

ayuntamientos deberán dar información referida a los «residuos municipales» concepto más amplio que el de «residuo doméstico». El concepto de residuo municipal abarca informaciones y fracciones que van más allá de los residuos gestionados en el marco del servicio público local obligatorio, como es el caso de los residuos comerciales no peligrosos, cuando no sean asumidos de forma plena por la propia entidad local a través de ordenanza. Los ayuntamientos que no tienen asumida de forma plena la recogida de residuos comerciales no peligrosos, que no son «residuos domésticos» en el sentido de la Ley 7/2022, tendrán dificultades para obtener y facilitar una información fiable y completa. En todo caso, para poder dar cumplimiento a estas obligaciones de información, las ordenanzas municipales de residuos deben clarificar las obligaciones de información de los diferentes agentes afectados.

Además de la información sobre la recogida de residuos, las entidades locales deberán colaborar con las comunidades autónomas para mantener actualizada la información sobre tratamiento de residuos de competencia local. Dicha información debe integrar «infraestructuras disponibles y, en cada una de ellas, la cuantificación y caracterización periódica de los residuos entrantes y salientes, y los destinos concretos de valorización y eliminación de los residuos salientes»³⁵.

Para cumplir la obligación de colaboración con las comunidades autónomas, a estos efectos, deberán remitir anualmente un informe de gestión de estos residuos, cuyo contenido será determinado por las comunidades autónomas³⁶. Sería oportuno facilitar desde las comunidades autónomas o diputaciones provinciales el cumplimiento de estas obligaciones de información a las entidades locales, particularmente la elaboración del informe de gestión de estos residuos. La comunidad autónoma debería concretar el contenido del informe local y valorar la necesidad de disponer de una plataforma al efecto y, en su caso, de una guía o documento técnico de referencia, que facilite y acompañe el proceso de elaboración del informe.

Con la finalidad de que las entidades locales puedan facilitar información de calidad, deben recibir información precisa y fiable de los contratistas responsables de los servicios de recogida y transporte y, en su caso, de los servicios de tratamiento de residuos domésticos. En este sentido, el art. 65 LRSCEC, establece la obligación de enviar a las entidades locales una memoria resumen de la información contenida en el archivo cronológico³⁷, por parte de los operadores de recogida y tratamiento de los residuos domésticos. Con todo, es fundamental que las entidades locales profesionalicen los procesos de preparación de contratos con la finalidad de establecer obligaciones, metodologías y medios tecnológicos de suministro de información, para que la información sea de calidad adecuada. Esto refuerza la necesidad de disponer de pliegos técnicos y administrativos tipo, para licitar nuevos contratos y concesiones o adaptar las existentes en coherencia con las necesidades de la LRSCEC.

³⁵ Art. 65.2 LRSCEC.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Anexo XV LRSCEC.

Finalmente, la ley obliga a las entidades locales a la elaboración, en plazo de un año, de un censo de instalaciones y emplazamientos con amianto. Esta obligación de información e identificación de necesidades debe completarse con un calendario que planifique su retirada. La comunidad autónoma desarrollará las labores de inspección para verificar que se retiró y envió a gestor autorizado. Las «instalaciones o emplazamientos de carácter público» (no necesariamente de propiedad pública) con mayor riesgo deberán estar gestionados antes de 2028³⁸. En la ejecución de dicha previsión se van a planear riesgos (siendo generosos) en la ejecución en plazo de esta obligación, ligados a los recursos disponibles por parte de las entidades locales, particularmente debido a la escasa capacidad de la inspección municipal y de la capacidad administrativa efectiva de, seguramente, buena parte de los ayuntamientos para requerir a los eventuales responsables.

3.6. Limitación de la posibilidad de declarar como servicios públicos determinadas operaciones de gestión de residuos³⁹

La nueva ley restringe las posibilidades de declaración como servicio público «todas o algunas de las operaciones de gestión de determinados residuos». Hasta ahora la Ley 22/2011 sólo exigía que se motivara sobre la base de «razones de adecuada protección de la salud humana y del medio ambiente»⁴⁰. La nueva Ley 7/2022 dispone que se podrán declarar servicios públicos cuando se demuestre «una incorrecta gestión de los residuos de manera continuada, y de eso se pueda derivar un riesgo significativo para la salud humana y el medio ambiente», lo cual supone una restricción reforzada de las posibilidades de reserva de determinadas actividades al sector público⁴¹.

³⁸ DA 14 LRSCEC.

³⁹ Sobre la base legal necesaria para la declaración de servicios públicos, *vid.* J. ORTEGA BERNARDO, «Comentario a los aspectos competenciales y organizativos de la Ley 7/2022 de residuos (arts. 12 y 13)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022

⁴⁰ Art. 12.6 de la Ley 22/2011, ya derogado.

⁴¹ Art. 12.6 LRSCEC. ORTEGA BERNARDO dice, en esta misma línea, que «la literalidad del nuevo precepto puede interpretarse como una condición a la que se supedita la declaración de servicio público; puede leerse como una restricción del ámbito de operaciones a las que cabe extender del servicio público. Acorde con ella la declaración como servicio público no es posible basándose en cualquier motivo. Sólo cabría cuando se produjera una inadecuada gestión de los residuos que estuviera conduciendo a una situación insostenible de riesgo. Esto significa que se requiere una justificación más estricta de la declaración de servicio público, y una restricción menor a la libertad de empresa que se ejerce en materia de gestión de residuos (como la otra cara de la moneda del servicio público)» [«Comentario a los aspectos competenciales y organizativos de la ley 7/2022 de residuos (arts. 12 y 13)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022, pp. 130-131].

4. LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE RECOGIDA SEPARADA QUE AFECTAN A LA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES DE RECOGIDA DE RESIDUOS

La ley obliga al establecimiento de nuevas recogidas separadas para determinadas fracciones de residuos, que se suman a las ya existentes, en plazos determinados; concretamente se trata de la recogida selectiva de biorresiduos⁴² de origen doméstico; de aceites de cocina usados; de residuos textiles⁴³; de residuos domésticos peligrosos, y de residuos muebles y enseres⁴⁴.

Con la finalidad de mejorar los resultados de los sistemas municipales de recogida separada, sería oportuno que las entidades locales integraran sus estrategias de comunicación ambiental (no la mera realización de campañas puntuales) en sus programas de gestión de residuos. Este es un elemento fundamental para mejorar los precarios, aunque desiguales, niveles de implicación ciudadana en buena parte de los sistemas locales de recogida separada. En este sentido, sería conveniente, además de la necesidad ineludible de que las corporaciones locales refuerzen su capacidad de inspección municipal (normalmente con pocos o inexistentes recursos), valorar la conveniencia de aprovechar los recursos derivados de los sistemas de responsabilidad ampliada, particularmente de los envases, para desplegar estrategias de comunicación que apunten a la incidencia financiera del comportamiento individual en los recursos a disposición de los ayuntamientos.

La separación y el reciclaje en origen de biorresiduos, mediante compostaje doméstico o comunitario, tiene la consideración de recogida separada de biorresiduos⁴⁵. La norma indica que la alternativa de la selección y recogida en origen debería fomentarse particularmente en poblaciones inferiores a 1.000 habitantes.

La ley establece que entre los modelos de recogida que establezcan las entidades locales «deberá priorizarse los modelos de recogida más eficientes, como el “puerta a puerta” o el uso de contenedores cerrados o inteligentes que garantizan ratios de recogida

⁴² Sobre la gestión de biorresiduos, prevista en el art. 28 LRSCEC, *vid.* J. SÁNCHEZ, «La gestión de residuos específicos (biorresiduos, aceites usados y residuos de la construcción)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022, pp. 272-274.

⁴³ Sobre la incidencia de la ley con relación a los residuos textiles, A. J. VARELA y R. DEVESA REY, «Análisis de la nueva Ley de Residuos, 7/2022, de 8 de abril y sus implicaciones en la corresponsabilidad de la gestión de residuos en la industria textil», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 129, 2022.

⁴⁴ Art. 25.2 LRSCEC. La ley prevé la posibilidad de excepcionar la aplicación, bajo determinadas condiciones, de las exigencias de recogida separada, de modo que determinadas formas de recogida conjunta puedan ser consideradas como separada en el plano funcional, como es el caso del contenedor de envases ligeros, en el que se recoge de modo conjunta el plástico y los metales. *Vid.*, pormenorizadamente sobre esta cuestión, M. MORA RUIZ, «De la gestión de residuos (arts. 23 a 27)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.

⁴⁵ Art. 25.2, letra b), LRSCEC.

similares»⁴⁶. La norma no obliga, pero establece un carácter preferente para los modelos anteriores. En los expedientes de contratación (o de remunicipalización municipal) debería justificarse adecuadamente en el expediente la toma en consideración de esta preferencia, especialmente en el caso de no implantación de estos modelos de gestión.

En este sentido, sería oportuno que las Administraciones territoriales, como las comunidades autónomas o las diputaciones provinciales, pudieran elaborar o impulsar, en colaboración con otras entidades públicas del ámbito local como la FEMP o las federaciones autonómicas de municipios y provincias, modelos de pliegos técnico tipo, adaptados a las particularidades de sus territorios y actualizables. Podría ser una fórmula adecuada para el fomento de modelos de recogida más eficientes. También sería oportuno generar espacios de intercambios de experiencias y buenas prácticas, para replicar modelos de éxito de las entidades más innovadoras y facilitar su implantación a las entidades con menos experiencias. Ambas medidas pueden contribuir al impulso de modelos puerta a puerta —el modelo que permite alcanzar los mejores resultados de recogida separada, y que facilita la implantación de modelos de pago por generación— o mediante el «uso de contenedores cerrados e inteligentes».

Las autoridades competentes «promoverán el reciclaje de alta calidad, de forma que se obtengan productos y materiales con calidad suficiente para sustituir a las materias primas vírgenes en procesos industriales». Podrá establecerse en este sentido «limitaciones a los materiales impropios presentes en los flujos de recogida separada»⁴⁷. La ley prevé, igualmente, la posibilidad de determinación reglamentaria estatal de impropios «para a su consideración como recogida separada». Este elemento es clave a los efectos de determinación de la responsabilidad ampliada de los productores ya que, en caso de incumplimiento de los eventuales límites reglamentarios de impropios, podría reducirse de forma notable la aportación de los productores de productos, a través de los sistemas colectivos de responsabilidad ampliada, a los sistemas públicos de recogida y tratamiento.

La ley establece, sin esperar a su determinación reglamentaria, un «porcentaje máximo de impropios permitidos» para biorresiduos, que podrá ser incluso reducido por orden ministerial⁴⁸. Hay que tener en cuenta que la superación de los porcentajes máximos de impropios es considerada infracción administrativa⁴⁹. La comunidad autónoma tiene la competencia sancionadora. Para evitar el incumplimiento de los porcentajes de

⁴⁶ Art. 25.2 LRSCEC.

⁴⁷ Art. 24.3 LRSCEC.

⁴⁸ Art. 25.4 LRSCEC.

⁴⁹ Art. 108.3, letra w), LRSCEC. APODACA indica, con buen criterio, que «las entidades locales deberán dotarse de una “policía de residuos” que controle realmente cómo sus ciudadanos separan en origen sus residuos y cómo los vierten en el contenedor adecuado, porque de no ser así las consecuencias son claras y al final esas sanciones que veremos si las comunidades autónomas llegan a imponer, las acabarán pagando los vecinos incumplidores mediante la correspondiente repercusión en la tasa» («Previsiones para el ámbito local en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 253, 2022).

impropios, «las entidades locales deberán establecer mecanismos de control, mediante caracterizaciones periódicas, y reducción de impropios para cada flujo de recogida separada»⁵⁰.

5. ASPECTOS CON INCIDENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD NORMATIVA MUNICIPAL EN MATERIA DE RESIDUOS. REVISIÓN Y APROBACIÓN DE ORDENANZAS GENERALES Y FISCALES EN MATERIA DE RESIDUOS

En primer lugar, la LRSCEC obliga a las entidades locales a la aprobación de ordenanzas, para cumplir las «obligaciones relativas a la recogida y gestión de los residuos de su competencia en los plazos fijados»⁵¹.

Estas ordenanzas municipales podrán regular la recogida conjunta de biorresiduos con envases o residuos de plástico compostable⁵²; limitar la liberación de globos de forma intencionada y de fumar en las playas⁵³, para frenar la generación de basura dispersa; y asumir la gestión de residuos comerciales no peligrosos, bajo determinadas condiciones de eficacia y eficiencia⁵⁴. No se establece, no obstante, un plazo para el cumplimiento de esta obligación de aprobación de ordenanzas municipales en materia de residuos, si bien es cierto que este plazo debería estar condicionado en parte por los previstos para el cumplimiento de objetivos y obligaciones de recogida separada.

En segundo lugar, la LRSCEC obliga a establecer, como veremos más adelante, una tasa o una prestación patrimonial no tributaria, específica, diferenciada y no deficitaria, que «permita implantar sistemas de pago por generación», y que refleje el «coste real» de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos⁵⁵.

Esta tasa o PPNT debe integrar «el coste real, directo o indirecto, de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de los residuos, incluidos la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento y vigilancia posterior al cierre de los vertederos, las campañas de concienciación y comunicación, así como los ingresos derivados de la aplicación de la responsabilidad ampliada del productor, de la venta de materiales y de energía». A los efectos de cumplimiento de estas exigencias será fundamental la aprobación y revisión de los futuros convenios con los SCRAP, de acuerdo con los plazos de adaptación previsto en la ley, para que se puedan conocer las aportaciones económicas de los productores de productos a los sistemas públicos (que previsiblemente se incrementarán), y poder dimensionar así ese «coste real» de los servicios locales de gestión de residuos. En

⁵⁰ Art. 25.4 LRSCEC.

⁵¹ *Vid.* la DF 7.ª; arts. 18.1, letra *l*), y 28.1 LRSCEC.

⁵² Art. 28.1 LRSCEC.

⁵³ Art. 18.1, letra *f*), LRSCEC.

⁵⁴ Art. 12.5, letra *c*), LRSCEC.

⁵⁵ Art. 11.3 LRSCEC.

todo caso, estas incertidumbres no pueden ser un obstáculo para el cumplimiento en plazo del plazo previsto en la LRSCEC; implican simplemente la necesidad de realizar adaptaciones progresivas de las ordenanzas fiscales a medida que se vayan adaptando los convenios con los SCRAP existentes y se vayan aprobando los nuevos convenios en el marco de los flujos de residuos que se incorporarán, en los próximos años, a la responsabilidad ampliada del productor (textil, muebles y enseres, envases comerciales, etc.).

Las tasas o PPNT adoptadas por las entidades locales en cumplimiento de la obligación de la LRSCEC, así como los cálculos utilizados para su confección, deben ser comunicadas a las autoridades competentes de las comunidades autónomas⁵⁶. Las comunidades autónomas o diputaciones (o incluso las federaciones de municipios) deberían valorar la posibilidad de articular recursos y medios para tratar información sobre la comunicación de tasas municipales o PPNT y hacer seguimiento de las mejores prácticas de gestión en este ámbito, evaluando resultados, pudiendo validar así, *a posteriori*, aquellas mejores experiencias para conocimiento del resto de las entidades locales.

Sería igualmente conveniente impulsar, en colaboración con otras entidades locales o entidades vinculadas (como la FEMP), el desarrollo de una ordenanza de tipo fiscal, así como también una ordenanza tipo general en materia de residuos, ambas con una aproximación flexible, que sirva de referencia para la aprobación de las respectivas ordenanzas municipales. Particularmente, en el proceso de elaboración de las ordenanzas fiscales, es preciso prestar particular atención a la capacitación y a los medios de las entidades locales para llevar a cabo este proceso de forma técnicamente correcta, y la disponibilidad de información sobre los «costes reales» de calidad y sobre buenas prácticas y experiencias de éxito de otras entidades locales españolas o europeas.

6. NOVEDADES DESTACADAS DE LA LRSCEC QUE AFECTAN A LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE CONTRATOS DE RECOGIDA Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS⁵⁷

6.1. La incidencia de los objetivos y obligaciones de la ley en la preparación y modificación de los contratos públicos

La LRSCEC redefine el contenido y alcance de los servicios municipales de recogida y tratamiento de residuos, que se gestionan principalmente de modo indirecto. Particu-

⁵⁶ Art. 11.5 LRSCEC.

⁵⁷ Este epígrafe es un resumen de un trabajo más desarrollado, amplio y profundo, J. J. PERNAS GARCÍA, «Gestión contractual de servicios públicos locales de gestión de residuos e incidencia de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Anuario Práctico de Contratación Pública 2022*. En este estudio se abordan otras cuestiones referidas a la insuficiente apuesta de la LRSCEC por el uso estratégico de la contratación pública, instrumento que presenta un elevado potencial para el fomento de objetivos de las estrategias de economía circular, y la dinamización de sectores competitivos y actividades emergentes en este ámbito. Sobre las novedades comunitaria, estatales y autonómica en materia de contratación pública

lar impacto tienen los objetivos de reutilización y reciclado —objetivos de preparación para la reutilización y el reciclado de los residuos municipales de un 55 por 100 en peso, en 2025, de un 60 por 100, en 2030, y de un 65 por 100 en 2035⁵⁸, y las obligaciones de recogida separada de nuevas fracciones en plazos determinados⁵⁹. Los mecanismos para la ejecución de estos objetivos y obligaciones son, principalmente, los contratos públicos de recogida y de transporte y de tratamiento de residuos.

La LRSC, además de la definición de los objetivos y de contenido y características de los servicios municipales, establece instrumentos económicos con un impacto relevante en la gestión contractual de los servicios públicos locales de gestión de residuos:

— Extensión del ámbito de la responsabilidad ampliada de los productores de productos a nuevos flujos de residuos⁶⁰. Además, los productores de productos tendrán que asumir nuevos costes en la gestión de residuos municipales⁶¹. Esto va a suponer un incremento de ingresos para el sector público local, derivado de la aplicación de los nuevos convenios, adaptados a la ley, entre Administraciones públicas y sistemas colectivos de responsabilidad ampliada (SCRAP), para la concreción de la corresponsabilidad financiera que tendrán que asumir los productores de productos.

— Aprobación del impuesto de depósito en vertedero, incineración y co-incineración de residuos, con un impacto económico local relevante en los costes económicos de la gestión pública de residuos, que actualmente destina casi el 50 por 100 de los residuos a depósito en vertedero. Este marco obliga a las entidades locales, si quieren garantizar la sostenibilidad de los servicios públicos, a su redefinición contractual, con la finalidad de primar servicios de tratamiento que prioricen la reutilización y recuperación de materiales.

Esto implica un nuevo escenario técnico y económico para los procesos de preparación contractual, así como para la modificación de los contratos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos existentes. Así, la ley establece la obligación de adaptación

circular, *vid.* J. J. PERNAS GARCÍA, «Hacia una Derecho sustantivo de la contratación pública desde la política de economía circular», *Observatorio de Políticas Ambientales 2022*, Aranzadi, 2023. De modo monográfico sobre la compra pública circular, *vid.* J. F. ALENZA GARCÍA, «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA (coord.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 209-240; J. J. PERNAS GARCÍA, «Compra pública circular: análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas de mejora», en A. NOGUEIRA y X. VENCE (dirs.), *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 297-326.

⁵⁸ Art. 25.5 LRSCEC.

⁵⁹ Art. 25.2 LRSCEC. El plazo para la implantación de la recogida separada de biorresiduos es el 30 de junio de 2022, para las entidades locales con población de derecho superior a 5.000 habitantes (31 de diciembre de 2023 para el resto de las entidades). La implantación de la recogida separada de residuos textiles, de aceites de cocina usados, de residuos domésticos peligroso y de residuos voluminosos (muebles y enseres) es el 31 de diciembre de 2024.

⁶⁰ Plásticos de un solo uso, artes de pesca (art. 60), textiles, muebles y enseres, plásticos agrarios (DF 7.ª).

⁶¹ Costes de gestión de residuos de la fracción resto, de residuos de limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas (art. 43 LRSCEC), o de la basura dispersa, incluida la limpieza en las infraestructuras de saneamiento y depuración (art. 60.3 LRSCEC).

de los contratos públicos para la recogida y tratamiento de residuos de competencia local, con la finalidad de dar cumplimiento a las nuevas obligaciones de recogida y tratamiento establecidas en la ley, «siempre que resulte posible en virtud de la Ley 9/2017»⁶².

Esta obligación es quizá el elemento más urgente en la ejecución de las obligaciones y objetivos, previstos en la LRSCEC, que afectan a las entidades locales. Las obligaciones de recogida separada y el cumplimiento de los objetivos, como el depósito en vertedero y el cumplimiento de los porcentajes de reciclado, implican, en diferente medida, la necesidad de modificar los contratos en vigor, o de preparar los contratos en fase final (o ya finalizados, con relación a aquellos que se encuentran en precario, que no es una realidad excepcional) teniendo en cuenta estos parámetros y exigencias.

Esto plantea riesgos notables derivados, en primer lugar, de los tiempos necesarios para la tramitación de las modificaciones contractuales y, particularmente, de la preparación y adjudicación de los nuevos contratos, especialmente teniendo en cuenta los plazos previstos en la ley para el cumplimiento de objetivos y la implantación de la recogida separada. En segundo lugar, las entidades locales se encontrarán ante dificultades vinculadas a la sostenibilidad de servicios públicos, que van a sufrir notables incrementos, derivados, en principio, del pago del impuesto de depósito de residuos en vertedero, incineración y co-incineración (particularmente en aquellas comunidades autónomas que no disponían de impuestos propios de esta naturaleza), y de la implantación de las nuevas recogidas separadas.

Con la finalidad de afrontar estas dificultades, parece recomendable buscar soluciones a nivel autonómico, como la creación de fondos ambientales, para afectar la recaudación autonómica del impuesto de depósito de residuos en vertedero, incineración y co-incineración, tomando en consideración algunas experiencias autonómicas de éxito, como la de Cataluña, para apoyar a las entidades locales a la hora de afrontar los costes de las inversiones necesarias en medios e infraestructuras para cumplir los objetivos de la ley. Con todo, hay que tener en cuenta que, previsiblemente, las entidades locales van a ver notablemente incrementados los ingresos derivados de los SRAP, como consecuencia de la extensión material de los regímenes de responsabilidad ampliada.

6.2. La utilización de los contratos de gestión de residuos para el fomento de la reutilización y el cumplimiento de objetivos sociales: la reserva de contratos para la gestión de residuos textiles y de muebles y enseres

Con la finalidad de dotar a los procesos de preparación contractual de las mayores garantías de calidad, en orden a la consecución de los objetivos de reutilización y reciclado, puede ser de gran utilidad la disponibilidad de pliegos tipo técnicos y administrativos de referencia para abordar este trabajo, el intercambio de buenas prácticas con-

⁶² DA 11 LRSCEC.

tractuales o incluso el asesoramiento de una oficina técnica de apoyo (impulsadas por las comunidades autónomas o diputaciones provinciales), que suministre el conocimiento técnico, jurídico y económico indispensable para este proceso.

Este apoyo documental o técnico puede ser una vía con gran potencial para aprovechar las amplias posibilidades que ofrecen los contratos de gestión de residuos domésticos para potenciar los objetivos de reutilización, al mismo tiempo que se alcanzan objetivos de inserción social integrando en la gestión a las empresas de economía social. Asimismo, sería recomendable adoptar medidas de fomento de puesta en marcha y capacitación de centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción, con la finalidad de poder aplicar el régimen de reserva de contratos que establece la LRSCEC en el ámbito de los residuos textiles y voluminosos.

Así, incidiendo en esta idea, la LRSCEC dispone además que las autoridades competentes promoverán las actividades de preparación para la reutilización, mediante el recurso particularmente a «instrumentos económicos», entre los que se encuentra la contratación pública. En particular, las autoridades fomentarán «el establecimiento de redes de preparación para la reutilización y de reparación y el apoyo a tales redes, especialmente cuando se trate de entidades de economía social autorizadas para gestionar residuos»⁶³. «Facilitarán, cuando sea compatible con la correcta gestión de los residuos, el acceso de estas redes a residuos que puedan ser preparados para la reutilización y que estén en posesión de instalaciones de recogida, aunque esos residuos no estuvieran originalmente destinados a esa operación. Para facilitar este acceso se podrán establecer protocolos necesarios para la correcta recogida, transporte y acopio con el fin de mantener el buen estado de los residuos recogidos destinados a preparación para la reutilización»⁶⁴. Una de las vías que plantea la ley, es que las autoridades competentes deberán promover «la utilización de instrumentos económicos, criterios de adjudicación, objetivos cuantitativos u otras medidas»⁶⁵.

Las autoridades con mayor capacidad para fomentar la reutilización mediante la colaboración con las empresas de economía social son precisamente las entidades locales, competentes en la gestión de residuos domésticos y responsables de la prestación obligatoria de los servicios públicos de recogida, transporte y tratamiento.

En este sentido, las reservas de contratos permiten que los centros especiales de empleo o empresas de inserción (entidades que entran dentro del concepto de empresas de economía social), especializadas en este ámbito, puedan contribuir a los objetivos de preparación para la reutilización, reparación y nueva puesta en el mercado de segunda mano de materiales, que están siendo tratados actualmente como residuos domésticos o municipales (muebles, ropa, chatarra, aceite doméstico, etc.) por buena parte de las Administraciones locales.

⁶³ Art. 24.2, letra *a*), LRSCEC.

⁶⁴ Art. 24.2, letra *b*), LRSCEC.

⁶⁵ Art. 24.2, letra *c*), LRSCEC.

Una fórmula (incluso mejor en algunos casos; la práctica ha demostrado los efectos paradójicos de las reservas de contratos, en algunos mercados o prestaciones, como una forma de fomento de la precariedad laboral) es la obligación de subcontratación con empresas de economía social, como condición de ejecución⁶⁶ de las contratistas o concesionarias, responsables de la prestación de servicios municipales de recogida o tratamiento de residuos. Esto permite reaprovechar y reintroducir nuevamente en el mercado materiales desechados, contribuir al desarrollo de proyectos de reinserción social, así como generar notables reducciones de costes de los contratos ligados a la gestión de residuos domésticos y municipales (gestión de instalaciones de tratamiento, depósito en vertedero, recogida y transporte de residuos, etc.).

En todo caso, la preparación de los contratos de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos y de tratamiento y eliminación tienen un gran potencial, mediante la definición de incentivos (criterios de adjudicación) y obligaciones adecuadas (condiciones especiales de ejecución), para recuperar y reutilizar parte de los materiales que actualmente están siendo eliminados y gestionados como residuos, además de para alcanzar otros objetivos ambientales. Con todo, esto requiere además de voluntad política, de personal técnico profesional con conocimientos técnicos y del mercado y comprometido con la mejora del rendimiento no sólo ambiental y social de las prestaciones, sino también económico (detracer residuos del circuito de tratamiento, mediante su reutilización, puede reducir notablemente los costes de gestión municipal).

La LRSCEC no se muestra indiferente a las posibilidades apuntadas que ofrecen los contratos o concesiones de gestión de servicios públicos de residuos. Así, en una enmienda del Senado, se introdujo una regla de contratación preferente a través de contratos reservados para la gestión de residuos textiles y de muebles y enseres:

«1. De conformidad con la disposición adicional cuarta de 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, y en relación con las obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres, los contratos de las Administraciones públicas serán licitados y adjudicados de manera preferente a través de contratos reservados.

2. Para dar cumplimiento a dicha obligación, al menos el 50 por 100 del importe de adjudicación deberá ser objeto de contratación reservada a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos. En caso contrario, la Administración pública y el órgano de contratación deberán justificarlo debida y motivadamente en el expediente y podrá ser objeto de recurso especial o de los recursos establecidos en materia de contratación pública»⁶⁷.

La ley establece en primer lugar una regla de preferencia a favor de la contratación reservada de la «obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y

⁶⁶ Véase Resolución 287/2021, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

⁶⁷ DA 19 LRSCEC.

de muebles y enseres». Esta regla afecta exclusivamente a los contratos de las Administraciones públicas, que son, particularmente las entidades locales⁶⁸, las que tienen atribuida la competencia de gestión de residuos domésticos. Con todo, hay que tener en cuenta que estos servicios son gestionados en ocasiones por sociedades mercantiles públicas, que en ocasiones contratan la gestión de algunos de estos servicios.

Además, en el marco de la gestión contractual de los residuos domésticos, la reserva sólo se extiende a los residuos textiles y de muebles y enseres, dejando fuera otra tipología de residuos domésticos con menor potencial en término de recuperación y reutilización, que es lo que parece querer fomentar esta regla de preferencia a favor de los contratos reservados.

Esa regla de preferencia exige que, por lo menos, que «el 50 por 100 del importe de adjudicación» deberá ser objeto de contratación reservada a empresas de inserción y centros especiales de empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos. Parece que la ley no ha querido extender esta reserva al 100 por 100, planteando un objetivo más humilde, en previsión de que en determinados mercados el tratamiento de estos residuos no pueda ser asumido, en su integridad, por empresas de inserción o centros especiales de empleo de iniciativa social; por no existir entidades con capacidad y solvencia técnica pertinente para el desarrollo de este servicio. Esta previsión también da margen para acudir parcialmente a la subcontratación, como una vía adecuada e incluso más flexible para permitir la participación de las empresas de economía social, que es un concepto amplio, no limitado a centros especiales de empleo o empresas de inserción.

Esta regla de reserva se refiere al importante de adjudicación de los contratos de gestión de los servicios locales de «recogida, transporte y tratamiento», que habitualmente, con relación a los residuos domésticos, se licitan de forma separada (recogida y transporte, por una parte, y tratamiento, por otra) e, incluso, por entidades distintas (ayuntamientos y mancomunidades que las integran).

Estos contratos públicos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos abarcan todos los residuos domésticos, no sólo los textiles y de muebles y enseres. Además, desde el punto de vista de la eficiencia administrativa no parece siempre la mejor opción la contratación separada de la gestión de estos residuos textiles y de muebles y enseres. Lo razonable será plantear la creación de lotes reservados en la preparación de los contratos de recogida y transporte de residuos, uno para la recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles, y otro referido a los residuos de muebles y enseres; cuando además estos residuos tienen unas particularidades de gestión, que se adaptan plenamente a la exigencia de lotificación. Como vemos, planteo la contratación integral tanto de la recogida y transporte, como del tratamiento, aunque si la contratación del tratamiento se plantea aparte habrá que dar cumplimiento, si es posible, a la regla del 50 por 100. La obligación de que al menos el 50 por 100 del importe de adjudicación se dedique a contratación reservada se extiende a las «obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres».

⁶⁸ Art. 12.5, letra a), LRSCEC.

De acuerdo con el tenor literal parece que el porcentaje de reserva debe afectar tanto a la recogida, transporte y tratamiento de los residuos textiles, como de los residuos de muebles y enseres. Parece que no tendría cabida, aunque la norma plantea dudas, que se reservara, por ejemplo, uno de los contratos o lotes referidos a la gestión de residuos textiles y no el otro, que abarcaría los muebles y enseres, pese a que en el sumatorio global entre ambos (contrato o lote de residuos textiles y contrato o lote de muebles y enseres) se superara el 50 por 100 indicado.

El cumplimiento de la reserva del 50 por 100 deberá quedar acreditado en la memoria justificativa, que inicialmente debería hacerse con relación al presupuesto base de licitación. En la medida en que la norma hace referencia al «importe de adjudicación», tras la adjudicación del contrato y la determinación del precio del contrato, el resultado porcentual puede variar, y ser inferior al 50 por 100, en la medida en que la norma se remite al «importe de adjudicación». Este problema no existiría si se reservara el 100 por 100 de la contratación de los servicios de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres. Con todo, habría que analizar el mercado y ver las posibilidades que ofrecen los centros especiales de empleo e empresas de inserción existentes, y que partes del proceso de gestión (recogida, transporte, tratamiento) podrían abarcar.

Las incertidumbres planteadas en este apartado sobre la aplicación de la DA 19 plantean riesgos jurídicos en la medida en que el porcentaje de reserva deben motivarse en el expediente debida, y podrá ser «objeto de recurso especial o de los recursos establecidos en materia de contratación pública».

En caso de que no pueda darse cumplimiento a la exigencia de contratación reservada de, al menos, el 50 por 100 del importe de adjudicación, «la Administración pública y el órgano de contratación deberán justificarlo debida y motivadamente en el expediente». Esto puede plantearse en el supuesto, no poco habitual, de que no exista en el mercado de centros especiales de empleo o de empresas de inserción, con solvencia económica o técnica y autorización para la gestión de residuos.

6.3. La aplicación de medidas de formación y sensibilización ambiental en el marco de la ejecución de los contratos públicos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos

La ley establece exigencias mínimas en los contratos de gestión de residuos, tanto vinculados al tratamiento como a la recogida, para que sean herramientas complementarias para fomentar la participación e implicación ciudadana en los sistemas de recogida separada.

Así, la LRSCEC dispone que «en el objeto de los contratos de recogida y tratamiento de residuos que celebren las entidades pertenecientes al sector público se incluirá la ejecución por el contratista de medidas de formación y sensibilización dirigidas a la población a la que se presta el servicio, en relación con: la prevención de residuos y su

peligrosidad, la reutilización, la recogida separada, la preparación para la reutilización y el reciclado, y las consecuencias de la gestión indebida de los residuos y del abandono de basura dispersa» (art. 16.3).

Esta previsión, ahora una exigencia, es habitual en las condiciones especiales de ejecución de los contratos de recogida y transporte y de tratamiento de residuos. Es habitual que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se recoja la obligación de dedicación de un porcentaje mínimo del precio de adjudicación o del presupuesto base de licitación, a la realización de campañas de información y concienciación ambiental. Teniendo en cuenta la importancia económica de estos contratos, será necesaria integrar este coste en el estudio económico del contrato, que sirva de base para el cálculo del presupuesto base de licitación.

7. LA EXTENSIÓN Y MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD AMPLIADA DEL PRODUCTOR Y SU IMPACTO EN LA GESTIÓN LOCAL⁶⁹

La nueva ley extiende el ámbito material de la responsabilidad de los productores de productos a los nuevos flujos de residuos, como los plásticos de un solo uso⁷⁰ o las artes de pesca⁷¹. También se extiende a los residuos textiles, a los residuos de muebles y enseres y a los plásticos agrarios⁷², para los que se prevé un plazo de tres años para la definición reglamentaria de sus regímenes de responsabilidad ampliada. Además, los productores de productos tendrán que asumir los costes de los residuos municipales referidos a los costes de la fracción resto o los residuos de la limpieza de vías públicas, zonas verdes, áreas recreativas y playas⁷³, o la basura dispersa, incluida la limpieza en las infraestructuras de saneamiento y depuración⁷⁴.

La LRSCEC establece nuevos deberes de los productores de productos, que deberán asumir los costes de la gestión de residuos derivados de plásticos de un solo uso. En primer lugar, deberán asumir, con relación al plástico de un solo uso (concretamente los indicados en el apdo. 1 de la Parte F del Anexo IV), los siguientes costes suplementa-

⁶⁹ Hemos analizado más en profundidad esta cuestión en J. J. PERNAS GARCÍA, «Responsabilidad ampliada del productor del producto: instrumento jurídico para el reparto social de los costes de la gestión de los residuos y el cumplimiento de los objetivos de circularidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022, pp. 387-479.

⁷⁰ «Dicho régimen deberá estar establecido antes del 1 de enero de 2025 para los productos de plástico de un solo uso no envases del apartado 1 y para los productos del apartado 2.1) y 2.2) de la Parte F, y antes del 6 de enero de 2023 para el resto de los productos enumerados en el apartado 1 y en el apartado 2.3) de la Parte F del Anexo IV» (art. 60.1 LRSCEC).

⁷¹ Art. 60 LRSCEC. El Gobierno [español] desarrollará regímenes de responsabilidad ampliada del productor para los artes de pesca de conformidad con lo establecido en el Título IV antes del 1 de enero de 2025 (art. 60.5 LRSCEC).

⁷² DF 7.^a LRSCEC.

⁷³ Art. 43 LRSCEC.

⁷⁴ Art. 60.3 LRSCEC.

rios⁷⁵; costes de las medidas de concienciación⁷⁶; costes de la recogida de residuos de los productos desechados en los sistemas públicos de recogida, incluida la infraestructura y su funcionamiento, y el posterior transporte y tratamiento de residuos; costes de la limpieza de los vertidos de basura dispersa derivado de plásticos de un solo uso, y de su transporte y tratamiento.

Asimismo, con relación a los plásticos de un solo uso del apartado 2 de la Parte F del Anexo IV LRSCEC, los productores deberán asumir los siguientes costes mínimos⁷⁷: costes de las medidas de concienciación (previsto en el art. 61); costes de la limpieza de los vertidos de basura dispersa generado por dichos productos, incluida la limpieza en las infraestructuras de saneamiento y depuración, y de su posterior transporte y tratamiento; costes de la recogida de datos y de la información, ya sean de recogidas regulares como puntuales debido a vertidos esporádicos o basura disperso en medio.

De acuerdo con estas previsiones que extiende la responsabilidad de los productores en distintos flujos de residuos, el nuevo marco de la ley supone, en principio, un incremento de ingresos para el sector público, derivados de la aplicación de los nuevos convenios para los nuevos flujos y de la renovación de convenios para los sistemas ya existentes.

Con todo hay que tener en cuenta que los productores de productos no tendrán que asumir los costes reales de la gestión de residuos (esto es, los costes objetivos derivados de los contratos públicos de recogida y tratamiento de residuos municipales, financiados por el sector público), sino los «costes necesarios para la prestación de servicios de gestión de residuos tenga una buena relación coste-eficiencia en tener económicos, sociales y medio ambientales»⁷⁸. Por tanto, los productores estarán obligados a pagar a los sistemas públicos los costes necesarios, «ideales», para una gestión «eficiente». Estos costes, que admiten apreciaciones técnicas y económicas diferenciadas, será precisados en los procesos de negociación entre el sector público y los SRAP y se plasmarán en el correspondiente convenio. Así, aunque la ley indique que «los productores deben asumir los “costes totales” de los “costes necesarios” para una gestión “eficiente”, los productores asumirán, *de facto*, un coste parcial de los costes reales»⁷⁹.

Como hemos indicado, la ley prevé plazos diferentes para la adaptación e implantación de estos regímenes de responsabilidad ampliada del productor, que van a implicar nuevos ingresos para el sector público, por lo que el impacto económico en los servicios públicos de gestión de residuos será escalonado y gradual; esto deberá ser tenido en

⁷⁵ Art. 60.2 LRSCEC.

⁷⁶ Se trata de las medidas previstas en el art. 61.

⁷⁷ Art. 60.3 LRSCEC.

⁷⁸ Art. 43.1, letra c), LRSCEC. En el caso de plásticos de un solo uso, la LRSCEC indica que los productores de productos deberán asumir los «costes necesarios para la prestación de dichos servicios de manera económicamente eficiente» (art. 60.3 LRSCEC).

⁷⁹ Ponencia propia sobre «Responsabilidad ampliada del productor», en el Seminario «Claves de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular», 12 de mayo de 2022.

cuenta por las entidades públicas locales a la hora, por ejemplo, de valorar el impacto económico en la sostenibilidad de los servicios públicos locales, de revisar la valoración de los costes reales que se deben trasladar a las tasas municipales y, en su caso, de definir el equilibrio económico de los contratos públicos de gestión de los servicios de recogida y tratamiento de residuos.

En el marco de las genéricas previsiones de la ley, se pueden apreciar dos riesgos que pueden afectar a que las aportaciones de los SRAP cubran de modo efectivo los costes necesarios para una gestión eficiente de los fondos públicos:

— La ausencia de un marco jurídico y técnico que establezca una garantía suficiente para el interés público en el marco de los procesos de negociación entre las Administraciones públicas y los SRAP. De acuerdo con las previsiones de la LRSCEC, la determinación de los costes se remite a un proceso de negociación, en un marco jurídico indeterminado, que abre la puerta a diferentes escenarios de financiación. Para reducir el riesgo de subfinanciación por parte de los SRAP y de externalización de costes a la sociedad, sería oportuna la elaboración de una guía técnica de referencia para estos procesos de negociación, que habilite objetivos, criterios y metodologías mínimas de referencia para la determinación de los que es un «coste necesario» para una gestión con una buena relación «coste-eficacia». Esta guía debería legitimarse como documento de referencia en esos procesos negociadores, en el marco de la normativa reguladora de los envases y residuos de envases.

— Los eventuales problemas de capacitación y de información técnica adecuada en el sector público, particularmente en las entidades locales, para afrontar los procesos de negociación con los SRAP, lo cual introduce también un riesgo de subfinanciación por parte de los productores de productos. Esto es particularmente importante en un escenario, cada vez más complejo, donde se va a incrementar el flujo de residuos sometidos a regímenes de responsabilidad ampliada, cada uno de los cuales remite a un sector con particularidades técnicas y de mercado propias (p. ej., textil, muebles y enseres, plásticos de un solo uso). La disponibilidad de conocimiento interdisciplinar y capacidades suficientes, propias o de terceros (sin conflictos de intereses), va a ser indispensable en estos complejos procesos de negociación que se van a desarrollar con relación a diversos flujos.

Desde el punto de vista de los residuos domésticos, gestionados por las Administraciones locales y autonómicas, adquiere especial relevancia el Real Decreto 1055/2022, de envases y residuos de envases (en adelante RERE), para entender el eventual impacto económico del nuevo régimen de responsabilidad ampliada del productor en materia de envases en la sostenibilidad económica de los servicios públicos locales de gestión de residuos.

El RERE prevé que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor de productos en materia de residuos de envases domésticos asumirán los «Costes totales» de la gestión de los residuos recogidos separadamente. Hay que tener en cuenta que el texto definitivo del Reglamento elimina, de la relación de costes que deben asumir los productores, los determinados costes fiscales, como veremos en el apartado siguiente. Por tanto, los SRAP asumirán de modo efectivo «costes parciales» de la gestión de residuos

de envases recogidos separadamente, en la medida en que la cuantía del impuesto indicado corresponde a las entidades públicas gestoras de residuos.

Pese a lo que se podría deducir de la LRSCEC, que parece atribuir una responsabilidad financiera total de la gestión de residuos para los productores de productos —que podía limitarse motivadamente y trasladarse parcialmente a los distribuidores o poseedores iniciales de residuos—⁸⁰, el RERE configura un sistema de corresponsabilidad financiera público-privado, lo cual tiene un impacto mayor en la configuración y sostenibilidad financiera de los servicios públicos locales de residuos.

8. LA APROBACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL DEPÓSITO DE RESIDUOS EN VERTEDERO, INCINERACIÓN Y COINCINERACIÓN DE RESIDUOS Y SU REPERCUSIÓN FINANCIERA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS

La LRSCEC introduce un impuesto sobre el depósito de residuos en vertedero, la incineración y a coincineración, que se trata de un «tributo de carácter indirecto que recae sobre la entrega de residuos en vertederos, instalaciones de incineración o de coincineración para su eliminación o valorización energética»⁸¹.

El contribuyente de este impuesto son las personas físicas o jurídica y demás entidades que prevé la legislación tributaria que realice el hecho imponible⁸². El legislador parece que «está pensando en las entidades locales titulares de gestión de residuos municipales y, sí procede, los que tengan la competencia delegada, de acuerdo con la legislación de régimen local, con independencia de la modalidad de gestión del servicio»⁸³. Los gestores de vertederos, de las instalaciones de incineración o de coincineración, cuando sean distintos de quien realiza el hecho imponible, son sustitutos del contribuyente⁸⁴, y deberán repercutir el importe de las cuotas devengadas sobre los contribuyentes del impuesto, «quedando estos obligados a soportarlas»⁸⁵.

De acuerdo con la jerarquía de residuos⁸⁶ la ley establece tipo impositivos menores para la incineración (sea considerada eliminación o valorización), que para el depósito

⁸⁰ Art. 43.2 LRSCEC.

⁸¹ Art. 84.1 LRSCEC.

⁸² Art. 91 LRSCEC.

⁸³ G. PATÓN GARCÍA «Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, a la incineración y la coincineración de residuos (arts. 83 a 97)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022.

⁸⁴ Art. 91 LRSCEC.

⁸⁵ Art. 94.1 LRSCEC.

⁸⁶ Sobre el principio de jerarquía de residuos, *vid.* R. SANTAMARÍA ARINAS, «Principios de la política de residuos (arts. 7 a 11)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de*

en vertedero. Sería oportuno valorar, en coherencia con la jerarquía de residuos y con la finalidad de reducir los costes que deberá soportar el gestor público, establecer vías de colaboración interadministrativa, basadas en la complementariedad de modelos de tratamiento, para aprovechar al máximo las posibilidades de reutilización y reciclado de residuos y de minimización de costes fiscales para el sector público.

El pago del impuesto tendrá un impacto relevante en la sostenibilidad financiera de los servicios públicos de tratamiento de residuos. Este impacto será pleno y total para el sector público, ya que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor no asumirán ese coste de acuerdo con las previsiones de la LRSCEC⁸⁷, pese a que el Proyecto de Ley sí que lo integraba. En este incluso sentido, el RERE eliminó (con relación a su borrador inicial de septiembre de 2021) el coste del impuesto del coste neto de tratamiento de residuos de envases de recogida separada (clasificados o contenidos en el rechazo de plantas de selección y clasificación) en instalaciones de incineración y coincineración, y del coste de depósito en vertedero, de los costes que deben ser asumidos por los sistemas de responsabilidad ampliada, trasladándolo así al sector público [art. 34.1, letra *la*), RERE]. También se eliminaron, con relación al borrador inicial, de los costes que conforman la responsabilidad financiera de los productores, los costes del impuesto del tratamiento de residuos de envases derivados de la fracción resto y de la fracción húmedo-seco [art. 34.1, letra *b*), RERE].

Asimismo, hay que tener en cuenta la conexión existente entre el impuesto y la tasa municipal prevista en el art. 11.3 LRSCEC, que debe ser no deficitaria y reflejar el «coste real directo e indirecto» de las operaciones de tratamiento de residuos, en el que se integra lógicamente los costes tributarios indicados. También hay que tomar en consideración que la puesta en aplicación del impuesto tiene repercusiones económicas en el equilibrio económico de los contratos públicos de tratamiento de residuos. Su impacto debe integrarse en el deber de la Ley de adaptación de los contratos públicos para la recogida y tratamiento de residuos de competencia local, de modo que los contratos reflejen los costes efectivos que deben asumir los contratistas como sustitutos de los contribuyentes⁸⁸.

Será oportuno valorar por las comunidades autónomas la creación de un fondo de gestión de residuos con lo recaudado por el impuesto para facilitar la realización de inversiones por parte de las entidades públicas, necesarias para dar cumplimiento a los objetivos comunitarios de reciclaje y reducción de depósito en vertedero y, en su caso, amortiguar, cuando menos parcialmente, el impacto del impuesto en la sostenibilidad de los servicios locales de tratamiento de residuos.

residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 21, 2022.

⁸⁷ Art. 43.1 LRSCEC.

⁸⁸ DA 11. De todas formas, la determinación del contribuyente y del sustituto del contribuyente tiene matices importantes, particularmente con relación a los gestores de plantas de tratamiento intermedio, con potenciales implicaciones contractuales significativas, que no procede realizar en esta sede. Se recomienda la lectura de la lista de «Preguntas y respuestas en relación con el impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la coincineración de residuos», del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Deberá valorarse, en este sentido, las fórmulas para facilitar la devolución del rendimiento del impuesto a las entidades locales, pero condicionando dichos fondos, principalmente, la realización y cumplimiento de los objetivos de gestión de residuos municipales previsto en la LRSCEC. El modelo de Fondo de Gestión de Residuos de Cataluña⁸⁹ puede ser un modelo de referencia, especialmente desde la perspectiva de la consecución de la implicación de las entidades locales en el cumplimiento de objetivos, y de la consecución de notables resultados en el avance de la recogida selectiva, especialmente con relación a fracción orgánica.

El hecho de que las entidades públicas tengan, en buena medida (aunque no en todo caso)⁹⁰, la consideración de sujeto contribuyente del impuesto refuerza la importancia de mejorar la eficiencia de los servicios locales de recogida de residuos, ya que en caso contrario las entidades locales estarán asumiendo no sólo costes de la gestión de residuos de los productores comerciales e industriales, sino también el pago del correspondiente tributo ligado al tratamiento de estos residuos no domésticos. En ese caso, al menos, será fundamental garantizar la tasa refleje el coste real de la gestión, incluido el importe del impuesto.

9. LA IMPLANTACIÓN DE UNA TASA MUNICIPAL (O PRESTACIÓN PATRIMONIAL NO TRIBUTARIA) NO DEFICITARIA Y QUE REFLEJE EL COSTE REAL

Como hemos indicado, la LRSCEC deberá establecer, en el plazo de tres años, una tasa o una prestación patrimonial no tributaria, específica, diferenciada y «no deficitaria», que «permita implantar sistemas de pago por generación», y que refleje el «coste real, directo o indirecto» de la gestión de residuos⁹¹. Esta previsión de la LRSCEC supone un cambio en la determinación del grado de cobertura de la tasa de residuos, que debe cubrir el coste real de los servicios de gestión de residuos, por lo que no puede ser deficitaria. De acuerdo con el marco previo a la LRSCEC, correspondía a los municipios decidir el grado de cobertura de los costes del servicio a través de la articulación de sus tasas, y el déficit era cubierto por la caja general⁹².

⁸⁹ Ley 8/2008, de 10 de julio, de financiación de las infraestructuras de gestión de los residuos y de los cánones sobre la disposición del desperdicio de los residuos.

⁹⁰ *Vid.* la nota 64.

⁹¹ Art. 11.3 LRSCEC. *Vid.* sobre esta cuestión, incidiendo en la diferenciación entre precios y tasas públicas, J. F. ALENZA, «Implicaciones para las entidades locales de la nueva legislación de residuos», *Anuario Aragonés de Gobierno Local de 2022, 2023*. *Vid.* igualmente su trabajo «Las tasas por eliminación de residuos urbanos y el principio quien contamina paga», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 1, 2002, pp. 133-149.

⁹² «Algunas estimaciones (SIELOCAL, 2013) sitúan el grado de cobertura de las TR en torno al 74 por 100 en España mientras que PUIG VENTOSA y FONT VIVANCO (2011) estimaron que en Cataluña era de un 84,5 por 100. En el análisis llevado a cabo en el estudio de PUIG VENTOSA (2016) se evidenciaron las dificultades metodológicas ligadas a un cálculo representativo y riguroso sobre la base de datos del MINHAP, por lo que sólo fue posible estimar el grado de cobertura en una submuestra de municipios y se estimó entre el 60 y el 66 por 100» (FUNDACIÓN ENT, *Las tasas de residuos en España 2021*, p. 30).

Hay que tener en cuenta que la LRSCEC introduce criterios para la integración de la perspectiva de «pago por generación»⁹³ en la definición de las tasas o PPNT (art. 11.4 LRSCEC), que es un elemento relevante no sólo para alcanzar los objetivos de reciclado, sino también para reducir los costes e incrementar los ingresos del sistema local, que estará sometido a profundas tensiones económicas tras la aprobación de la Ley estatal. Hay que tener en cuenta que la LRSCEC introduce criterios, no exhaustivos⁹⁴, para la integración de la perspectiva de «pago por generación» en la definición de las tasas o PPNT⁹⁵.

Los costes reales integrarán los siguientes:

- Costes de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos.
- Costes de la vigilancia de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento.
- Costes de mantenimiento y vigilancia posterior al cierre de los vertederos.
- Costes de las campañas de concienciación y comunicación.

Además, de los costes indicados y para dimensionar los costes efectivos de las entidades locales, se deberán tener en cuenta los ingresos derivados de la responsabilidad ampliada del productor y los referidos a la venta de materiales y de la energía derivados de la gestión de residuos. A corto plazo, hay incertidumbre en la determinación de los ingresos derivados de los pagos de los SRAP, que dificulta la determinación de costes reales a cubrir por la tasa. Va a depender de procesos que todavía no están finalizados; fundamentalmente el desarrollo reglamentario de los nuevos flujos de residuos afectados por la RAP, y la renegociación financiera de los convenios entre las Administraciones públicas y los SRAP, de acuerdo con cobertura financiera que deberán cubrir los productores, en atención a la LRSCEC y, especialmente, el RERE.

Habida cuenta de la importancia de las tasas municipales para la cobertura de los costes y para el cumplimiento de objetivos de reciclaje y depósito en vertedero, especialmente en un contexto de incremento de los deberes y costes para las entidades locales,

⁹³ APODACA realiza una valoración de la situación de partida de las tasas municipales en España, y la escasa introducción de un enfoque de pago por generación: «Hasta el momento, a día de hoy las tasas de residuos domésticos no dependen de la generación efectiva y se fijan con base en criterios objetivos, presuntivos y no de generación real, bien a través de cuotas fijas, ligándolas al consumo de agua, a los metros cuadrados, al valor catastral o a su localización. En el caso de residuos comerciales, se ligan al tipo de actividad, superficie, número de trabajadores o generación de residuos en el mejor de los casos. Lo ideal sería establecer en todos los casos una cuota básica referida al coste de infraestructuras y una cuota variable referenciada a la efectiva generación, debiendo concentrarse en la fracción resto. A todo ello puede ayudar, los mencionados puerta a puerta y los contenedores inteligentes. Por otro lado, no es lo mismo articular algunos de estos sistemas en pequeños que en grandes municipios» (A. APODACA RUIZ, «Previsiones para el ámbito local en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 253, 2022). Vid. sobre esta cuestión igualmente, I. PUIG VENTOSA y M. CALAF FORN, «Pago por generación de residuos: el caso de Argenton», *Residuos. La Revista Técnica del Medio Ambiente*, núm. 123, 2011, pp. 18-28; *id.*, «Charging systems and PAYT experiences for waste management in Spain», *Waste Management*, núm. 28 (12), 2008, pp. 2767-2771; I. PUIG VENTOSA y S. SASTRE SANZ, «Las tasas de residuos en España», *Crónica Tributaria*, núm. 159, Instituto de Estudios Fiscales, 2016, pp. 131-164.

⁹⁴ J. F. ALENZA, «Implicaciones para las entidades locales de la nueva legislación de residuos», *Anuario Aragonés de Gobierno Local de 2022*, 2023.

⁹⁵ Art. 11.4 LRSCEC.

es importante que estas dispongan de incentivos (p. ej., subvenciones autonómicas condicionadas su implantación) o elementos facilitadores para su adaptación de acuerdo con las premisas de la LRSCEC. Este puede ser el caso de ordenanzas tipo fiscales que respondan a un modelo de pago por generación, basadas en experiencias de éxito a nivel español y europeo, de la puesta en marcha de oficinas técnicas de apoyo o de guías metodológicas para el cálculo o determinación de los costes; mediadas que pueden ser impulsadas a nivel autonómico o provincial.

El cumplimiento de este deber de implantación de una tasa no deficitaria y que refleje el coste real podrá verificarse, ya que las entidades locales están obligadas a comunicar a las comunidades autónomas tanto su implantación, como los cálculos utilizados para su confección. Sería oportuno realizar un tratamiento de la indicada información, a nivel estatal y/o autonómico, para verificar el grado efectivo de cobertura de costes de los servicios y valorar el cumplimiento de objetivos de este instrumento económico.

10. CONSIDERACIONES FINALES

La LRSCEC representa un cambio de paso en la normativa de residuos. En la elaboración del Anteproyecto (y, me atrevería decir, en el seguimiento realizado del trámite parlamentario), el Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico realizó un buen diagnóstico de los problemas de la gestión de residuos en España, y definió un tratamiento adecuado, basado fundamentalmente en instrumentos económicos (tasa municipal, impuesto de vertido e incineración, responsabilidad ampliada del productor), que son sin duda los elementos novedosos con potencial transformador de esta norma.

Los pobres resultados de reciclaje y el alto porcentaje de depósito en vertedero, que caracteriza la gestión de residuos de competencia local, en la última década, se deben a la ausencia de una adecuada internalización de coste ambiental en las opciones inferiores de la escala de residuos. Esto ha hecho que las sucesivas normas de residuos no hayan tenido el efecto deseado, frente a un mercado de la gestión de residuos que privilegiaba las opciones de valorización energética o eliminación como las más baratas, lo cual desincentivaba el cambio a opciones de gestión superiores en la jerarquía de residuos. Frente a esta dinámica de mercado, poco pueden hacer los objetivos legales jurídicamente vinculantes, muestra de ello es el incumplimiento del objetivo comunitario vinculante del 50 por 100 de reciclado en 2020 (España apenas alcanzó el 34 por 100, con un sistema de cómputo cuando menos «generoso»). De todas formas, el éxito de los instrumentos económicos previstos en la ley, y especialmente su efecto impulsor del cambio, no está asegurado; va a depender del papel y la voluntad de los actores públicos y privados que intervengan en su definición y ejecución.

Es la primera norma de residuos con vocación transformadora, que permite atisbar, o al menos esperar, el surgimiento de un Derecho ambiental de la transición ecológica. Esta norma, junto con otros indicadores (p. ej., como el principio DNSH o la política

de productos sostenibles), parecen generar grietas en el molde, imperante hasta ahora, de un Derecho ambiental legitimador, no transformador, de un modelo de desarrollo insostenible.

Con todo, no es una norma de economía circular. Es más bien un paso en el camino hacia esa transición circular, más que un punto de llegada que aún se atisba lejano. Pese a ello, es justo indicar que la norma no pretende ser una ley de economía circular, sino, como indica su denominación, una norma de residuos con un nuevo espíritu, al menos iniciático, definido por la política de economía circular y su objetivo de gestión eficiente de recursos. Plantea así la importancia de poner el foco en las escalas superiores de la jerarquía de residuos, la prevención y la reutilización, aunque siendo consciente que esa «batalla» sólo se puede «ganar» desde el ámbito comunitario. No obstante, en esta dinámica de avance progresivo, nunca radical, que impone la necesaria composición de intereses sociales, su ambición principal se centra en el objetivo de escalar con determinación al escalón intermedio de la jerarquía de residuos, el reciclado de materiales.

¿Cabría esperar una mayor ambición? ¿Se ha alcanzado un equilibrio adecuado en el trabajo de composición de intereses realizada a nivel ministerial y parlamentario? ¿Responde la norma al nivel de ambición necesario, en atención a los riesgos sociales que plantea la gestión ineficiente de los recursos, que caracteriza la gestión de residuos? No tengo una respuesta definitiva a estas cuestiones, especialmente si tomo en consideración la dificultad de los procesos de composición de intereses que se están planteando en estas primeras normas ambientales con vocación transformadora (*vid.* también el proceso de aprobación del reglamento de envases), que generan elevadas tensiones económicas en los actores públicos y, especialmente, privados. Sí me gustaría indicar que el sector privado ya es plenamente consciente de este proceso de cambio del Derecho ambiental, y de la importancia de participar de modo formal, y especialmente informal, en estos procesos normativos, con el apoyo de un sólido conocimiento jurídico y técnico. El sector público y, especialmente, las entidades locales deberían adquirir conciencia, no lo han hecho, de la importancia de la participación directa, y con sólido conocimiento económico, jurídico y técnico, en los procesos (desde la fase de anteproyecto a, en su caso, la tramitación parlamentaria) de aprobación de normas en este nuevo contexto de la transición ecológica. En caso contrario, las entidades públicas, y en consecuencia los ciudadanos, seguirán teniendo menos peso en estos procesos normativos ambientales de composición de intereses sociales, asumiendo sobrecostes y responsabilidades que deberían progresivamente ser asumidos por otros actores (productores, consumidores).

Las directivas comunitarias y LRSCEC definen un nivel de ambición relevante. Además, la regulación de residuos comunitaria está sumida en un proceso continuo y sofisticado de mejora política y regulatoria. No obstante, los objetivos e instrumentos definidos por la normativa de residuos debe ser aplicado por las entidades locales, que viven en buena medida en una dimensión paralela; de modo que el nivel de ambición político-regulatorio, no se corresponde con las capacidades y recursos de las entidades locales.

El éxito de la LRSCEC en la gestión de residuos de competencia local dependerá de la concurrencia de una voluntad política decidida en ejecución de la norma, que está por acreditar a diferentes niveles, de modo que las entidades locales dispongan del conocimiento y los recursos humanos, financieros y técnicos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de prevención, reutilización y reciclado. Asimismo, será fundamental que los productores de productos internalicen de modo adecuado sus obligaciones financieras de acuerdo con el régimen de responsabilidad ampliada del producto de la LRSCEC, descargando a las entidades públicas de costes en la gestión de residuos derivados de productos.

Con todo, el elemento fundamental en el cumplimiento de los objetivos locales de la LRSCEC nos remite a cuestiones extrajurídicas: el esperado surgimiento de una política municipal que no valore únicamente la gestión de los residuos como un mero riesgo electoral a minimizar —centrada sólo en evitar huelgas, mediante la «gestión política» de los servicios locales, en reducir las tasas municipales o en controlar el relato sobre la limpieza de las calles—, sino como una política pública prioritaria para transitar hacia una gestión eficiente de los recursos, que requiere de decisiones orientadas a la eficiencia ambiental y económica de los servicios locales de recogida y tratamiento. Sin impulso ciudadano suficiente para este cambio, esperemos que los instrumentos económicos —particularmente, el impuesto de vertido e incineración—, sirvan para recorren este camino. *This is the way.*

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F.: *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, INAP-BOE, Madrid, 1997.
- «Las tasas por eliminación de residuos urbanos y el principio quien contamina paga», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 1, 2002.
 - «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA (coord.), *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
 - «La economía circular en el Derecho Ambiental», *Medio ambiente y Derecho. Revista electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 35, 2019.
 - «La nueva regulación de los residuos: la Ley de Residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Blog CGAE*, 9 de junio de 2022.
 - «Implicaciones para las entidades locales de la nueva legislación de residuos», *Anuario Aragonés de Gobierno Local de 2022*, 2023.
- BLASCO HEDO, E.: «La Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular: una visión general», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 123, mayo de 2022.
- DE LA VARGA PASTOR, A.: «La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851», en E. BLASCO HEDO (coord.), *Actualidad Jurídica Ambiental Núm. Especial 102/2, Dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo «VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental (Vulnerabilidad Ambiental)»*, CIEMAT, Madrid, 2020.
- FERNÁNDEZ DEGATTA SÁNCHEZ, D.: «Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular», *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2022.

- FORTES MARTÍN, A., «La producción y posesión de residuos (arts. 20 a 22)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Cuadrar el círculo: el complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas», *InDret*, 3/2019, 2019.
- «Intervención pública y límites del mercado en la transición a la economía circular», en A. NOGUEIRA y X. VENCE (dirs.), *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- ORTEGA BERNARDO, J.: *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- «Comentario a los aspectos competenciales y organizativos de la Ley 7/2022 de residuos (arts. 12 y 13)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- PALOMAR OLMEDA, A., y DESCALZO GONZÁLEZ, A. (dirs.): *Estudios sobre la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Aranzadi, 2022.
- PATÓN GARCÍA, G., «Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, a la incineración y la co-incineración de residuos (arts. 83 a 97)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022.
- PERNAS GARCÍA, J. J.: «Compra pública circular: análisis de las barreras, posibilidades y límites del marco jurídico y organizativo actual y propuestas de mejora», en A. NOGUEIRA y X. VENCE (dirs.), *Redondear la Economía Circular. Del discurso oficial a las políticas necesarias*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- «Responsabilidad ampliada del productor del producto: instrumento jurídico para el reparto social de los costes de la gestión de los residuos y el cumplimiento de los objetivos de circularidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022.
- «Gestión contractual de servicios públicos locales de gestión de residuos e incidencia de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Anuario Práctico de Contratación Pública 2022* (en prensa).
- «Hacia una Derecho sustantivo de la contratación pública desde la política de economía circular», *Observatorio de Políticas Ambientales 2022*, Aranzadi, 2023 (en prensa).
- PERNAS GARCÍA, J. J., y SÁNCHEZ, J. (dirs.): «Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- PUIG VENTOSA, I.: «Charging systems and PAYT experiences for waste management in Spain», *Waste Management*, núm. 28(12), 2008.
- PUIG VENTOSA, I., y CALAF FORN, M.: «Pago por generación de residuos: el caso de Argenton», *Residuos. La Revista Técnica del Medio Ambiente*, núm. 123, 2011.
- PUIG VENTOSA, I., y SASTRE SANZ, S.: «Las tasas de residuos en España», *Crónica Tributaria*, núm. 159, Instituto de Estudios Fiscales, 2016.
- REVUELTA PÉREZ, I., «Transposición del paquete legislativo de economía circular de la Unión Europea mediante normas reglamentarias», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.

- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: «La ambiciosa Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Previsiones destacadas y algunas consideraciones», *Revista de Derecho vLex*, núm. 215, abril de 2022.
- «Previsiones para el ámbito local en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 253, 2022.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L.: «La prevención de residuos: comentario a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022.
- SÁNCHEZ, J.: «La gestión de residuos específicos (biorresiduos, aceites usados y residuos de la construcción)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: *Administración local y gestión de residuos*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- «¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la LRSAL», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, 2014.
- «El régimen local ante los retos jurídicos de la economía circular», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 46.
- «¿Residuos o recursos? El marco jurídico general de la transición hacia la economía circular», en I. AGIRREAZKUENAGA (coord.), *Política de residuos. Análisis jurídico desde Euskadi*, IVAP, Oñati, 2018.
- «Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1, 2019.
- «Innovación normativa para la economía circular en leyes autonómicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.
- «Principios de la política de residuos (arts. 7 a 11)», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- SANZ LARRUGA, F. J.: «Comentario al Título I de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados para una economía circular: instrumentos de la política de residuos», en J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ (dirs.), *Estudio sistemático de la nueva Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2022.
- VARELA, A. J., y DEVESA REY, R.: «Análisis de la nueva Ley de Residuos, 7/2022, de 8 de abril y sus implicaciones en la corresponsabilidad de la gestión de residuos en la industria textil», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 129, 2022.

La reducción de la temporalidad en el empleo público local: la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y su aplicación a la Administración y sector público local durante 2022 y 2023*

Xavier BOLTAINA BOSCH

Doctor en Derecho. Doctor en Seguridad Internacional
Profesor de los Estudios de Derecho y Ciencia Política. Universitat Oberta de Catalunya
Directivo Público profesional en la Administración Local
ORCID ID: 0000-0002-7650-6513

RESUMEN

La aprobación de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público ha supuesto una multitud de libros y artículos doctrinales. En 2022 se inició la aplicación de la ley; en un primer momento, con la aprobación y publicación de las ofertas de empleo público de estabilización antes de 1 de junio; luego, con fecha final de diciembre de 2022, las bases de las convocatorias. En este documento se analizan las líneas básicas de las referidas Ofertas de estabilización y las Bases de las convocatorias en el ámbito local, la concreción de la ley en las citadas bases y en especial, las dificultades y puntos fuertes de esta aplicación práctica. El proceso de estabilización ha sido objeto de muchas críticas, en la gestión de recursos humanos pero también en el ámbito jurídico. Con este trabajo deseamos detectar los criterios más relevantes que implica la aplicación de la Ley 20/2021 en el ámbito local y los riesgos y oportunidades que puede suponer para el futuro la estabilización del empleo público local.

* Fecha de finalización del trabajo: 8 de mayo de 2023.

Palabras clave: empleo público local; abuso de la temporalidad; concurso-oposición; concurso de méritos; estabilización del empleo local temporal.

The reduction of temporary employment in local public employment: Act 20/2021, of December 28th, and its application to the Administration and local public sector during 2022 and 2023

ABSTRACT

The approval of Act 20/2021 on the reduction of temporality in public employment has given rise to a profusion of several books and papers. The Act has come into force in 2022; in the first place, with the approval and announcement of local public sector employment focused on stabilization before 1 July and, before December 2022, of the terms and conditions of the job offers. In this paper an analysis is made of the fundamental lines of said public selection and their application requirements, materialization of the Law and, especially, the strengths and weaknesses of this practical application. The stabilization process is currently the object of criticism in many and different respects, in human resources management but also in legal reflections. The intention of this work is to detect the most outstanding criteria involved in application of the Law in Spanish local public service and the risks and advantages that may lie, for the future, in the stabilization of local temporary employment carried out.

Keywords: local public service; abuse of temporary employment; competition-examination; merit-based competition; stabilization local temporary employment.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ELEMENTOS CLAVES DE LA TEMPORALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO LOCAL.—3. LA DIFICULTAD DEFINITORIA DE LAS PLAZAS ESTRUCTURALES.—4. PLAZAS CON PERFIL PROPIO: PERSONAL A TIEMPO PARCIAL, PERSONAL FIJO DISCONTINUO Y TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS.—5. EL CONCURSO OPOSICIÓN EN LA LRT. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL: ART. 2: 5.1. Naturaleza y estructura del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021. 5.2. Análisis específicos de los elementos configuradores del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021. 5.3. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 de la Ley 20/2021. 5.4. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 LRT: análisis de la aplicación práctica en las bases de las convocatorias. 5.5. La fase de méritos en el procedimiento del art. 2.4 LRT. 5.6. La estabilización en el ámbito local: medidas específicas: 5.6.1. La excepción de los ejercicios teóricos del art. 8 del Real Decreto 896/1991. 5.6.2. La excepción de los ejercicios prácticos del art. 9 del Real Decreto 896/1991.—6. EL CONCURSO DE MÉRITOS EN LA LRT. LAS DDAA 6.^a Y 8.^a: 6.1. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 6.^a 6.2. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 8.^a 6.3. Contenido, alcance y límites de los méritos a valorar en los procesos de estabilización. 6.4. La aplicación práctica del concurso de méritos en las convocatorias de estabilización de 2022. —7. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNOS ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN.—8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A finales del 2023 cumplirá dos años la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de reducción de la temporalidad en el empleo público (en lo sucesivo, LRT), pero mucho

antes, en julio, se cumplirán los dos años también de su inmediato antecedente, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de igual nombre¹. Con la finalidad declarada de que la temporalidad estructural a diciembre de 2024 se sitúe en el 8 por 100, lo cierto es que han acontecido ya determinados momentos jurídicos que el lector de este artículo debe tener presente.

En primer lugar, la aprobación de las Ofertas de Empleo Público de estabilización (en lo sucesivo, OEPE), que debió suceder con anterioridad al 1 de junio de 2022. Con posterioridad, la aprobación y publicación de las convocatorias de desarrollo de las mismas, con una fecha límite de 31 de diciembre. Durante el 2023 ha seguido el proceso en su fase de ejecución.

Por lo demás, a fecha de finalizar este documento, no parece que haya una cifra exacta y contrastada sobre plazas que debían estabilizarse, oscilando según la fuente consultada entre 300 y 800.000, en un porcentaje quizá en torno a 1/3 correspondientes al mundo local. Lo cierto es que en determinados documentos oficiales se constata la imposibilidad real de conocer el régimen jurídico de muchos empleados temporales.

El documento de la Subdirección General de acceso y promoción en la Administración de Justicia de 31 de mayo de 2022, señalaba que «el actual sistema de gestión del personal interino no permite conocer cuántos interinos son de vacante y cuántos son de sustitución, sin tener que realizar un análisis individualizado de cada nombramiento, pues funcionarios interinos nombrados para cubrir vacantes pasan con frecuencia a cubrir sustituciones por diversos motivos (como IT, excedencia por cuidado de familiares, ocupación temporal de otro puesto en sustitución o en comisión de servicio, etc.) y viceversa». Lo mismo, a nuestro juicio, puede predicarse de los miles de ayuntamientos, diputaciones y otras entidades locales, así como el expansivo sector público local, un auténtico agujero negro cuya previsión de estabilización consta en la DA 7.^a LRT, sin que se conozcan cifras reales sobre los cientos de miles de empleados posiblemente afectados.

El objetivo de este documento es plantear los elementos fundamentales de estos primeros casi dieciocho meses de aplicación de la LRT, en donde ya se han aprobado las OEPE y las bases selectivas y también las convocatorias, con las fortalezas y debilidades que se han ido concretando a lo largo de este tiempo y se iniciado en muchos supuestos la ejecución de aquellas.

Centrados siempre, en todo caso, en el ámbito local, si bien con referencias a otras Administraciones —estatal y autonómica— por cuanto nos sirven a menudo de orientación de la aplicación de la LRT, nuestra voluntad es analizar algunos elementos específicos del proceso inicial de estabilización —plazas afectadas, en especial y algunas circunstancias muy específicas, como los trabajadores indefinidos no fijo— pero muy concretamente, las debilidades y fortalezas de los dos procedimientos de estabilización:

¹ Un estudio en detalle puede localizarse en nuestro documento sobre el Real Decreto-ley 14/2021. *Vid.* X. BOLTAINA BOSCH, «El Real Decreto-ley 24/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración local», *Revista digital CEMCI*, núm. 51, pp. 1-30.

el concurso de méritos y el concurso-oposición en la fórmula prevista en la LRT, que son los elementos jurídicamente más conflictivos de la norma legal.

2. ELEMENTOS CLAVES DE LA TEMPORALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN Y SECTOR PÚBLICO LOCAL

La temporalidad en el empleo público se ha centrado, especialmente, en el ámbito local y también en el autonómico, en este supuesto en el sector de la educación y sanidad. Ello no ha acontecido con igual intensidad en la Administración General del Estado. Las razones son diversas, pero centrándonos en el sector local, a nuestro juicio pueden destacarse los siguientes elementos clave:

a) La afectación sobre la Administración local de las tasas de reposición de efectivos que significativamente a partir de 2012 y hasta aproximadamente el 2016, que produjo una clara restricción del acceso al empleo público permanente y la solución más obvia fue la incorporación de personal laboral temporal y funcionarios interinos.

b) Una dificultad sistémica para gestionar el acceso ordinario y normalizado al empleo fijo. Pese a la flexibilización de las tasas de reposición a partir de 2017 y la incorporación de medidas de estabilización de empleo temporal en las Leyes de presupuestos 3/2017 y 6/2018, lo cierto es que la cadencia de salidas y entradas en la Administración local ha sido —y sigue siendo— absolutamente desigual. El motivo se acentúa ante el hecho, *ad futurum*, de que entre 2022 y 2033 se jubilara uno de cada tres empleados públicos, lo que nos situará en el empleo público total español en torno a un millón de personas, una cuarta parte posiblemente en el empleo público local².

c) La ausencia de modelos actualizados al siglo XXI de selección de empleados públicos. De hecho la Ley 20/2021 ha aflorado, una vez más, un debate entre quienes defienden el ingreso y «aplantillamiento» directo de los interinos y de los que anteponen ante todo la superación de procesos por oposición, o si acaso concurso-oposición, pero en muchos supuestos en base a fórmulas pretéritas, con largos temarios, memorización y ausencia de incorporación de nuevas formas de valorar el mérito y la capacidad.

d) La ejecución de procesos selectivos con falta de agilidad e, incluso, con una lentitud desesperante. La Administración del Estado reconoce que en sus procesos de selección de permanente fijo pueden prolongarse entre dos y tres años entre el inicio y la conclusión, en donde la forma, el procedimiento y los requisitos imperan. Ello se reproduce en el mundo local, si bien en cuanto con menor intensidad, salvo aquellas Administraciones que tienen una carencia absoluta o parcial de método, profesionalización y departamentos de recursos humanos puramente formalistas de perfil administrativo, en donde se denota una ausencia de dar respuestas eficaces a la hora de gestionar un proceso selectivo.

e) Posiblemente en el ámbito local hay que añadir algunos elementos más específicos; la existencia de más de 8.000 entidades locales así como un sinnúmero de empresas, fun-

² M. A. GARCÍA CALAVIA, «El empleo público en España: insuficiente, envejecido y (una parte) precarizado», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 8, pp. 11-24.

daciones, consorcios y entidades que giran en torno a ellas, lo que supone un minifundio absoluto y en donde cada una debe gestionar —salvo que lo delegue a entidades supramunicipales cuyo funcionamiento también deja mucho que desear— su proceso selectivo, sería posiblemente el elemento más importante.

Con la voluntad de resolver, cuanto menos a intentarlo en cuanto al volumen de la temporalidad existente a 2021, vino en primer término el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, cuyo trámite parlamentario concluyó en la LRT, que ya desde el primer momento tomó dos decisiones importantes: su aplicación directa a toda la Administración local española e incorporando incluso algunas medidas *ad hoc* para la misma, y también la inclusión de la DA 7.^a, que supone que la LRT también se aplica a las sociedades mercantiles, entidades empresariales, fundaciones y consorcios del sector local.

La LRT ha sido de compleja interpretación y su aplicación está siendo no precisamente fácil. A ello vino a ayudar, con la presunta voluntad de «orientar» las denominadas «Orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública» (en lo sucesivo, OSEFP), emitidas por la Dirección General de la Función Pública el 1 de abril de 2022, no publicadas en ningún boletín y cuyo valor jurídico es más que cuestionable, e incluso reproducible.

Luego, también las Administraciones autonómicas han aprobado algunas normas específicas, para su personal sanitario y educativo —en especial— pero en algún caso también para sus entidades locales, destacando en ese sentido el Decreto-ley 6/2022, de 13 de junio, de reducción de la temporalidad en las Administraciones de las Islas Baleares, normativa de gran interés pues profundiza en muchos detalles que la LRT no incorpora. Posiblemente los tres elementos menos conflictivos ha sido el marco temporal: aprobación y publicación de las OEPE con anterioridad al 1 de junio de 2022, aprobación y publicación de las convocatorias a más tardar el 31 de diciembre y finalización de los procesos selectivos a 31 de diciembre de 2024, como fecha más tardía.

En todo caso, siempre hemos manifestado que la LRT asume algunas fortalezas aunque está repleta de debilidades y de un marco de inseguridad jurídica, en especial en cuanto a la colisión directa o indirecta con los principios de igualdad, mérito y capacidad³. El hecho mismo que muchas estadísticas acrediten que finalizados ya algunos procesos selectivos, el 90 por 100 o más de los que los superan son empleados propios y en que la incorporación de ciudadanos ajenos es mínima o exigua, acredita que está siendo una ley de recorrido corto, para solventar un problema actual pero sin una voluntad futura de reconducir la situación futura, más allá de algunas normas sobre la compensación económico a otorgar a quien no superen el proceso de estabilización o bien se superen los plazos máximos previstos en la DA 17 EBEP⁴.

³ X. BOLTAINA BOSCH, «Un análisis DAFO de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades», *Temas Laborales*, núm. 162, pp. 55-99.

⁴ *In extenso*, al respecto, *vid.* nuestro análisis en X. BOLTAINA BOSCH, *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal*, Bomarzo, pp. 139-142.

3. LA DIFICULTAD DEFINITORIA DE LAS PLAZAS ESTRUCTURALES

Del análisis de las OEPE, se deriva una clara dificultad en muchas entidades locales para clarificar que plazas son o no son estructurales. La LRT, en su art. 2 y en otros preceptos y sus disposiciones adicionales permite una «tasa adicional» de estabilización para las plazas de «naturaleza estructural». Por consiguiente, quedaban excluidas las plazas no estructurales. La cuestión está en que la LRT no definió el concepto y a ello vino a ayudar las OSEFP, pero no necesariamente con acierto en todos los supuestos.

En primer término, la estructuralidad no se ha vinculado a la existencia de las plazas en la plantilla o relación de puestos de trabajo de cada entidad local. Por consiguiente, la LRT ha permitido aflorar plazas que no estaban formalmente recogidas en los instrumentos de gestión de cada entidad local. Se trata de un supuesto excepcional que pretende resolver los problemas del presente, pero su aplicación no ha sido fácil. Algunos elementos, sin embargo, han servido para lograr un cierto consenso al respecto⁵:

a) Plazas estructurales son las que implican funciones recurrentes que se integran en la actividad ordinaria y del normal funcionamiento de la Administración. Esto es, las que se derivan de competencias propias de cada entidad local afectada, pero como tal descripción resulta insuficiente, si bien puede considerarse el primer escalón.

b) Debían incluirse también actividades que no son las propias de las competencias de cada entidad local. Muchos ayuntamientos y diputaciones provinciales han asumido actividades, funciones y competencias que no siendo propias, han acabado siendo recurrentes. Son servicios o actividades que se prestan durante un largo periodo y también proyectos o programas que van más allá de un cierto periodo temporal.

c) El quid de la cuestión es fijar ese «periodo temporal», la línea divisoria entre la estructuralidad y lo que no es. Por lo general, si se analizan las normas laborales y de función pública y también la jurisprudencia, la horquilla se sitúa entre los tres y cinco años. Prueba de ello es que tras la LRT, el art. 20 EBEP señala que los funcionarios interinos en plaza vacante no pueden superar los tres años en ese estado de pendencia; tampoco los nombramientos vinculados a programas de actuación administrativa temporal no pueden superar los tres —o como máximo, los cuatro— años.

El tiempo sirve para poder definir la estructuralidad y la superación de esos periodos, ya de por sí inusualmente largos, crean un «halo de concepto» que aunque no es preciso o matemático, permite crear el concepto de «interino de larga duración» o «interino estable»⁶.

Por ello hemos defendido que una actividad ejercida durante tres, cuatro o cinco años, aunque sea ajena a la actividad propia de la entidad local o de las empresa, entidad,

⁵ V. LOSA MUÑOZ, «Análisis y propuestas para la identificación de plazas objeto de procesos especiales de estabilización y su instrumentalización», *El Consultor*, núm. extra 2, pp. 65-77.

⁶ Al respecto, como compendio de esta doctrina, *vid.* la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 3 de Murcia, de 19 de junio de 2020 (núm. 94/2020).

fundación o consorcio público (DA 7.^a LRT) debe considerar integrada en el concepto de estructuralidad.

4. PLAZAS CON PERFIL PROPIO: PERSONAL A TIEMPO PARCIAL, PERSONAL FIJO DISCONTINUO Y TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS

Respecto a estas tres posibilidades, lo cierto es que podemos establecer un supuesto en donde la estabilización es perfectamente posible (trabajo a tiempo parcial), una en donde es factible pero sólo en el ámbito laboral (fijos discontinuos) y finalmente la complejidad jurídica de los trabajadores indefinidos no fijos (en lo sucesivo, TINF). Ha sido un elemento especialmente conflictivo cuando se ha trata de la estabilización de este último colectivo.

En primer término, son perfectamente viables las plazas estructurales en régimen laboral y funcionarial a tiempo parcial. Tras el EBEP de 2007 (art. 47), se ha superado la restricción del funcionario a tiempo parcial. Por consiguiente, no hemos detectado dudas al respecto y así se han incluido en las OEPE y las convocatorias respectivas.

Mayor complejidad ha supuesto la estabilización del trabajo fijo discontinuo. Previsto en el art. 16 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) e incentivado tras la reforma laboral (Real Decreto-ley 32/2021) también incluso para la Administración (DA 4.^a del Real Decreto-ley), parece que tras la supresión del contrato de obra o servicio determinado, es la mejor opción para las entidades locales. No obstante, a nuestro parecer, si bien es factible la estabilización como personal laboral, no existe figura prevista para el funcionariado. Ello no supone que pudiera ser factible mediante una reforma legal, pero en el momento presente, con el EBEP en su redacción literal, no hay margen de maniobra para nombrar funcionarios de carrera discontinuos.

Finalmente, debemos considerar la especial circunstancia de los TINF. Se trata de una figura de creación jurisprudencial —a partir de 1996 y muy especialmente desde 1998— que supone el resultado de un conflicto entre normas constitucionales, administrativas y laborales. BELTRÁN DE HEREDIA define a los TINF como una figura de «gran plasticidad», un «concepto líquido» propio de la «física cuántica» trasladada al ámbito de las relaciones laborales⁷.

El debate se ha centrado sobre si los procesos de estabilización son el cauce adecuado para solucionar la figura de los TINF, existentes en una proporción muy elevada en la Administración local y en las entidades descritas en la DA 7.^a LRT.

Podemos establecer las siguientes formas de creación de un TINF, en base a la normativa actual: a) el trabajador indefinido no fijo «sobrevenido» por algunas de las

⁷ I. BELTRÁN DE HEREDIA, *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021.

circunstancias derivadas de la irregularidad en la contratación temporal; *b)* por la existencia de contratos administrativos de servicios en fraude de ley con personas físicas o sociedades unipersonales; *c)* por concatenación de contratos temporales ajustados a la ley⁸; *d)* por cesión ilegal⁹, y *e)* por ser interinos en plaza vacante que han superado los tres años en base a la nueva jurisprudencia del TS, a partir de la STS de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019). A ello se puede añadir que la jurisprudencia fija un matiz entre el indefinido no fijo por una irregularidad en la forma de selección y en donde no aconteció, de tal forma que si un aspirante superó pruebas de acceso en base a los principios legales pero no obtuvo plaza, debe distinguirse entre si era para una plaza fija o bien temporal¹⁰.

Con toda cautela posible, creemos necesario determinar algunos elementos concretos, teniendo presente que la jurisprudencia derivada de la LRT puede contradecirlos y que a 2023 se está a la espera de determinadas cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE que podrían romper cualquiera de las dinámicas estabilizadoras derivadas de la Ley de 2021.

a) En primer lugar, el TINF puede ser un empleado laboral que tenga reconocida esta condición por una sentencia judicial firme, por un proceso de auto declaración o aceptación administrativa de la Administración local efectuada en su momento o incluso por un acta de la inspección de trabajo. Por consiguiente, y sin perjuicio de lo que señalaremos, nos hallaríamos ante un trabajador indefinido no fijo declarado como tal por alguna autoridad.

b) Por el contrario, es posible que en las Administraciones públicas y entidades de la DA 7.^a LRT exista trabajadores indefinidos no fijos *de facto*, pero no declarados *de iure*. Esto es, trabajadores que la propia organización pública es conocedora de esta condición —por cesión ilegal, contratos en fraude de ley, concatenación de contratos temporales superando el máximo legal del art. 15.5 ET, contratos temporales que han superado, *per se*, el tiempo máximo de duración, etc.—, pero que formalmente constan como trabajadores temporales porque ninguna autoridad o persona ha planteado esta irregularidad.

A la vista de ello, hemos acreditado que en las entidades locales se ha optado por dos fórmulas al aprobar sus OEPE y convocatorias respectivas.

En el supuesto de que no ha habido una declaración formal de indefinido no fijo y hay una apariencia de temporalidad, el proceso de estabilización debe hacerse sobre la base de que el empleado temporal ocupa una plaza que cumple los requisitos que prevé el art. 2.1 LRT y se dan las circunstancias del art. 2.4 y la DA 6.^a, o bien se incurre en los requisitos de la DA 8.^a

⁸ SSTS de 3 de diciembre de 2013 (rec. 816/2013) y de 22 de julio de 2015 (rec. 1380/2012).

⁹ Con muchas sentencias del TS, entre otras, SSTS de 23 de noviembre de 2016 (rec. 91/2016) y de 21 de febrero de 2017 (rec. 2720/2015). Entre las más recientes, STS de 18 de mayo de 2021 (rec. 646/2019).

¹⁰ STS de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2337/2020).

Para el caso de hallarnos ante un trabajador indefinido no fijo, consideramos que debemos distinguir cual ha sido la fórmula de esta declaración, pues el régimen jurídico es distinto o, cuanto menos, origina dudas importantes.

En primer término, la normativa vigente a 2023 no permite la declaración de indefinido no fijo salvo que sea a través de sentencia judicial, cuanto menos desde 2017. Ello ya se previó en la aún vigente DA 43 de la Ley 6/2018 —y con anterioridad, en la Ley de presupuestos 3/2017—, según la cual las Administraciones públicas y las entidades del sector público instrumental «no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva», siendo la única vía una sentencia judicial, que se une a la afirmación de la misma disposición adicional según la cual los órganos de personal en cada Administración o entidad del sector público instrumental «serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo».

En este caso, hemos de entender, sin embargo, que si se dan las circunstancias previstas en la LRT, esta plaza debió insertarse en las opciones de estabilización, pues el hecho de ser indefinido no fijo por una decisión previa a 2017/2018 no debe producir un perjuicio al trabajador afectado. En consecuencia, debían haberse incluido en el proceso de estabilización.

En cuanto a los trabajadores indefinidos no fijos fruto de una sentencia judicial, el criterio 1.5 OSEFP establece que los procesos de estabilización «podrán» incluir «las plazas ocupadas por personas que hayan sido declaradas como personal indefinido no fijo por sentencia judicial», siempre que cumplan las características de plazas estructurales, de ocupación ininterrumpida y «cumplan con la necesaria naturaleza temporal», afirmación esta última que es contradictoria con la propia ley, pues se trata de plaza no temporal lo que se convoca.

A nuestro entender, la declaración de indefinido no fijo por sentencia judicial no añade una posibilidad indubitada de estabilización. Será preciso cumplir también los requisitos de la LRT y en concreto, sea cual sea la fecha de la sentencia, deberá articularse según uno de los procedimientos que fija la ley, de antigüedad según el art. 2 o las DDAA 6.^a u 8.^a

Debe recordarse que, en todo caso, si no se cumplen los requisitos temporales de la LRT, la posibilidad de incorporar las plazas a una OPE ordinaria está prevista por la ley para el 2023 en el art. 20.tres.4.c) de la Ley 31/2022 de presupuestos estatales para el 2023: «No computarán para la tasa de reposición y, por tanto, no se tendrán en cuenta para su cálculo: [...] c) las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial» y sin perjuicio de la previsión, excepcional y única para el 2023, según la cual cada Administración podrá autorizar «con carácter extraordinario, una tasa específica que sea necesaria para dar cumplimiento del objetivo» previsto en la LRT, «de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 por 100 de las plazas

de naturaleza estructural en cada uno de sus ámbitos, siempre que venga justificado» mediante un instrumento de planificación plurianual, que sin indicarse debemos deducir que será un instrumento aprobado para los años 2023 y 2024 (art. 20.dos.4 de la Ley 31/2022).

5. EL CONCURSO OPOSICIÓN EN LA LRT. SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL: ART. 2

Como hemos señalado, la LRT trae su origen del Real Decreto-ley 14/2021, que tuvo un breve y escasamente fructífero recorrido. En esta norma aprobada por el Gobierno central y convalidada por la mínima el 21 de julio del 2021, sólo había establecido un proceso selectivo de estabilización: el concurso oposición. En este sentido, los negociadores del Acuerdo de 5 de julio (Administración y sindicatos CCOO, UGT y C-SIF) habían optado por un modelo relativamente prudente: un sistema de concurso-oposición en que los aspirantes interinos y temporales tuvieran unas opciones mucho mayores que un ciudadano externo a la Administración convocante, pero sin excluirlos de manera radical y tajante.

Incluso en ese momento, las críticas fueron muchas, pues se rompían algunos elementos del sistema del concurso-oposición: el carácter eliminatorio de las pruebas de la oposición —criticado por los interinos— y el hecho que *ex lege* se impusiera que esta fase de concurso fuera del 40 por 100 de la puntuación total y que se valorara «mayoritariamente» la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente, que fue objeto de crítica por los aspirantes externos o sin experiencia en la Administración convocante.

Por ello si bien la fórmula principal de estabilización es el concurso-oposición del art. 2.4, en la práctica las dos disposiciones adicionales citadas son, en la práctica, la fórmula que está siendo empleada mayoritariamente en las OEPE, en proporciones preocupantes desde el punto de vista de su naturaleza constitucional: ocho de cada diez plazas convocadas, como promedio, son por concurso de méritos. En muchas OEPE exclusivamente todas las plazas que se convocan son por concurso, especialmente en pequeñas y medianas entidades locales, pero también en grandes corporaciones y por supuesto, en el ámbito autonómico.

5.1. Naturaleza y estructura del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021

Con una definición general, el art. 2.4, primer párrafo, señala que los procesos selectivos —hemos de entender que todos, los del art. 2 y los de las DA 6.^a y 8.^a— son procesos de libre concurrencia. Los procesos restringidos, salvo excepciones muy tasadas, están prohibidos en el sistema de empleo público español. Prohibición de procesos literalmente restringidos —esto es, los que así se configuran al indicar *ex professo* que grupo

de individuos pueden participar excluyendo a todos los demás— pero también aquellos que lo son indirectamente, cuando imponen condiciones no objetivas para participar o bien fijan una valoración de méritos inasumibles por parte de los aspirantes externos, lo cual está siendo una práctica muy común en las convocatorias aprobadas en 2022 en el ámbito local.

Pero como *excusatio non petita* a la vista de la articulación de los sistemas de la LRT, esta señala que estos procesos deben garantizar, en todo caso, «el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad» (art. 2.4, primer párrafo). Cuestión distinta es que la igualdad y el mérito y la capacidad puedan quebrar, como luego analizaremos.

A diferencia de la DT 4.^a EBEP de «consolidación» del empleo temporal y de los procesos de estabilización del art. 19.uno.6 de la Ley 3/2017 y del art. 19.uno.9 de la Ley 6/20218, que no establecían un porcentaje modulado entre la fase de concurso y de oposición, en el art. 2.4 sí se opta por fijar una estructura de valoración que, a nuestro entender, es prescriptiva. En concreto:

a) El sistema de selección es el concurso-oposición cuando se trate de plazas estructurales que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020 —esto es, como mínimo, en el periodo 2018-2019—.

b) El sistema decae —aunque no se plantee así en la ley, pero se deduce sin duda de la misma— si esta duración en la ocupación incurre en los supuestos de las DDAA 6.^a y 8.^a de la norma legal, si bien ello debe matizarse en función de la interpretación que se está dando a estas disposiciones, por cuanto parece más que se estabilizan personas —en el caso de la DA 8.^a— y no plazas, vista la propia literalidad de las OSEFP.

c) El concurso-oposición tendrá una fase de concurso que supondrá un 40 por 100 de la puntuación total del concurso-oposición. A nuestro entender, ni más ni menos, pues los términos de la norma no parecen establecer un carácter potestativo.

d) No se fija un escalado de méritos en esta fase, pero si se señala que en este 40 por 100, «se tendrá» —esto es, no indica que «se podrá»— «en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate».

e) Siguiendo el modelo del Real Decreto-ley 14/2021 y siendo uno de los elementos que se apunta que será de los más conflictivos en la aplicación, se permite, potestativamente, que «pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición».

f) Todo este procedimiento se hace al amparo de la negociación colectiva, lo cual complica más los límites reales de la misma: la estructura expuesta del sistema de concurso-oposición, lo será «en el marco de la negociación colectiva establecida en el art. 37.1.c)» del EBEP.

5.2. Análisis específicos de los elementos configuradores del concurso-oposición del art. 2.4 de la Ley 20/2021

El art. 2.4 LRT ha venido a confirmar la opción inicial del Real Decreto-ley 14/2021, si bien a nuestro entender lo que era el principal —o mejor dicho— único sistema selectivo del real decreto-ley, en la LRT se ha convertido en casi subsidiario, al reducir la opción por el concurso-oposición, con lo siguientes rasgos fundamentales:

a) Son procesos de libre participación, si bien pueden incorporar medidas de discriminación positiva, que deben entenderse como aquellas que favorecen al personal temporal, aunque con esta terminología no la acoge el EBEP.

b) Los requisitos de participación del EBEP se predicen también en el concurso-oposición, ya analizados con anterioridad —edad, titulación, capacidad funcional, etc.—, si bien es posible incorporar requisitos específicos que en todo caso deben ser objetivos y razonados, como sucede también en los procesos ordinarios —algunas titulaciones profesionales específicas para el ejercicio profesional, requisitos físicos, etc.—.

c) Las bases de las convocatorias deben cumplir el contenido del art. 55.2 EBEP, pues este precepto está íntimamente ligado con el derecho fundamental del art. 23.2 de la Constitución (CE) —o, para el supuesto del personal laboral, art. 14 CE—: publicidad de las bases y la convocatoria, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica de estos órganos, adecuación entre el contenido de los procesos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, que no puede ser contradictoria con la objetividad.

d) El alcance o valor de la fase de méritos, que a nuestro juicio no casa en la LRT con el art. 61.3 EBEP. En este precepto se señala que la valoración de los méritos debe ser proporcional y «no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo».

Esta afirmación era estéril ya en el EBEP, pues sea cual sea la fase de méritos, incluso aunque sea limitada y muy reducida y dentro de los límites de la constitucionalidad, puede determinar el resultado. Sólo puede interpretarse coherentemente el art. 61.3 EBEP en el sentido de que, siendo determinante, no tenga tanto peso que con independencia de la fase de oposición, la de concurso asuma tan preponderancia que no importe el resultado de las pruebas que componen la oposición. Pero la expresión del EBEP es equívoca y fruto de una mala redacción.

Si esta es la interpretación que puede darse coherentemente al art. 61.3 EBEP —un concurso de méritos que relegue a la nada las opciones de los aspirantes externos—, lo cierto es que con el art. 2.4 LRT se hace añicos esta regla o, posiblemente, permitirá quebrar el sistema según sean las bases de las convocatorias. Ciertamente es que al ser el EBEP y la Ley 20/2021 dos normas de rango legal y siendo esta última posterior a la primera, no podemos considerar que el EBEP obligue o determine el contenido de la segunda, por lo que *per se*, no es contrario a ningún principio legal, pero sí posiblemente a principios constitucionales.

A nadie le cabe duda que una fase de méritos obligatoria del 40 por 100 —ni más, pero tampoco menos— en donde mayoritariamente se valorarán los servicios prestados en funciones iguales o equivalentes a la plaza convocada determinará en la gran mayoría el resultado. CAMPOS DAROCA y ZAFRA MATA (2022: 103), pese a su posición favorable de que debe respetarse el art. 61.3 EBEP son conscientes de que aquí se centrará la discusión futura de las convocatorias que sean impugnadas.

e) El proceso selectivo por concurso-oposición podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales, en nuestro supuesto el local, tal como dispone el art. 2.4 LRT. Un sector significativo de la doctrina¹¹ considera que el margen es escaso ya que no es posible negociar la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios y órganos de procedimiento de acceso al empleo público y sólo se podrá negociar las normas que fijen los criterios generales [arts. 37.2.e) y 37.1.c) EBEP].

Los elementos fundamentales que hemos detectado en el ámbito local en cuanto a la negociación en el ámbito del concurso-oposición del art. 2.4 son los siguientes:

— No será posible la negociación de la regulación y determinación concreta del sistema selectivo. En el supuesto del art. 2.1, corresponderá a la fórmula del art. 2.4 LRT.

— En cuanto a los criterios y órganos de procedimiento de selección, ellos también quedan excluidos del ámbito negociador, en base al art. 37.2.e) EBEP.

De hecho, el elemento más importante —pese a su carácter ambiguo e indeterminado— es la previsión del art. 37.1.c) EBEP que indica que la negociación recaerá sobre «las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso», por lo que la especialidad que incorpora la LRT es la negociación de «la articulación» del proceso de concurso-oposición¹².

No obstante, la teorización sobre la negociación colectiva es, a nuestro entender, muy relativa: la presión de las organizaciones sindicales se está demostrando enorme a lo largo de 2022 y 2023 en el ámbito local, las bases de las convocatorias incorporan criterios abiertamente contrarios a los principios de igualdad así como devalúan el mérito y la capacidad de los aspirantes externos y acontece, en muchos supuestos un ninguneo tal a los principios constitucionales que en algunos supuestos se impide participar a ciudadanos que ostenten ya la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo de otras Administraciones con funciones y actividades similares a las que se convoca, a fin de evitar una real competencia en el proceso de estabilización.

5.3. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 de la Ley 20/2021

Estrictamente, el art. 2.4 LRT explicita un elemento importante de la oposición que la singulariza del modelo ordinario previsto en el EBEP y normativa de desarrollo.

¹¹ J. M. CAMPOS DAROCA en J. M. CAMPOS DAROCA y D. ZAFRA MATA, *Consolidación y estabilización del empleo temporal. Ley 20/2021 de medidas urgentes para la reducción del atemoralidad en el empleo público*, El Consultor/Wolters Kluwer, 2022, p. 104.

¹² CAMPOS DAROCA, 2022: 104.

En concreto, el sistema de selección por concurso-oposición podrá («pudiendo») fijar que no sean «eliminatórios los ejercicios en la fase de oposición». Esto es, pueden o no pueden, lo que dependerá de cada Administración local y de las bases que apruebe. Ello se concretará en el marco de la negociación colectiva prevista en el art. 37.1.c) EBEP. La expresión es ambigua porque puede dar pie según el supuesto a que toda la fase de oposición pueda no ser eliminatória.

Respecto de ello, a nuestro entender los elementos a tener en cuenta en una interpretación coherente del precepto pasarían por las siguientes consideraciones:

a) La LRT incorpora una distinción importante respecto del art. 19.uno.6 de la Ley 3/2017 y art. 19.uno.9 de la Ley 6/2018: el procedimiento del art. 2.4 es obligatorio y no optativo. Y aunque todos los procesos de estabilización de las leyes citadas se han articulado, en la práctica, como concurso-oposición, ello no estaba expresamente previsto ni en las dos leyes. Sólo en la DT 4.^a y ahora en la LRT se hace una referencia expresa y obligatoria al concurso-oposición¹³.

b) El establecimiento de un criterio en virtud del cual los ejercicios de la fase de oposición no sean eliminatórios es una previsión novedosa de la LRT, que se puede concretar en cada Administración local en base a la negociación colectiva.

c) No es fácil la interpretación teórica de este precepto, sin perjuicio de como se ha articulado en la práctica en las bases de las convocatorias que se han aprobado durante el 2022 y se están ejecutando en 2023.

En primer término, el EBEP no señala que es posible continuar en el proceso selectivo sin haber superado la fase de oposición, lo cual podría ser inconstitucional.

La interpretación más coherente con el principio de capacidad es que debe superarse la nota mínima de la fase de oposición, pero no necesariamente todos y cada uno de los ejercicios, lo que implicaría que la nota más baja de uno puede compensarse con otro u otros, para que el resultado final sea superior al «5» sobre «10» —para fijar una fórmula plástica de expresarlo—, lo que no ha impedido que haya convocatorias que no exijan ninguna puntuación mínima¹⁴.

No compartimos las opiniones —y las bases de convocatoria— según las cuales el art. 2.4 LRT permite superar la fase de oposición sin alcanzar la nota mínima que se considera la acreditación de la capacidad a un nivel mínimo —el referido «5» sobre «10»—. Alcanzar un acuerdo en este sentido, sin embargo, requerirá que haya más de un ejercicio, cuanto menos dos, aunque se realicen en el mismo día. Si sólo hay un ejercicio, no es posible dar por superado el mismo si no se alcanza la nota mínima fijada en las bases.

¹³ Para un análisis sobre la superposición entre la LRT y las Leyes de 2017 y 2018 con procesos de estabilización aprobados y/o en marcha, *vid.* nuestro análisis en BOLTAINA BOSCH, 2022c: 143-146.

¹⁴ El Acuerdo sobre el desarrollo de los procesos de estabilización del empleo temporal de la Diputación de Granada de 27 de febrero de 2020, aprobado por Decreto de 29 de abril de 2022, fija que «las pruebas de la fase de oposición no tendrán carácter eliminatório y serán acumuladas en un mismo ejercicio» [base 3.2.b)], BOP de Granada de 17 de mayo de 2022.

Un sector de la doctrina¹⁵ es especialmente clara al cuando señala que la voluntad de todo ello es que se intenta facilitar al máximo el acceso a la fijeza del personal interino o temporal pero como bien afirma la profesora CANTERO MARTÍNEZ¹⁶ ello nos traslada a las fronteras del «efecto mochila», que permite al personal interino compensar sus bajas calificaciones y su disminuida acreditación de capacidad en alguna de las pruebas de oposición para poder llegar a la fase de concurso y sumar los méritos de antigüedad, un «efecto» declarado inconstitucional¹⁷ y que, todo hay que decirlo, uno de los elementos más críticos del art. 2.4 LRT.

A nuestro juicio, la constitucionalidad de la medida pasa por el cumplimiento de tres requisitos que deben constar fehacientemente en las bases¹⁸:

1.º Que haya más de un ejercicio —como mínimo dos—, para que se pueda compensar uno con otro. No compartimos el criterio de las OSEFP según la cual «los ejercicios en la fase de oposición podrán no ser eliminatorios», pues ello es tanto como señalar que la fase de oposición en sí misma no lo sea tampoco, pues se produce el referido «efecto mochila».

2.º Si hay dos o más ejercicios, debe establecerse cuál es la puntuación mínima que hay que obtener en cada ejercicio para, aun no superándolo, sea posible la compensación con otros ejercicios. A nuestro entender, no es factible superar un ejercicio con una valoración de cero puntos o con una puntuación tan baja que realmente no se acredita la capacidad mínima demostrable, aunque sea defectuosa.

3.º Debe fijarse la puntuación directa mínima final de la fase de oposición en base a la cual se entiende superada [Orientación 3.4.1 (i) OSEFP].

Por ello, consideramos que la ley autoriza a que puedan no superarse algún —o algunos— ejercicios pero no está permitiendo la no superación de la fase de oposición, al menos a nuestro entender.

Cuestión distinta es que la nota de corte se sitúe en una frontera inferior a «5»: ¿es válido constitucionalmente? A nuestro entender todo dependerá de la influencia final que tendrá la fase de concurso para aquellos que superan la oposición con una nota media inferior al «5» e igualmente donde se sitúa esa «nota de corte», pero desde un punto de vista de la valoración de la capacidad, no parece que sea factible establecer estas «notas de corte» en una puntuación que desvirtúe completamente la fase de oposición y permita decidir los resultados en base a los méritos, y aún más cuando las bases aprobadas y los propios criterios de SEFP sólo desean valorar méritos de los interinos de la propia Administración convocante.

¹⁵ CAMPOS DAROCA, 2022: 106.

¹⁶ J. CANTERO MARTÍNEZ, «Los procesos de estabilización en la Administración local», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 15, 2022, p. 167.

¹⁷ El «efecto mochila» acoge una expresión empleada por el propio TC al analizar en su momento el proceso de selección de la Junta de Extremadura, al constituir su función pública propia. *Vid.*, al respecto, STC 67/1989, FJ 5.º Luego, con posterioridad, SSTs 93/1995 o 11/1996.

¹⁸ X. BOLTAINA BOSCH, «La función pública local tras la ley 20/2021 de reducción de la temporalidad. El empleo público temporal en el sector público local y los procesos de estabilización», *Colección Temas de Administración Local*, núm. 117, CEMCI-Diputación de Granada.

Según nuestro parecer, consideramos que tomando en cuenta todo el contenido del art. 2.4 LRT, no sería constitucional establecer una nota media por debajo del referido «5», pues indirectamente beneficia a todos los aspirantes —también los externos— pero los perjudica gravemente por ser casi imposible luego competir en pie de igualdad en la fase de méritos.

d) Tampoco hay regulación alguna en la LRT sobre el contenido de la fase de oposición, a diferencia de la DT 4.^a EBEP. En esta sí se indica que el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los «puestos» objeto de cada convocatoria. Por ello, a nuestro entender, el art. 2.4 LRT debe interpretarse cohonestadamente con el art. 61.2 EBEP que fija que los procedimientos de selección deberán cuidar la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos convocados.

e) La clave está en determinar si estas pruebas de la fase de oposición deben ser iguales a las del turno libre. No se especifica en la LRT. CAMPOS DAROCA¹⁹ considera que nada impide unas pruebas diferentes, dado que la capacidad a evaluar ha de adaptarse o modularse en función de que se trata de un proceso de estabilización.

5.4. La fase de oposición del procedimiento del art. 2.4 LRT: análisis de la aplicación práctica en las bases de las convocatorias

La publicación de una ingente cantidad de OEPE y de las bases correspondientes hace imposible unificar criterios ni destacar, tan sólo, aquellas que han sido elaboradas en base a criterios de coherencia, sensatez, adecuación a la LRT y a la CE —han sido las menos—, en base a un razonable objetivo de estabilizar el empleo temporal pero también respetar los mínimos imprescindibles de igualdad, mérito y capacidad.

Por lo demás, se acredita que durante el año 2022 y los primeros meses de 2023, la opción general ha sido iniciar la estabilización por los procesos de las DDAA 6.^a y 8.^a, quizá por ser las más fáciles de articular, dejándose para una segunda fase el concurso-oposición, con la voluntad incluso de poder recuperar los que no superen el concurso de méritos²⁰.

No obstante, se pueden localizar convocatorias en que se exige una nota de «5» en la superación de la fase de oposición —o su equivalente sobre el total de la valoración—²¹; igualmente procesos en que se diluye la oposición a una capacidad exigible muy limi-

¹⁹ CAMPOS DAROCA, 2022: 107.

²⁰ Este criterio supone un proceso escalonado: primero el concurso de méritos, luego el concurso-oposición —ambos por estabilización— y finalmente, los procesos ordinarios derivados de la tasa de reposición de efectivos del 2022 y 2023.

²¹ Así, concurso-oposición para cubrir 97 plazas laborales de peón del Ayuntamiento de Sevilla (*BOP* de Sevilla de 11 de febrero de 2021), aunque instituye que la fase posterior de méritos alcanzará el 42,43 por 100 de la puntuación total.

tada²², o la división en un ejercicio práctico y un ejercicio tipo test con criterios de capacidad muy diluidos²³ o incluso que en ningún caso la oposición tendrá carácter eliminatorio.

Tampoco es extraño localizar convocatorias en que las preguntas y respuestas tipo test están expuestas al público con anterioridad y en la oposición se plantean a los aspirantes un grupo de ellas, facilitando al máximo los contenidos y las respuestas, como es el supuesto de los procesos impulsados por la Administración de Euskadi y sus OOAA²⁴.

La conclusión general es que acontece un debilitamiento claro y explícito de la fase de oposición, disminuyendo la acreditación de la capacidad. Muy lejos, por supuesto del criterio jurisprudencial según el cual «el efecto útil de una prueba o ejercicio de un proceso selectivo es que se demuestre una aptitud y un nivel mínimo evaluado o cuantificado [...]». La finalidad de la convocatoria es cubrir plazas vacantes y hacerlo con los que demuestren capacitación y mérito en el procedimiento selectivo, sin que la finalidad sea garantizar la consolidación en todo caso, ya que ello haría inútiles y superfluas las pruebas y tribunales calificadoros²⁵. Una rotundidad del TS bien alejada de la realidad de las convocatorias de estabilización aprobadas durante el 2022 y en trámite de ejecución en el 2023.

5.5. La fase de méritos en el procedimiento del art. 2.4 LRT

De conformidad con el art. 2.4 LRT, la fase de concurso tendrá una valoración de un 40 por 100 sobre la puntuación total. Por tanto, la proporción 6/4 en todo el proceso deja a la fase de concurso en absoluta superioridad a la hora de establecer el resultado de la estabilización, aunque en el fondo todo dependerá —o debiera depender— de cómo se articulan estos méritos.

En todo caso, los elementos más destacables de esta fase de concurso son los siguientes:

a) La fase, tal como hemos expuesto, se sitúa en el 40 por 100 de la puntuación total. Por consiguiente, si la puntuación total asumible es de cien, se podrá obtener hasta

²² El Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón indica que la fase de oposición «consistirá en un ejercicio eminentemente práctico, que versará sobre el contenido del puesto correspondiente a la plaza que se convoca» (Bases generales expediente SEL/2022/69).

²³ La Diputación de Granada fija un ejercicio práctico que se elaborará de entre ocho propuestos por el órgano de selección, órgano que propondrá dos supuestos alternativos para cada bloque de materias específicas; un ejercicio tipo test sobre conocimientos teóricos sin que las preguntas erróneas o en blanco computen negativamente (*BOP* de Granada de 17 de mayo de 2022, p. 47).

²⁴ Así, «las preguntas serán extraídas del conjunto de preguntas publicadas en el Portal del Empleo Público»; este Portal también informará para orientar a los aspirantes sobre los temarios desarrollados para acceder al cuerpo administrativo, auxiliar y agrupaciones profesionales; publicar el desarrollo de la parte general del temario para los grupos A y B. Una batería de preguntas de la parte general de los grupos A y B, y sobre el contenido total del temario en el resto de grupos (*BO País Vasco* de 23 de mayo de 2022, p. 22).

²⁵ STS (c/a) de 20 de febrero de 2019. Cit. por CANTERO MARTÍNEZ, 2022: 168.

cuarenta puntos como máximo. Las bases obligatoriamente deberán incorporar un 40 por 100, ni más ni menos (6/4).

b) En esta fase se tendrá en cuenta, mayoritariamente, la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate.

No se fija una posibilidad, sino que es una prescripción: «Una valoración en la fase de concurso de un 40 por 100 de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia». No hay opción a un porcentaje inferior, por supuesto tampoco mayor, ni tampoco se puede plantear que la experiencia no se valore de forma no mayoritaria.

Cuestión más compleja es que se entiende por «mayoritariamente»: el 50,01 por 100 cumple el requisito, pero a partir de aquí es factible un porcentaje más elevado, sin que la LRT lo haya establecido, lo que dará pie, sin duda, a litigios sobre las convocatorias resultantes.

c) La doctrina ha afirmado que si sólo se establece un mérito y este es la experiencia, se dará un supuesto de proceso restringido²⁶. A nuestro entender, aunque se fijen dos o más méritos, si el carácter mayoritario se convierte en casi exclusivo, el proceso será igualmente restringido *de facto*.

d) Dadas estas previsiones, se rompe cualquier lógica en relación al art. 61.3 EBEP que señala —cabe recordarlo— que «la valoración de los méritos sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará en ningún caso por sí misma el resultado del proceso selectivo». Si en condiciones ordinarias los méritos siempre determinan el resultado, aún más en el art. 2.4 LRT, en donde los méritos son el 40 por 100 y en este porcentaje mayoritariamente son los de los servicios prestados, que vista la articulación de la mayoría de las bases de convocatorias y las OSEFP, pueden calificarse de abiertamente inconstitucionales.

e) Estos méritos deben concretarse en el «marco» de la negociación colectiva [art. 37.1.c) EBEP]. El resultado del análisis de las bases es que, con criterio casi unánime, las opciones para los aspirantes ajenos a cada Administración local convocante son —o serán— absolutamente ridículas.

No puede negarse que uno de los talones de Aquiles de cualquier proceso de consolidación/estabilización son los límites de la valoración de los méritos; al respecto debemos distinguir entre procesos ordinarios de selección y procesos de consolidación o estabilización, una diferencia que en muchos análisis doctrinales parece no tenerse en cuenta, pues lo que no está permitido en el primer supuesto sí se ha tolerado de manera excepcional y única en el segundo.

Igualmente, debemos distinguir entre el concurso en el procedimiento de concurso-oposición que el concurso «puro», pues en este supuesto la experiencia y los contenciosos judiciales son muy limitados, dado que hasta el EBEP prácticamente todos los procesos

²⁶ CAMPOS DAROCA, 2002: 104.

selectivos por concurso eran anulados y la forma de validar a este era extraordinariamente difícil. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha tratado en escasas ocasiones la valoración de méritos en el concurso, pero si en más ocasiones en el concurso-oposición.

Por ello, el debate está profundamente abierto en cuanto a la LRT, pues no sólo se trata de debatir sobre la constitucionalidad o no de la fórmula del concurso-oposición del art. 2.4 y del concurso de las DDAA 6.^a y 8.^a, sino también su aplicación práctica, ya que *per se*, no son fórmulas inconstitucionales, aunque si pueden serlo las bases que se aprueben o el uso extensivo que se lleve a cabo en el caso del concurso de méritos.

5.6. La estabilización en el ámbito local: medidas específicas

La DA 1.^a LRT fija tres reglas, de las cuales la más sustancial es la prevista en la DA 1.^a3. A nuestro juicio, los elementos a destacar son los siguientes:

a) En primer término se prevé que «los municipios» podrán encomendar a Administraciones supramunicipales la «gestión material de la selección de su personal» en relación a los procesos de estabilización. Entendemos que «municipio» incluye al ayuntamiento pero también a organismos autónomos dependientes de este y también la «galaxia» de entidades previstas en la DA 7.^a LRT. Una interpretación reduccionista iría en contra de la finalidad de la norma legal, pese a que la expresión «municipio» es desacertada en esta lógica. Se excluye de esta posibilidad de delegación a los municipios de gran población previstos en el Título X de la Ley de Bases de Régimen Local.

b) Lo que se encomienda es la «gestión material de la selección», una expresión también ambigua. A nuestro juicio, la competencia en exclusiva de aprobar la Oferta y las Bases corresponde a la entidad local, sin perjuicio de la ayuda y soporte técnico y jurídico que reciba de las entidades supramunicipales. *Strictu sensu*, la «gestión material» implica el proceso posterior a la aprobación de la Oferta y las bases de la convocatoria, que irá desde ese momento hasta la finalización.

c) Finalmente, la DA 1.^a3 prevé la excepción por esta vez de la aplicación de los arts. 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, de reglas básicas y programas mínimos sobre procesos selectivos en la Administración local en cuanto al personal funcionario.

En cuanto a esta última previsión, se trata de uno de los elementos más específicos únicamente aplicables a la Administración local. De hecho, esta podría ser una de las críticas más evidentes a la ley, por cuanto a lo largo de su redactado, apenas cita a las entidades locales que son, por lo demás, una de las grandes afectadas por la LRT. El marco aplicativo es el siguiente:

a) Los procesos de estabilización se regirán por el art. 2 LRT. Una declaración errónea, pues podría parecer que quedan excluidos de las DDAA 6.^a y 8.^a Sólo puede interpretarse esta expresión en base a que la DA 1.^a LRT trae causa del Real Decreto-

ley 14/2021 y se ha mantenido en el trámite parlamentario sin tener en cuenta que en este sí se han incorporado posteriormente como disposiciones adicionales.

b) Sigue vigente el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración local.

c) Dada la redacción de la DA 1.ªtercera, «no serán de aplicación a estos procesos lo dispuesto en los arts. 8 y 9 del Real Decreto 896/1991», la interpretación del precepto debe hacerse en conjunto. Por consiguiente, los restantes preceptos del Real Decreto sí se aplican, siempre y cuando no entren en contradicción con la LRT. La norma no lo explicita pero así debe deducirse de la afirmación inicial: «Los procesos de estabilización de empleo temporal en el ámbito local se regirán por lo dispuesto en el art. 2».

Es preciso, por tanto, profundizar en el alcance de esta excepción, que *ab initio* asume así dos reglas básicas, cuanto menos en nuestra interpretación:

a) El Real Decreto 896/1991 sigue vigente en toda su extensión para todos los procesos selectivos que se convoquen que no sean los incluidos en la LRT: los anteriores, los coetáneos y los que puedan convocarse en el futuro.

b) La excepción de los arts. 8 y 9 sólo se aplica a los procesos de estabilización de la LRT: los previstos en el art. 2 y también los derivados de las Leyes 3/2017 y 6/2018 que se hayan reconducido a la Ley 20/2021 en base al art. 2.1, segundo párrafo, gozan de esta excepción. Los restantes no, y aquí se incluye a los procesos de la DT 4.ª y los procesos de la Ley de 2017 y 2018 que no se hayan incorporado a la nueva Ley 20/2021.

Al respecto, vamos a analizar el alcance de esta excepción que prevé la norma y las posibilidades que se ofrecen al respecto, habida cuenta que esta inaplicación es relativa y no se extiende a todo el real decreto.

Como criterio general, la LRT lo que permite es inaplicar total o parcialmente los arts. 8 y 9 del Real Decreto, pero no impide, *a contrario sensu*, que se apliquen en parte o en todo. No obstante, el resultado práctico ha sido muy evidente: las negociaciones colectivas en el mundo local se han orientado a reducir de manera sustancial el número de programas mínimos y reconducir completamente las reglas de los referidos preceptos reglamentarios. Ahora bien, esta especie de «suspensión» de los arts. 8 y 9 puede ser modalizada en cada convocatoria en función de las circunstancias de la respectiva Corporación local.

5.6.1. La excepción de los ejercicios teóricos del art. 8 del Real Decreto 896/1991

Es evidente que la exención prevista no tiene el mismo alcance a todo el art. 8. En concreto:

a) La previsión de que los programas de los ejercicios teóricos de selección serán aprobados por cada Corporación continúa vigente (art. 8.1). Lo que queda exceptuada

es que estas bases contengan materias comunes y materias específicas en las proporciones que fija el real decreto.

b) Puede no aplicarse, total o parcialmente, los contenidos mínimos de los programas fijados en el art. 8.2. La quinta parte del temario sobre «materias comunes» ya no debe cumplirse y se deja a la negociación colectiva y/o decisión de la Administración local.

c) Igualmente, puede no aplicarse total o parcialmente el resto de los contenidos mínimos de cuatro quintas partes del temario sobre materias específicas, que «versarán sobre el contenido de las funciones y tareas atribuidas» a la escala, subescala, clase y categoría funcionarial, lo cual es difícil de explicar en términos de acreditar la capacidad.

d) Por supuesto, la previsión de que en las pruebas para acceder a la Escala de Administración General se fija que dos quintas partes de temas del programa serán sobre materias comunes y el resto sobre materias relacionadas con las funciones, también puede inaplicarse en todo o en parte.

e) En el acceso a la Escala de Administración especial, la obligatoriedad de que cuatro quintas partes de materias «permitan determinar la capacidad profesional de los aspirantes», también puede inaplicarse en todo o en parte, lo que nos lleva igualmente a un sinsentido en términos de acreditar la capacidad de los aspirantes.

f) No consideramos que el art. 8.3 del Real Decreto 896/1991 sea inaplicable, pese al redactado de la LRT, cuanto menos en el primer párrafo.

La afirmación de que «la extensión y profundidad de los programas se adecuará a los niveles de titulación exigidos y a la especialidad profesional de la correspondiente escala, subescala o clase de funcionarios» debe interpretarse adecuadamente. Se podrá reducir la «extensión» y la «profundidad» —más allá de las críticas que pueda darse a esta supresión— pero en modo alguno se podrá romper el criterio de «adecuación» a los niveles de titulación.

g) Lo que efectivamente puede darse por no aplicable es el número mínimo de temas del art. 8.3, segundo y tercer párrafo. La referida proporción de 90 temas —como mínimo— para el subgrupo A1, y así en descenso hasta los 10 temas de las «agrupaciones profesionales».

h) La previsión del art. 8.4 sigue siendo optativa: las corporaciones locales podrán adicionar los temas que consideren necesarios «para garantizar en todo caso la selección de los aspirantes más cualificado para el desempeño de las plazas convocadas». Pero dado que el objetivo declarado de la DA 3.^a LRT es reducir el número de temas a fijar en la fase de oposición del procedimiento del art. 2.4, lo cierto es que la aplicación o no del art. 8.4 del Real Decreto 896/1991, que ya era optativa, sigue siéndolo, sin mayor complejidad y será extraño localizar convocatorias en que se incorporen o, en todo caso, si se hace será a costa de los temas generales prefijados en el citado real decreto.

A nuestro juicio, el resultado final práctico de la DA 3.^a LRT es evitar que la fase de oposición incorpore el programa mínimo de temas y una distribución específica de estos temas según el contenido específico, tal como se establece en el real decreto. Por ello, es evidente que las convocatorias que se están aprobando se orientan a reducir al máximo los temas, lo que facilita superar la fase de oposición y en consecuencia, aunque también facilita la superación de la misma a los aspirantes externos, impide una competencia objetiva y real en la fase de méritos.

5.6.2. La excepción de los ejercicios prácticos del art. 9 del Real Decreto 896/1991

El art. 9 señala que las pruebas selectivas deben comprender pruebas prácticas. No lo fija como una posible alternativa sino que prevé que «las pruebas selectivas comprenderán, según la naturaleza y características de las plazas convocadas, uno o varios ejercicios prácticos», aunque no exclusivamente: también se abre a la posibilidad de tests psicotécnicos, redacción de informes y proyectos, soluciones de supuestos —debemos entender que prácticos—. También se refiere a un tipo de pruebas que posiblemente eran comprensibles en la década de los años noventa del pasado siglo pero ya no tanto ahora: mecanografía y tratamiento de textos.

Por lo demás, también permitía una cláusula abierta: la posibilidad de ejercicios o supuestos «y otros similares». En todo caso, estas pruebas prácticas deben tener como finalidad «juzgar la preparación de los aspirantes en relación a los puestos de trabajo a desempeñar».

En definitiva, consideramos que la DA 3.^a abre la puerta a las siguientes opciones para las corporaciones locales, en cuanto a la selección del personal funcionario, como lo acreditan las convocatorias consultadas aprobadas durante el año 2022:

- a) Un proceso de oposición que cumpla los requisitos, en todo o en parte, de los arts. 8 y 9.
- b) Un proceso de oposición que sólo conste de una parte teórica, con uno o diversos ejercicios, pero no constreñidos por las reglas imperativas del art. 8.
- c) Un proceso de oposición con un ejercicio práctico y ninguno de teórico.
- d) Un proceso de oposición que sea teórico y práctico, pero tampoco con reglas mínimas fijadas por el Estado.

6. EL CONCURSO DE MÉRITOS EN LA LRT. LAS DDAA 6.^a Y 8.^a

Sin duda la opción del concurso de méritos para estabilizar las plazas de personal temporal y de carácter estructural es el elemento más conflictivo de la LRT. El debate sobre el concurso de méritos para estabilizar plazas y el hecho de que la DA 8.^a, más que plazas se refiera a personas, ha dado pie a un agrio debate con posturas muy enfrentadas, desde quienes consideran que el modelo es plenamente inconstitucional a quienes lo

consideran insuficiente y no acorde con el Derecho europeo, exigiendo que la estabilización pase por una ausencia de proceso selectivo y una automática conversión del empleado en permanente.

Es necesario, por tanto, un estudio en detalle de esta opción, que en vista de las bases de las convocatorias publicadas durante el 2022 y que se están ejecutando en el momento presente y en el próximo año 2024, es prácticamente mayoritaria, en un porcentaje que oscila entre el 70 y el 80 por 100 de todas las plazas convocadas, por lo que el concurso-oposición del art. 2.4, que debería ser —incluso por su ubicación en la ley— como el sistema principal, ha pasado a ser el accesorio. En este sentido, por tanto, la gestión de la estabilización y los conflictos jurídicos que acontecerán en gran medida se centrarán en las dos disposiciones adicionales que han regulado el procedimiento: la 6.^a y la 8.^a de la LRT.

Con carácter introducción, es oportuno destacar los siguientes elementos formales, políticos, sindicales y de gestión que luego desarrollaremos con más detalle de aplicación con criterio general a la Administración local española:

a) El modelo ordinario de selección del personal funcionario de carrera, fijado por el EBEP de 2007 es la oposición o el concurso-oposición. Exclusivamente era —y es— posible acudir al concurso de méritos cuando una ley, con carácter excepcional, lo prevea. Esta previsión excepcional lo fija una norma de rango de ley, por lo que obliga en tanto en cuanto el Parlamento español no la modifique o imponga otros criterios, respetando la doctrina constitucional, pero existiendo un margen distinto a la previsión del EBEP.

b) En el supuesto del personal laboral fijo, el EBEP instituye tres fórmulas en aparente paridad: el concurso, el concurso-oposición y la oposición. Una paridad defendida por muchos autores, aunque a nuestro juicio es preciso en el expediente administrativo justificar la razón por la cual se opta por el concurso o el concurso-oposición, posición que aunque sea minoritaria intenta destacar que la discrecionalidad no es factible en la forma de opción de la selección del personal laboral fijo.

c) En los procesos de estabilización instituidos en el art. 19.uno.6 de la Ley 3/2017 y art. 19.uno.9 de la Ley 6/2018 no se mencionaban una fórmula prescriptiva, por lo que de forma absolutamente unánime, los procesos se articularon a través del concurso-oposición, modelo posiblemente el más razonable a la vista del antecedente de la DT 4.^a EBEP. El Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, instituyó un sistema excepcional basado en el concurso-oposición pero no previó el concurso de méritos.

d) Finalmente, la LRT mantiene la fórmula del art. 2.4 sobre el concurso-oposición, en teoría prioritario, e incorporó dos disposiciones adicionales, la 6.^a y 8.^a, que se articulan en torno al concurso de méritos. Siendo secundarias —como adicionales— en la práctica se han convertido en mayoritarias, hasta el punto que las OEPE aprobadas y publicadas antes del 1 de junio de 2022 acreditan que cientos de miles de plazas se convocaran por concurso de méritos.

6.1. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 6.^a

Articulado el concurso de méritos a través de dos disposiciones adicionales, la primera y posiblemente la más clara, es la 6.^a, que literalmente fija que «las Administraciones públicas convocarán, con carácter excepcional, y de acuerdo con lo previsto en el art. 61.6 y 7 TREBEP por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el art. 2.1, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016».

A nuestro entender, el precepto fija un marco específico y suficientemente claro, con alguna pequeña salvedad. Los elementos más importantes del precepto son, en primer término, los siguientes elementos:

a) Se fija una obligación, una prescripción, de aprobar las convocatorias por concurso. No indica que «podrán convocar», sino que «convocarán», por lo que no parece que haya margen alguno para huir de esta fórmula y acudir al concurso-oposición del art. 2.4.

b) Se considera un sistema excepcional, en relación a lo que fija el EBEP, si bien tal remisión es inocua, pues el Estatuto Básico tiene el mismo rango jurídico que la LRT, por lo que esta última podría haber fijado cualquier otro criterio, con el único límite de la doctrina constitucional.

c) Hay una primera remisión a los requisitos del art. 2.1 LRT. Esto es, es preciso que se trate de plazas estructurales ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020, esto es, como mínimo, durante 2020, 2019 y 2018.

d) A ello, se debe añadir un elemento necesario e imprescindible a esta previsión: estas mismas plazas deben estar ocupadas de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016.

Por consiguiente, las plazas deben haber estado ocupadas de forma ininterrumpida en los años 2018, 2019 y 2020 y, además, con anterioridad a 1 de enero de 2016, lo que supone un vacío entre los años 2017 y 2018, lo que no impide que también, en estos dos años, hubieran estado ocupadas temporalmente.

Algunos elementos a comentar, que se hacen imprescindibles para comprender el contenido de la disposición adicional, son los siguientes, sin perjuicio de lo que luego se añadirá al comentar la DA 8.^a

En primer término, nos parece que el redactado es confuso al fijar un periodo (2018-2020) y luego otro, el anterior a 2016. Para un sector de la doctrina, la recta interpretación del precepto significa que se trata de plazas que el inicio de la ocupación temporal es el 1 de enero de 2016, como mínimo y que se mantiene, forzosamente, en esta situación en el citado periodo 2018-2020²⁷.

²⁷ J. MOZO AMO, «La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Su incidencia en la Administración local», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, p. 15.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos señala que este supuesto de la DA 6.^a es excepcional y está vinculado a las tasas de reposición de efectivos inexistentes o muy exiguas aplicables en el periodo 2012-2015 por causa de las políticas de restricción presupuestaria.

Finalmente, sólo será posible recurrir a la DA 6.^a por una sola vez, como concurso, deducimos en base a los criterios expuestos para considerar que plazas deben insertarse en esta fórmula de selección.

6.2. La convocatoria de estabilización prevista en la DA 8.^a

Dos de las características de la DA 8.^a son de carácter jurídico; otra es de orden político-sindical y de gestión de recursos humanos.

En el primer supuesto, la disposición adicional es, de nuevo, un añadido al añadido: al art. 2.4 se le añade en el trámite parlamentario la DA 6.^a; luego, aunque no secuencialmente se incorpora la DA 8.^a La propia disposición adicional lo indica: «adicionalmente» a la 6.^a, se incorporarán las plazas fijadas en la 8.^a

La segunda cuestión jurídica es la absoluta confusión que ha creado su redactado, hasta el punto que se ha acudido a los debates parlamentarios para interpretarlo, lo que es inhabitual y, por otro lado, jurídicamente aporta escasa entidad, pues lo que se afirma en un discurso en sede parlamentaria es una expresión de un deseo o una convicción, pero lo único relevante es el redactado final.

Específicamente, la DA 8.^a establece lo siguiente en poco más que cuatro líneas: «Adicionalmente, los procesos de estabilización contenidos en la DA 6.^a incluirán en sus convocatorias las plazas vacantes de naturaleza estructural ocupadas de forma temporal por personal con una relación, de esta naturaleza, anterior al 1 de enero de 2016».

Aunque no compartimos el criterio que a continuación exponemos, parece que hay un importante consenso interpretativo, incluido por parte del Estado, a la forma de aplicar esta disposición adicional. Criterio que se ha impuesto de forma masiva en las convocatorias consultadas y en sus antecedentes OEPE.

Nuestro disenso es que, por activa y por pasiva, no es posible estabilizar personas, sino sólo plazas, pero el resultado de la DA 8.^a en realidad estabiliza personas. Al ser así, y hacerlo en base exclusivamente al currículum profesional de cada empleado interino o temporal, a nuestro entender la DA 8.^a deviene inconstitucional si se interpreta como la mayoría de las convocatorias y el propio Estado efectúa.

Por ello, nos parece razonable la tesis defendida por un sector —que ha resultado minoritario— en el sentido de que la DA 8.^a es una disposición exclusivamente formal, con una finalidad exclusiva: obligar a las Administraciones a incluir las plazas

que cumplen los requisitos de la DA 6.^a Así, para TODOLÍ SIGNES²⁸ la DA 8.^a se titula «identificación de las plazas», por lo que su finalidad debería ser concretar que las Administraciones deberían tener la obligación de identificar esas plazas, que no serían otras que las que cumplen los requisitos de la DA 6.^a, si bien como analizaremos, no ha sido este en absoluto lo que las OSEFP ni la inmensa mayoría de la bases de las convocatorias de estabilización han interpretado.

Pero siendo nuestra posición minoritaria, indicaremos a continuación la que parece ser la tesis dominante, siguiendo —por todos, pues son muchos los documentos escritos al respecto—, lo que plantean algunos autores²⁹ y también los criterios de las OSEFP.

a) Las plazas objeto de convocatoria deben estar «vacantes», si bien a nuestro juicio debemos entender esta situación en el sentido de que no son ocupadas por personal laboral fijo o funcionario de carrera.

b) Las plazas deben ser estructurales. La opinión de MOZO AMO, que compartimos, es que tal plaza debe existir como tal y, por tanto, no puede ser una plaza «fuera de plantilla», por las razones que luego señalaremos en base a la interpretación que el propio Estado efectúa. Por tanto, no podrán incluirse aquí las plazas estructurales «afloradas» tal como prevé el art. 2.1 de la Ley. En consecuencia, las plazas derivadas de incremento de tareas u objeto de programas de carácter temporal, no permiten ser incorporadas a la DA 8.^a

c) Las plazas de la DA 8.^a deben estar cubiertas temporalmente a 30 de diciembre de 2021, criterio que no se deduce de la disposición adicional y sobre la que mantene-mos dudas, pues sería posible una interpretación algo más amplia, como que fuera una plaza ocupada a la fecha de aprobación de la Oferta de empleo público.

d) La plaza vacante objeto de la DA 6.^a debe estar ocupada por una «persona» que mantuviera un vínculo con la Administración convocante —y no con cualquier otra distinta— con anterioridad a 1 de enero de 2016. Esto es, que mantuviera un vínculo temporal antes del 1 de enero de 2016 y siguiera manteniéndolo cuanto menos a 30 de diciembre de 2020.

e) No se requiere, como si sucede en el art. 2 y la DA 6.^a que la plaza a convocar hubiera estado ocupada de forma ininterrumpida; lo relevante es que «la persona» que ocupa «la plaza vacante» ha de ser un contratado laboral temporal o un funcionario interino que ya lo fuera a 1 de enero de 2016.

f) Por ello, se ha afirmado que «se estabiliza a la persona atendiendo a la última plaza en la que ha sido nombrado»³⁰ criterio que también mantiene las OSEFP. Esto es,

²⁸ A. TODOLÍ SIGNES, «Los sistemas de selección en la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público: especial atención a los límites para valorar méritos», en VVAA, *Régimen jurídico de la selección y consolidación del personal en el sector público: especial consideración a la normativa contra el abuso de la temporalidad*, Aranzadi, 2022, p. 167.

²⁹ MOZO AMO, 2022: 15.

³⁰ *Ibid.*

la convocatoria no lo será de la plaza ocupada a 1 de enero de 2016 sino a la plaza que se ocupe a 30 de diciembre de 2021.

Esta posición, sin embargo, parece ser confusa, cuando la propia SEFP, en su respuesta de 13 de mayo de 2022 (ref.C80/22/CMR) afirma que el redactado de la DA 8.^a «lleva a la necesaria conclusión que para entender aplicable la DA 8.^a se requiere de una única relación de servicios; lo cual permite entender el supuesto en que se haya prestado servicio en puestos distintos, incluso en departamentos diferentes, pero siempre dentro de la misma Administración», y excluyendo por supuesto que los servicios lo sean en diferentes Administraciones. Un criterio que contrasta con las Orientaciones pero que es muy más razonable: se trataría del mismo vínculo profesional, con independencia de los cambios de puestos de trabajo —vinculados a la misma plaza— e incluso en departamentos distintos³¹ pero manteniendo siempre la plaza.

g) Lo significativo es que esa persona haya tenido una relación continuada de forma temporal, pero ello no es equivalente a «relación ininterrumpida». Ello es así porque puede tratarse de trabajadores fijos discontinuos, o trabajos vinculados a cursos académicos —septiembre/junio— o por trabajos vinculados a un periodo determinado en el ámbito sanitario.

A nuestro juicio, esta interpretación mayoritaria y que está siendo aplicada en prácticamente todas las OEPE adolece de riesgos e incluso de una posible inconstitucionalidad en base a los siguientes elementos:

a) Sin perjuicio del debate sobre si el concurso, de forma masiva, aplicable a cientos de miles de plazas, casa con la doctrina del TC y ello es excepcional, lo cierto es que con la DA 8.^a, acumulada a la 6.^a, está suponiendo que en torno al 80 por 100 de las convocatorias lo son en base al concurso de méritos.

b) El TC considera que las convocatorias *ad personam* son contrarias al principio de igualdad constitucional. Y la redacción de la DA 8.^a se está refiriendo a personas, no a plazas, para la mayoría de los autores que han opinado al respecto.

c) Se quiebra cualquier concepto de «abuso de la temporalidad». Aun dudando —por nuestra parte— que una temporalidad de tres o cinco años sea, *per se*, un «abuso», lo cierto es que la DA 8.^a no se refiere al abuso.

Lo sería si se tratara de empleados que con anterioridad a 1 de enero de 2016 mantuvieran su vínculo a 30 de diciembre de 2021, en la misma plaza. Esto es, si durante seis años ha mantenido plaza funcional o laboral, podría plantearse esta fórmula, pero lo que la DA 6.^a plantea es otra cuestión: se acumulan las diversas antigüedades del mismo empleado, con abuso o sin abuso.

Así, es factible —de hecho así sucede en numerosísimos supuestos— que un ciudadano forma parte de diversas bolsas de trabajo o participa en diversos procesos se-

³¹ Respuesta no vinculante C-80/22/CMR de la SEFP, firmado por la DGFP en fecha 13 de mayo de 2022, a una consulta de la Diputación de Zaragoza.

lectivos de personal temporal de la misma Administración, sin que ello implique ningún tipo de abuso.

En este sentido, y a modo de ejemplo, un ciudadano que fuera incorporado como auxiliar administrativo antes del 1 de enero de 2016 y mantuviera durante dos años esta situación (2016 y 2017), que luego pasara a ser administrativo por estar en bolsa de trabajo correspondiente (p. ej., 2018 y 2019), después fuera nombrado funcionario interino técnico medio durante el 2020 y finalmente, se le nombrara a lo largo del año 2021 como técnico superior de Administración General, acumularía las circunstancias previstas en la ley y la plaza que se convocaría sería precisamente la plaza de técnico superior. Por tanto, con este criterio que ha asumido la Secretaría de Estado la estabilización es de «personas», con independencia de si ha habido abuso o no abuso o incluso, lo cual es realmente preocupante, en el supuesto de que este empleado interino ha sido beneficiado de una promoción progresiva a categorías o cuerpos superiores.

Por ello, creemos oportuno plantear la que ha sido nuestro criterio desde la promulgación de la LRT, pese a que haya sido considerado absolutamente minoritario, aunque no completamente por todos los que han opinado. Vale decir que las normas deben interpretarse, en primer término, de forma gramatical, y que este principio puede aplicarse a la DA 8.^a aunque la pésima técnica legislativa lo dificulte. Por ello, a nuestro entender, la citada disposición debería interpretarse sobre los siguientes elementos que a continuación exponemos.

En primer término, debería sólo ser aplicada al abuso de la temporalidad. Y este abuso no supone que un empleado temporal o interino ha enlazado diferentes nombramientos o contratos de plazas, categorías o cuerpos distintos. Debe tratarse siempre de la misma identificación profesional (así, p. ej., técnico de Administración General del Ayuntamiento o Diputación convocante) aunque haya podido ocupar puestos distintos o acumule diversos contratos o nombramientos sucesivos, pero siempre de la misma plaza. En caso contrario, estamos convirtiendo en «abuso» lo que ha sido un proceso de promoción profesional como empleado interino en el que el aspirante libremente —y favorablemente para él— ha participado.

Y en segundo término, que las plazas convocadas deben cumplir los requisitos del art. 2.1 LRT y este criterio no puede ser cuestionado pues la literalidad de la norma es absoluta y clara: es decir, han de ser plazas ocupadas ininterrumpidamente «al menos» desde el 1 de enero de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2020.

6.3. Contenido, alcance y límites de los méritos a valorar en los procesos de estabilización

A nuestro entender, posiblemente el elemento más conflictivo y que prolongara en el futuro a base de recursos, cuestiones de prejudiciales y sentencias en todos los órdenes jurisdiccionales, incluido el TC, es el concurso de méritos regulado en la LRT y, en espe-

cial, su articulación práctica, pues las fórmulas de concreción pueden ser muy variadas. El concurso, *per se*, no es inconstitucional pero unas bases en donde tal concurso prime exclusivamente —o casi— al aspirante interno sí pueden devenir contrarias a los preceptos constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Como ya hemos tenido ocasión de analizar, el concurso de méritos aparece previsto en dos supuestos:

- a) En el concurso-oposición del art. 2.4, antes estudiado.
- b) En el concurso de méritos, en exclusiva, que prevén las DDAA 6.^a y 8.^a

Fruto de esta circunstancia es que, a la hora de aplicar la LRT, las OEPE publicadas en el primer semestre de 2022 permiten constatar el carácter claramente mayoritario del concurso de méritos, en proporciones que van desde un 70 u 80 por 100, hasta en algunos supuestos alcanzar a todas las plazas ofertadas.

Por ello debemos plantear los elementos del concurso, en su aplicación práctica, qué contenido puede adoptar, que límites tiene y que excesos pueden darse, lo que ya se puede comprobar a la vista de las convocatorias aprobadas durante el 2022 y el mismo contenido de las Orientaciones de la SEFP de 2022. Fundamentalmente, porque es el nudo gordiano de la cuestión, la valoración de los servicios prestados y/o experiencia profesional.

Ya se trate del concurso-oposición o del concurso de méritos, lo cierto es que la clave de la constitucionalidad o no, de las respuestas prudentes, de los límites y de los excesos a la hora de valorar méritos se centra en la valoración de «la experiencia profesional»³², que se puede disgregar en conceptos distintos pero siempre coherentes en su contenido: antigüedad, servicios prestados en el cuerpo, escala, categoría o equivalente, experiencia en la Administración convocante, servicios prestados según el tipo de contrato, servicios prestados en el sector privado y otros méritos distintos a los servicios prestados³³. Ciertamente, y a la vista de las convocatorias que hemos consultado, no parece que los restantes méritos tengan importancia, por no afirmar que son simplemente simbólicos o decorativos.

Dicho lo anterior, y aunando la doctrina constitucional existente hasta el momento así como las aportaciones doctrinales más solventes, podemos plantear los siguientes criterios que entendemos pueden ser una orientación para el gestor público a la hora de diseñar las fase de concurso en las convocatorias o bien para ser impugnadas cuando se trate de excesos que superan lo límite de lo tolerable.

³² R. ROQUETA BUJ, «Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones públicas», *Revista de Derecho Administrativo v/lex*, +1, 19-26.

³³ Nos remitimos a los excelentes trabajos de la profesora ROQUETA BUJ y del profesor TODOLÍ SIGNES, que son un buen compendio de muchos criterios que se han publicado, no siempre coincidentes, dada la complejidad de la cuestión. Sobre el segundo autor, *vid.* A. TODOLÍ SIGNES, «El acceso al empleo público a la luz de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público. Especial referencia a la valoración de los méritos», *Revista Vasca de Gestión de Personas*, núm. 22, pp. 26-30.

No obstante, es preciso tener en cuenta que no son pocas las voces solventes que deducen que el concurso de méritos no es un procedimiento constitucional para estabilizar el empleo público. Así, quien fue presidente de la Comisión de Estudios del EBEP señala que, tras examinar la doctrina constitucional —entre otras, la STC 12/1990—, del TS —STS de 18 de abril de 1995 (rec. 9247/1991)— y de la Audiencia Nacional (SAN de 14 de noviembre de 2019, rec. 380/2017), «no es posible hoy la consolidación de empleo como funcionario de carrera en virtud de un concurso de méritos. Y es difícil que una hipotética ley que lo permitiera superase el test de constitucionalidad, al menos mientras se mantenga la misma doctrina»³⁴.

No obstante, debemos encarar la gestión del problema desde la perspectiva de una norma legal que está vigente en 2023, sobre la cual no hay ningún recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con un nivel de conflictividad judicial aun escaso pero que está por llegar y que desconocemos el itinerario que seguirán las cuestiones de prejudicialidad planteadas ante el TJUE que, por lo demás, consideran que no cumple los requisitos del Derecho europeo por razones completamente contrarias: que el personal temporal e interino afectado debe pasar a ser fijo sin proceso selectivo alguno.

En todo caso, ante el debate, el gestor público local y el operador jurídico pueden tener en cuenta estas consideraciones que son tomadas de la doctrina constitucional y judicial previa a la LRT, sin perjuicio de lo que pueda concluirse en los próximos meses y años.

1.º Los procesos ordinarios de selección deben distinguirse de los procesos de consolidación/estabilización, permitiéndose en estos últimos unas posibilidades que no serían aceptables en unas bases ordinarias derivadas de una OEP anual.

La razón es que el proceso de estabilización —también el de la LRT, al menos en tanto en cuanto el TC no se pronuncie de forma distinta— «persigue un fin legítimo, cuenta con la necesaria cobertura legal». Sin embargo, el TS ha señalado que la opción del concurso-oposición le parece, en estos procesos, mucho más adecuado que la del concurso: la Administración, «ha establecido el de un concurso-oposición libre con una prueba objetiva y otra dirigida a evaluar los conocimientos de los aspirantes y su capacidad de aplicarlos y una fase de valoración de méritos»³⁵.

2.º La valoración de los servicios prestados en la Administración como interino o temporal no es contradictoria con el mérito y la capacidad: «El tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados»³⁶.

3.º La valoración no puede ser desproporcionada. Es lo que se denomina «relevancia cuantitativa», esto es, la relevancia que las bases den a cada mérito profesional y lo que supone en el cómputo total del procedimiento —que será muy distinto en

³⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Aranzadi, 2020, p. 146.

³⁵ Ambas referencias, en STS (c/a) de 14 de febrero de 2011 (rec. 3835/2008).

³⁶ Entre otras, SSTC 137/1986 y 27/2012.

el concurso-oposición y en el concurso de méritos—. La STC 60/1994 señala que no constitucional la «diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes».

4.º Se da el criterio de irracionalidad y arbitrariedad cuando, en la práctica, tal o cual mérito profesional supone convertir el proceso en apariencia libre en un sistema excluyente, restringido. Es decir, que los servicios prestados se transforman en un «requisito», «que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable»³⁷.

5.º En el concurso-oposición, parece lógico que sólo se valoren los méritos si se ha superado la fase de oposición, lo que permite deducir dudas sobre la constitucionalidad de cómo se plasme en las convocatorias la permisibilidad del art. 2.4 LRT sobre la posibilidad de no superar alguno o algunos de los ejercicios de la fase de oposición. En cambio en el concurso, el debate ya no se da: sólo se valoran méritos.

6.º La valoración en exclusiva, como mérito único, de los servicios prestados o el hecho de que tengan una importancia muy relevante, no supone *per se* que unas bases de convocatoria sean inconstitucionales. «este hecho, por sí mismo no conduce a apreciar una lesión del art. 23.2 CE, sino [...] en algunas circunstancias excepcionales se puede justificar la aplicación de criterios»³⁸ en este sentido.

No obstante, esta excepcionalidad debe ser muy puntual. El criterio constitucionalmente más válido es que no se limite la valoración de méritos sólo a los servicios prestados en la Administración —local— convocante evitando así una desigualdad de trato que supondría, en la práctica, un procedimiento restringido si esos méritos alcanzan un porcentaje muy elevado o casi insuperable para un aspirante externo.

En consecuencia, la valoración en exclusiva de la experiencia de la Administración local que convoca en la inmensa mayoría de los supuestos de estabilización no es adecuada ni conforme a la CE³⁹, como tampoco lo es que se valore de forma distinta los servicios según la Administración de procedencia, salvo que haya circunstancias objetivas que justifiquen esta diferencia de trato.

Esta diferencia es difícil de justificar pero no imposible, a nuestro entender, dado que los perfiles descriptivos de las funciones de los mil y un cuerpos y escalas, clases y categorías profesionales, y aún más en entre el personal laboral, puede servir de excusa para discriminar y no valorar a ciudadanos que no acrediten el cien por cien de equivalencia con la plaza convocada, lo que es —en el fondo— un aplicación torticera del mérito, pero muy común en la práctica en las convocatorias consultadas y publicadas no sólo durante el 2022, sino las derivadas de los procesos de estabilización de las leyes de Presupuestos de 2017 y 2018, al valorarse exclusivamente plazas de descripción mimética.

³⁷ En este sentido, SSTC 67/1989, 185/1994 y 73/1998.

³⁸ SSTC 12/1999 y 27/2012.

³⁹ STS (c/a) de 2 de abril de 2008 (rec. 4538/2003). En sentido contrario, STS (c/a) de 17 de septiembre de 2008 (rec. 4598/2005), al aceptar un criterio restrictivo.

En el mismo sentido, salvo una razón objetiva que debe basarse en las funciones que han ejercido, los servicios prestados como personal funcionario o personal laboral no deben dar pie a distinciones en la valoración, por el mero hecho de tratarse de un régimen jurídico distinto⁴⁰.

7.º No existen reglas exactas y matemáticas que permitan fijar criterios indubitados y ello, sin duda, será un problema práctico en cada proceso judicial. De hecho, la jurisprudencia del TC, salvo supuestos absolutamente groseros, analiza precepto por precepto y, especialmente, cada convocatoria impugnada, pudiendo darse resultados distintos según cuales sean los méritos de una convocatoria u otra, pese a basarse en la misma norma.

Los porcentajes de la puntuación final son elementos clave, y sólo podemos aportar casuística concreta. A título de ejemplo, podemos señalar que la obtención de un 32 por 100 de méritos basados en la experiencia, sobre el total de 100 puntos obtenible en el concurso-oposición no impide que un aspirante externo sin experiencia pueda superar el proceso⁴¹.

Sin embargo, alcanzar un 40 por 100 de la puntuación por méritos profesionales rompe el principio de igualdad, mérito y capacidad, pues convierte en «ilusoria» la posibilidad de un aspirante externo, al ser excesiva e inconstitucional⁴².

Por ello, en base a la jurisprudencia, la profesora ROQUETA BUJ (2020: 23) considera que en un concurso-oposición se sitúa el límite de la tolerabilidad entre el 27 y 32 por 100 del total de la puntuación máxima, si este proceso selectivo supone una proporción del 60/40 de la oposición y el concurso, tal como plantea el art. 2.4 LRT.

6.4. La aplicación práctica del concurso de méritos en las convocatorias de estabilización de 2022

De la lectura de las diversas convocatorias publicadas durante el 2022, pueden deducirse algunos elementos relativamente comunes. En concreto los hemos agrupado en los siguientes criterios, más o menos presentes en la gran mayoría de tales convocatorias.

a) La voluntad de muchas Administraciones locales de encarar el concurso de méritos con rapidez, para evitar que una sentencia del TC o de tribunales ordinarios pueda poner en dudas la estructura de méritos de sus respectivas convocatorias.

b) La decisión, también en lógica política y de gestión, de iniciar la estabilización por el sistema más sencillo: el concurso de méritos no implica realizar pruebas selectivas sino exclusivamente valorar los méritos alegados.

⁴⁰ STSJ Castilla y León (c/a) de 7 de enero de 2016 (rec. 1001/2014).

⁴¹ STS (c/a) de 14 de octubre de 2009 (rec. 1262/2006). Previamente, en el mismo sentido, la STSJ Comunidad Valenciana (c/a) de 4 de octubre de 2007 (rec. 920/2005).

⁴² STSJ Castilla y León (c/a) de 17 de junio de 2005 (rec. 1302/2013).

c) Establecer un escalonado para que todos los interinos, de una u otra manera, continúen en la Administración convocante: superar el proceso de concurso; en caso negativo, poder optar al de concurso-oposición; si no es así, plantear la «repesca» en algún proceso ordinario de selección de las Ofertas de Empleo Público de 2023 y 2024. Finalmente, si todo ello da como resultado negativo, incorporar a los no aprobados de nuevo en bolsas de trabajo que permite articular la LRT, si bien se detecta una tendencia acusada a que ello sólo se aplica a los participantes en un concurso-oposición, pero no a un concurso de méritos.

En el estricto plano de los méritos que se requieren, se constatan las siguientes líneas o criterios incorporados a las bases selectivas. Aunque es complejo generalizar, es cierto que pueden encontrarse patrones comunes.

a) El más habitual es que los servicios prestados se sitúen precisamente en ese 60 por 100 que indican las OSEFP, aunque se localizan porcentajes superiores, como el 70 por 100⁴³.

— Valoración superior de los méritos como empleado de la Administración convocante que en otra Administración, en proporciones de 1:3, 1:4 o superior, lo que supone —p. ej.— que para equilibrar la diferencia un aspirante externo debe haber prestado 30 años de servicios para competir con un aspirante interno con diez años de antigüedad⁴⁴.

— Valoración en exclusiva de los méritos propios, excluyendo los ajenos, aunque sea de forma indirecta⁴⁵.

— Excluir algunos tipos de prestación de servicios que puedan dar pie a dudas interpretativas, que en algunos supuestos puede ser dudoso en cuanto a la legalidad a los efectos del proceso de estabilización⁴⁶.

⁴³ Ayuntamiento de Madrid. La experiencia profesional se valorará hasta un máximo de 70 puntos sobre 100 (BO Ayuntamiento de Madrid de 14 de julio de 2022, p. 68).

⁴⁴ Un ejemplo es el Ayuntamiento de Dos Hermanas, que valoraba en los procesos de estabilización basados en las Leyes de 2017 y 2018 con 0,25 puntos por año de servicios hasta un máximo de 18 puntos los servicios prestados en la Corporación en la plaza a la cual se opta, más otros posibles 10 puntos en base a 0,15 puntos por servicios prestados en otros puestos y plazas, y relegando los servicios ajenos al ayuntamiento a un máximo de 5 puntos, a un cómputo de 0,05 siempre que sean prestado en corporaciones con población superior a 100.000 habitantes. Una fase de méritos que, como máximo total, puede suponer 18 puntos (BOP Sevilla de 13 de agosto de 2021). Con una proporción aun mayor, para el proceso de la LRT, el Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat (provincia de Barcelona) que otorga para los aspirantes internos de igual plaza o categoría, aspirantes internos en plazas distintas y experiencia externa una proporción de 0,625 puntos, 0,333 puntos y 0,156 puntos, por cada mes trabajado (acuerdo del Pleno de 30 de noviembre de 2022).

⁴⁵ Así sucede en —ámbito autonómico— la Generalitat de Cataluña, al excluir a los aspirantes externos que son funcionarios de carrera o personal laboral fijo en grupos o categorías profesionales con funciones equivalentes.

⁴⁶ El Ayuntamiento de Madrid indica expresamente que no valorará como experiencia profesional los servicios prestados como personal eventual de confianza, personal directivo profesional, personal contratado con sujeción a las reglas del Derecho administrativo, personal vinculado por un contrato no laboral de prestación de servicios civil o mercantil. También excluye, a los empleados laborales temporales con contratos de obra o servicio determinado o por la modalidad que sustituya a este tipo de control, que preste o haya prestado servi-

b) La distribución de la experiencia de forma que se solapa, al dividir entre experiencia general y experiencia específica. Así prestar servicios en cualquier Administración pública —experiencia general— y luego valorar la experiencia en la Administración local convocante —experiencia específica—⁴⁷.

c) No obstante, hay otros criterios que parecen formalmente en ese 40 por 100 restante hay opciones para el aspirante exterior, pero en realidad reafirmar los méritos propios de los candidatos internos. En este sentido, haber superado procesos selectivos sin haber obtenido plaza en la última convocatoria para el cuerpo, escala o especialidad convocada, lo que desvirtúa completamente todo el sistema, pues muchos de estos aprobados sin plazas han integrados bolsas de trabajo y se han incorporado como interinos a los que se valorarán los méritos⁴⁸. Incluso se valora «formar parte» de las bolsas de trabajo del cuerpo al cual se convoca el proceso selectivo⁴⁹.

En la misma línea, se constata solicitar méritos formativos que, muy a menudo sólo tienen un grupo reducido de empleados interinos o que se derivan de cursos de formación de la propia Administración local convocante, en algún supuesto excluyendo cualquier otra formación académica y reduciendo al máximo las posibilidades de la formación a valorar⁵⁰. Es de destacar que en ocasiones los méritos académicos sólo se pueden haber logrado trabajando en la Administración, al vincularse al Plan de Formación continua, excluyéndose la formación académica universitaria⁵¹.

cios en los programas derivados del desarrollo de políticas activas de empleado financiados por fondos propios del ayuntamiento o por subvenciones externas (*BO Ayuntamiento de Madrid* de 14 de julio de 2022, p. 68).

⁴⁷ Es la opción del proceso de estabilización del empleo del País Vasco. La experiencia general se valora hasta 15 puntos, en base en exclusiva a los últimos quince años y la experiencia específica es la prestada en la Administración de la Comunidad Autónoma hasta un total de 45 puntos (estabilización de auxiliares administrativo (*BO País Vasco* de 23 de mayo de 2022).

⁴⁸ La Generalitat de Cataluña, sobre 100 puntos, otorga con 24 puntos fijos a quien supere un proceso selectivo —exclusivamente el último— para acceder al mismo cuerpo, escala o especialidad, lo que supone que sólo pueden acreditarlos un grupo muy reducido de aspirantes que, además, muchos de ellos ya tienen puntuación por ser interinos. En el País Vasco, la superación de pruebas para auxiliares administrativos para la Administración General de Euskadi se computan desde el año 2000: superación de la fase de oposición, 20 puntos. Superior de sólo el primer ejercicio de la oposición, 15 puntos.

⁴⁹ En el País Vasco, las bases de estabilización de la Administración de la Comunidad Autónoma otorga 15 puntos por «formar parte de las bolsas de trabajo del cuerpo auxiliar administrativo de la Administración General de la Comunidad Autónoma».

⁵⁰ En el supuesto de la Administración del Gobierno Vasco, los 20 puntos por titulaciones para las plazas de auxiliar administrativo lo son sobre títulos tales como técnico en comercial internacional, técnico en transporte y logística, técnico en gestión de ventas y espacios comerciales, entre otros. Significativamente sólo se puede lograr 5 puntos por un título de técnico de formación profesional de una especialidad no fijada en el apartado previsto, así como el bachillerato y si se aportan dos títulos se puede alcanzar los diez puntos. En la convocatoria de auxiliares del País Vasco, se valora los cursos de Microsoft e Internet hasta 14 puntos, que contrasta que el conocimiento del inglés, francés y alemán a nivel de B2 o superior sea por 2 puntos por idioma, bajando a 1 punto por nivel B1. Todas las referencias al País Vasco, en *BOPV* de 23 de mayo de 2022.

⁵¹ En el supuesto del Ayuntamiento de Madrid se otorgan hasta 30 puntos por la formación acreditada en el Plan de Formación continua de las Administraciones públicas. Expresamente se indica que no se valorarán

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: ALGUNOS ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN

Sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar que las OEPE y las bases de estabilización en las entidades locales aprobadas durante el año 2022 y que se están ejecutando desde entonces y lo seguirán hasta el 2024 constatan en general un uso muy extenso del concurso de méritos, al asumir un criterio muy voluntarista de la DA 6.^a y por el hecho mismo que no es nada inusual que el personal interino y temporal acredite antigüedades de larga prolongación, por lo que el concurso de méritos, cuanto menos en el ámbito local, se ha convertido el sistema por excelencia de estabilización.

Al cierre de este documento, el grado de conflictividad judicial no es excesivo, porque muchas reclamaciones están aún en fase administrativa. No obstante, algunos informes indican que hay pendientes de resolución recursos en torno a 60 o 70.000 plazas, lo que sin duda supondrá que la LRT y muchas bases de convocatorias serán analizadas en sede judicial e incluso constitucional por lo que puede suponer de infracción de los arts. 14, 23 y 103 de la Constitución.

El modelo de la LRT da una solución —criticable, pero cuanto menos es una respuesta— al problema de la temporalidad, pero no aporta ningún criterio para evitar la repetición de esta circunstancia en el futuro. Al contrario, si tomamos en cuenta que en el periodo 2022-2023 se jubilarán en el empleo público español en torno a un millón de empleados, ello supone que muchos de los sustitutos se incorporarán como temporales o interinos y se creará un efecto de «*dejà vú*» en esta problemática.

Por lo general, las bases de las convocatorias han incurrido en excesos, en algunos supuestos incluso sorprendentes. El hecho de que los que superan tales procesos son aproximadamente en el 90 por 100 personal propio, da indicio de que el mérito y la capacidad se ha diluido en beneficio de la antigüedad en la Administración local convocante. Criterio que se ha extendido también a las convocatorias autonómicas.

Al cierre de este documento, ya han recaído algunas sentencias negativas, precisamente por incumplir los principios constitucionales, anulando los procesos o bien dictándose autos de suspensión, como el acontecido con el proceso de estabilización de los letrados de la Administración de Justicia, lo que presupone que en el futuro habrá una especie de resultado cabalístico, en función de que tal o cual convocatoria haya sido convocada a título individual o bien por grupos de defensa del denominado «turno libre» y que en algún supuesto pueden marcar los elementos a tener en cuenta ante los posibles conflictos y que anotamos aquí a modo de conclusión⁵²:

los títulos de doctor, master, grado o título universitario oficial. También se excluye la formación en forma de «diplomas relativos a jornadas, seminarios, congresos, simposios, talleres y similares ni la formación especializada que resulte imprescindible para la obtención de una titulación académica determinada o para el ejercicio de una profesional» (BO Ayuntamiento de Madrid de 14 de julio de 2022, p. 70).

⁵² Un elemento de referencia ha sido la Sentencia 46/2023, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche, de 27 de enero, que anula el proceso de estabilización.

a) La preferencia absoluta del derecho a la igualdad y el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.

b) El reconocimiento como situación jurídica individualizada, el derecho de los aspirantes a que se valore su experiencia con criterios de homogeneidad con independencia de la Administración pública en que se hayan conformado.

c) La proscripción de la validez de valorar en exclusiva méritos de la entidad local convocante, o impedir la participación de aspirantes externos que ya ostenten la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, o en todo caso, otorgar una puntuación tan residual o insignificante a los servicios profesionales ajenos a la Corporación convocante que haga imposible superar el proceso selectivo.

d) Establecer un criterio no restrictivo al hecho de que se valoren méritos de una determinada categoría o cuerpo o su equivalente, de tal manera que las dicciones nominales no pueden suponer una restricción que lleve a una desigualdad no conforme con el Derecho constitucional.

A nuestro juicio, los procesos de estabilización en el ámbito local adolecen en gran medida de patrones de igualdad y suponen una extraordinaria afectación al principio de mérito y capacidad. Asumiendo aun así la doctrina constitucional de que en un proceso de estabilización es posible valorar en mayor grado los méritos internos que los externos, lo cierto es que el resultado es, a juicio de este autor, muy decepcionante, una clara infracción de los principios constitucionales en miles de convocatorias sin que, por lo demás, se pongan las bases para que en un periodo entre cinco o diez años, no se vuelva a tener una bolsa de empleo temporal o interino que obligue, de nuevo, a aprobar más procesos de estabilización mediante leyes excepcionales que convierte este término, en la práctica, en leyes de carácter ordinario para resolver un problema endémico en el empleo público, en especial el autonómico y local.

8. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Bomarzo, 2021.

BOLTAINA BOSCH, X.: «El Real Decreto-ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración local», *Revista digital CEMCI*, núm. 51, 2021, pp. 1-30.

— «Un análisis DAFO de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades», *Temas laborales*, núm. 162, 2022, pp. 55-99.

— «Elements crítics de la llei de reducció de la temporalitat a l'ocupació pública: la norma i la seva aplicació pràctica», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 65, 2022a, pp. 18-36.

— «La función pública local tras la ley 20/2021 de reducción de la temporalidad. El empleo público temporal en el sector público local y los procesos de estabilización», *Colección Temas de Administración Local*, núm. 117. CEMCI-Diputación de Granada, 2022b.

— *Los procesos selectivos de estabilización del empleo público temporal*, Bomarzo, 2022c.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Los procesos de estabilización en la Administración Local», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 15, 2022, pp. 141-182.

- CAMPOS DAROCA, J. M.^a, y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y estabilización del empleo público temporal. Ley 20/21 de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*, El Consultor/Wolters Kluwer, 2022.
- GARCÍA CALAVIA, M. Á.: «El empleo público en España: insuficiente, envejecido y (una parte) precarizado», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 8, 2022, pp. 11-24.
- LAÍN CORONA, I.: «El personal fijo discontinuo y el personal indefinido no fijo en los procesos de estabilización de plazas con motivo de su comienzo», *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8, 2022, pp. 1-10.
- LOSA MUÑIZ, V.: «Análisis y propuestas para la identificación de plazas objeto de procesos especiales de estabilización y su instrumentalización», *El Consultor*, núm. extra 2, 2022, pp. 65-77.
- MOZO AMO, J.: «La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Su incidencia en la Administración local», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2022, pp. 1-22.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Funcionario interino de larga duración: posibilidades y límites de estabilización», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2020.
- ROQUETA BUJ, R.: «Los procesos de estabilización del empleo temporal en las Administraciones públicas», *Revista de Derecho Administrativo v/lex*, +1, 2020, p. 9.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020.
- TODOLÍ SIGNES, A.: «Los sistemas de selección en la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público: especial atención a los límites para valorar méritos», en VVAA, *Régimen jurídico de la selección y consolidación de personal en el sector público: especial consideración a la normativa contra el abuso de la temporalidad*, Aranzadi, 2022, pp. 159-184.
- «El acceso al empleo público a la luz de la Ley 20/2021 de reducción de la temporalidad en el empleo público. Especial referencia a la valoración de los méritos», *Revista Vasca de Gestión de Personas*, núm. 22, 2022a, pp. 22-32.

Las Actuaciones de Dotación: su aplicación en la Comunidad de Madrid

Gerardo Roger FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
Arquitecto y Urbanista

RESUMEN

Las Actuaciones de Dotación son unos instrumentos de gestión urbanística de necesaria y solvente aplicación en la intervención en la ciudad consolidada incorporados al marco jurídico español por la originaria Ley de Suelo 8/2007, hoy recogidos Texto Refundido 7/2015.

Así, en los procesos de crecimiento en el suelo urbano-urbanizado definido por parcelas-solares en régimen de Actuaciones Aisladas, las Actuaciones de Dotación posibilitan la obtención pública y gratuita de los suelos dotacionales y del porcentaje público de plusvalías que se derivan del incremento de aprovechamiento urbanístico atribuido sobre el preexistente anterior, incremento que genera ese crecimiento, aplicando, al fin, el principio básico del sistema urbanístico español de reparto de cargas y beneficios en el suelo urbano, principio que sorprendente y lamentablemente no se aplicaba en el suelo urbanizado hasta la entrada en vigor de la Ley de Suelo 8/2007.

Sin embargo, también resulta sorprendente que tanto su contenido conceptual como sus determinaciones aplicativas son escasamente conocidas por una gran parte de los operadores urbanos. Esta lamentable situación se podría explicar en la larga e importante paralización de la actividad urbanística acaecida a partir de la crisis financiera e inmobiliaria ocasionada por la «explosión de la burbuja» en el año 2008 coincidiendo, en la práctica, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Suelo, prorrogada posteriormente por la pandemia, lo que supuso un cierto desistimiento profesional en conocer la parafernalia jurídica que comportaban los originales instrumentos de gestión incorporados por la nueva Ley de Suelo, dejación que llegó a afectar también a la Universidad.

Pues bien, con explícita finalidad pedagógica se formula este artículo destinado a despejar las dudas e incógnitas que esta institución aún pudiera suscitar en la actualidad

de la práctica urbanística y, en concreto, a su aplicación en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Palabras clave: Actuaciones de Dotación; incrementos de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano; reparcelación discontinua y voluntaria; transferencias de aprovechamiento urbanístico; compensación económica; complejos inmobiliarios.

The performances of endowment: application in the Community of Madrid

ABSTRACT

The Endowment Actions are urban management instruments of necessary and solvent application in the intervention in the consolidated city incorporated into the Spanish legal framework by the original Land Law 8/2007, today collected Consolidated Text 7/2015.

Thus, in the processes of growth in the urban-urbanized land defined by plots-lots under the Isolated Actions regime, the Endowment Actions make it possible to obtain public and free of endowment land and the public percentage of capital gains derived from the increase in urban use attributed to the previous pre-existing one, an increase that this growth generates, applying, finally, the basic principle of the Spanish urban system of distribution of charges and benefits on urban land, a principle that surprisingly and unfortunately was not applied to urbanized land until the entry into force of the Land Law 8/2007.

However, it is also surprising that both its conceptual content and its application determinations are barely known by a large part of urban operators. This unfortunate situation could be explained by the long and significant stoppage of urban planning activity that occurred after the financial and real estate crisis caused by the «burst of the bubble» in 2008, coinciding, in practice, with the entry into force of the new Land Law, later extended by the pandemic, which meant a certain professional reluctance to know the legal paraphernalia that the original management instruments incorporated by the new Land Law entailed, a neglect that also affected the University.

Well, with an explicit pedagogical purpose, this article is formulated to clear up the doubts and unknowns that this institution could still raise today in urban practice and, specifically, its application in the Autonomous Community of Madrid.

Keywords: Endowment Actions; increases in urban development on urban land; discontinuous and voluntary reparcelation; transfers of urban development rights; economic compensation; real estate complexes.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN; LA DEFICIENTE GESTIÓN EN EL SUELO URBANO. LA REGULACIÓN DE LA LEY DEL SUELO 6/98.—2. CONSECUENCIAS Y SECUELAS DE LA REGULACIÓN DE LA LS/98.—3. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA REGULACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN.—4. RÉGIMEN DE GESTIÓN Y EQUIDISTRIBUCIÓN APLICABLES A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN: 4.1. Determinación de la reserva de suelo dotacional: 4.1.1. Procedimiento aplicable al estándar de la reserva dotacional. 4.1.2. Determinación de la cuota de suelo dotacional. 4.2. Procedimiento para el

levantamiento de la carga correspondiente a la cesión de suelo dotacional. 4.3. Determinación de la compensación económica correspondiente al suelo dotacional. 4.4. Determinación del deber de porcentaje público de plusvalías. 4.5. Procedimiento para la satisfacción del deber de participación pública en las plusvalías. 4.6. Preceptividad de la Evaluación Ambiental Estratégica en las Actuaciones de Dotación.—5. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID: 5.1. Consideraciones previas. 5.2. Las AdD en la legislación urbanística madrileña: 5.2.1. La regulación en la Ley 9/2001. 5.2.2. La regulación en la reciente «Ley Ómnibus».—6. CONCLUSIONES GENERALES Y VIRTUALIDADES ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LAS AdD: 6.1. Conclusiones generales. 6.2. Virtualidades adicionales de las AdD. 6.3. Conclusiones finales.—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN: LA DEFICIENTE GESTIÓN EN EL SUELO URBANO. LA REGULACIÓN DE LA LEY DEL SUELO 6/98

Una de las regulaciones de mayor trascendencia que aporta la legislación estatal de suelo vigente, hoy establecida en el Texto Refundido 7/2015 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLS/15), es la referente a las denominadas Actuaciones de Dotación (en adelante AdD) contempladas en el núm. 1.*b*) del art. 7 TRLS/15.

La nueva regulación básica de las AdD incorporada a la reciente legislación de Suelo estatal, supone la supresión definitiva de una grave deficiencia que se derivaba de los procedimientos de gestión aplicables a las alteraciones de los parámetros esenciales del suelo urbano-urbanizado que establecía la anterior legislación estatal, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LS/98).

De hecho, la regulación para el suelo urbano que en esa ley se establecía dio pie a interpretaciones jurídico-urbanísticas erróneas que venían a producir enriquecimientos absolutamente injustos para la propiedad del suelo recalificado y, simétricamente, traslados injustificables de costes a la comunidad que vulneraban frontalmente el principio básico del sistema urbanístico español de reparto equitativo de beneficios y cargas y su aplicación a la atribución del incremento de aprovechamiento adicional que el plan otorgaba a las parcelas edificables.

Pasemos a analizarlo más pormenorizadamente.

Parte de los graves problemas que han venido lastrando la gestión del suelo urbano (y del ubicado en situación básica de urbanizado en terminología del TRLS/15) se derivan de la ambigua regulación que establecía el art. 14 de la LS/98, a saber:

«Art. 14. Deberes de los propietarios de suelo urbano.

1. Los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen —si aún no la tuvieron— la condición de solar, y edificarlos en plazo si se encontraran en ámbitos para los que así se haya establecido por el planeamiento y de conformidad con el mismo.

2. Los propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan la urbanización consolidada deberán asumir los siguientes deberes:

a) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas de carácter local al servicio del ámbito de desarrollo en el que sus terrenos resulten incluidos.

b) Ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, incluya en el ámbito correspondiente, a efectos de su gestión.

c) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo.

d) Proceder a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, con anterioridad al inicio de la ejecución material del mismo.

e) Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización.

f) Edificar los solares en el plazo que, en su caso, establezca el planeamiento».

Sorprendentemente, algunas interpretaciones «reduccionistas» del apartado 1 planteaban que un suelo urbano «ya urbanizado», es decir, aquellas parcelas aisladas que hubiera alcanzado la condición de solar (o que sólo le faltara algún servicio complementario-cuasi-solar), ya disponía, *ad aeternum*, de la consideración jurídico-urbanística de suelo urbano «consolidado por la urbanización» (en adelante SUC) y, ello, independientemente de que el planeamiento, bien mediante modificación puntual o bien mediante revisión del mismo, le atribuyera aprovechamientos adicionales a los anteriormente vigentes. Incluso el TS asumió esta errónea tesis (Sentencia de 23 de septiembre de 2008 —RC 4731/2004— entre otras) estableciendo el carácter «inamovible» de esos SUC.

Consecuentemente, las parcelas urbanas calificadas como SUC (art. 14.1 de la LS/98) se consideraban libres de asumir cargas y deberes derivados del proceso de ejecución del Plan, mientras que aquellas otras parcelas urbanas (art. 14.2 de la LS/98) cuya urbanización «no estuviera consolidada» (en adelante SUNC) se consideraban en situación análoga a la de los suelos urbanizables y, en consecuencia, tienen la obligación de asumir los deberes de cesión de suelo dotacional, costear las obras de urbanización y patrimonializar sólo una parte del porcentaje del aprovechamiento atribuido, pues el resto le corresponde a la Administración como participación pública en las plusvalías atribuidas por el planeamiento, tal como prescribe el art. 47 CE.

Sin embargo, esta incorrecta interpretación estaría obviando la realidad dinámica e histórica del proceso urbano. De hecho, la transformación y evolución a lo largo de la historia de las ciudades es imparable. Cualquier ciudad histórica no ha parado de transformarse a lo largo de su vida útil. La Roma imperial de Augusto, pasando por la renacentista de Sixto V hasta la actual de Meloni, no ha parado de regenerarse parcela a parcela, sustituyendo usos obsoletos por nuevos usos, aumentando las edificabilidades o incrementando el número de plantas preexistentes, y estas modificaciones urbanas no son otra cosa que AdD en el metalenguaje de la legislación urbanística vigente. Podríamos resumir y sintetizar simbólicamente «que la historia de la ciudad es la historia de las AdD».

Obviamente, la buena práctica y el rigor técnico-urbanístico exige que esa transformación urbana prevea (a localizar en proximidad a las parcelas transformadas) la reserva de los suelos dotacionales necesarios para satisfacer las necesidades ciudadanas que el nuevo aprovechamiento adicional comporta, calificando para esos usos dotacionales públicos parcelas urbanas de titularidad hoy privada y en la proporción establecida por la legislación autonómica en función del aprovechamiento adicional otorgado.

Es decir, en esa zona urbana se encontrarán parcelas concretas que tendrán atribuido por el Plan un aprovechamiento adicional sobre el otorgado por el planeamiento anterior y sobre la base aplicativa y obligada del principio de reparto de beneficios y cargas, es exigible que, previa o simultáneamente a la solicitud de la preceptiva licencia de obras, se asuma el deber de cesión de la parte proporcional de suelos dotacionales y de aprovechamiento lucrativo que le corresponda a la Administración actuante, superficies de suelo determinadas, ambas, en función del incremento de aprovechamiento otorgado por el nuevo planeamiento.

2. CONSECUENCIAS Y SECUELAS DE LA REGULACIÓN DE LA LS/98

De lo expuesto anteriormente se deduce que, si la carga de cesión de suelo dotacional y el deber de participación pública en las plusvalías no fueran asumidas por los propietarios «receptores» del incremento de aprovechamiento que las genera, se estaría vulnerando el principio general de reparto de cargas y beneficios, pues el entero aprovechamiento atribuido sería apropiado por el titular de la parcela edificable, incluido el porcentaje de aprovechamiento público, y los suelos dotacionales deberían ser obtenidos por la Administración mediante la expropiación. Es decir, se estaría «patrimonializando el beneficio y socializando la carga», procedimiento hoy inasumible en una sociedad moderna y respetuosa con el Estado de Derecho.

Lamentablemente, así se ha venido actuando en la mayoría de los municipios españoles en los últimos años, si bien y en su descargo debemos aducir que se hacía sin percibirse de ello apoyándose en las erróneas interpretaciones doctrinales que lo justificaban y amparadas por las sentencias de los Tribunales de Justicia señaladas en el apartado anterior que, sobre la base de las erróneas interpretaciones doctrinales señaladas, venían a ratificar tan sorprendente procedimiento.

Pero el negativo procedimiento produce, además, otra consecuencia enormemente negativa para las arcas públicas. En esa situación, las parcelas urbanas aisladas calificadas como Dotaciones de uso y dominio públicos, al tener vedado el procedimiento de su obtención gratuita para la Administración por aplicación de las técnicas reparcelatorias al no formar parte de un ámbito espacial de gestión, *v. gr.* Unidades de Ejecución, ni estar adscritos a ninguno de ellos, sólo se dispone del procedimiento expropiatorio para ejercitar su derecho desde la óptica de la propiedad, o para proceder a su obtención como bienes de uso y dominio públicos desde la óptica de la Administración.

Obviamente, la satisfacción de ese derecho de propiedad se encuentra explícitamente garantizado por ley, estableciéndose un plazo preclusivo (que suele variar entre los dos y los cinco años, según la legislación autonómica) para la aplicación del ejercicio expropiatorio, habilitándose legalmente a la propiedad el inicio del procedimiento, para el caso de incumplimiento del plazo por la Administración correspondiente.

Pues bien, como era de esperar en etapas de recesión económica como es la que aún estamos sufriendo tras la crisis inmobiliaria por causa de la pandemia y la guerra de Ucrania, se vienen presentando de manera «implacable y continuada» las exigencias expropiatorias por imperativo legal por parte de los propietarios afectados por la calificación de suelo dotacional, expropiación que es automática e imparable a partir de su acceso a los jurados autonómicos de expropiación, lo que está produciendo gravísimos quebrantos en las haciendas locales que, en caso de no corregirse normativamente y sustituirse por procedimientos compensatorios, acabarán generando, si no lo han hecho ya, niveles de endeudamiento municipal aún más dramáticos e inasumibles que los que actualmente vienen sufriendo muchos ayuntamientos.

3. LA NUEVA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA REGULACIÓN DE LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN

Afortunadamente, la vigente legislación estatal suprime definitivamente los graves problemas que genera tan espurio proceder y, al fin, viene a aclarar definitivamente la gestión en el suelo urbano-urbanizado con la regulación de las innovadoras Actuaciones de Dotación (AdD), establecidas en la originaria Ley de Suelo 8/2007 y en el actual y vigente TRLS/15.

Así, el art. 7.1. *b*) TRLS/15 establece:

«*b*) Las Actuaciones de Dotación, considerando como tales las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de este».

Con respecto a los deberes que comportan estas actuaciones de transformación urbanística, el art. 18.2 TRLS/15 establece:

«1. Cuando se trate de las Actuaciones de Dotación a que se refiere el art. 7.1. *b*), los deberes anteriores se exigirán con las siguientes salvedades:

a) El deber de entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito superior de referencia en que esta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, se determinará atendiendo sólo al incremento de la edificabilidad media ponderada que, en su caso, resulte de la modificación del instrumento de ordenación. Dicho deber podrá cumplirse mediante la sustitu-

ción de la entrega de suelo por su valor en metálico, con la finalidad de costear la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación, o a integrarse en el patrimonio público de suelo, con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.

b) El deber de entregar a la Administración competente el suelo para dotaciones públicas relacionado con el reajuste de su proporción, podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo, tal y como prevé el art. 26.4, o por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

Por tanto, quedan así despejadas todas las dudas y erróneas aplicaciones que afectaban a la gestión del suelo urbano-urbanizado en parcelas aisladas, pues el nuevo marco legal estatal y autonómico complementario trasciende del controvertido concepto y de las ambiguas interpretaciones relativas al SUC y SUNC de la controvertida LS/98, procediendo a contemplar la consideración del suelo desde su realidad fáctica, es decir, desde la situación básica y real que pueda constatarse y valorarse objetivamente.

Es decir, aquellas parcelas urbanas a las que un nuevo planeamiento atribuya un incremento del aprovechamiento urbanístico al otorgado por el planeamiento vigente por causa de asignar nuevos usos, edificabilidades superiores o mayores densidades edificatorias a las preexistentes ya patrimonializadas, deberán asumir el deber de cesión de los suelos dotacionales que les correspondan en proporción al aprovechamiento adicional atribuido. Asimismo, como dicha innovación producirá, normalmente, un aumento del valor del suelo de la finca, la Administración deberá aplicar el deber de participar, también, en las plusvalías generadas, aplicándose el porcentaje que establezca la legislación autonómica al incremento del valor atribuido, deber también exigido por un mandato constitucional establecido en su art. 47.

4. RÉGIMEN DE GESTIÓN Y EQUIDISTRIBUCIÓN APLICABLES A LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN

Tal como ya se ha comentado, el incremento de aprovechamiento atribuido por el nuevo planeamiento a parcelas concretas localizadas en el suelo urbano, bien por incremento de edificabilidad sobre la atribuida por el planeamiento anterior, bien por cambio de uso de mayor rentabilidad económica, o bien por una mayor densidad edificatoria (cada una de las cuales determinan la constitución de una AdD), comporta la generación de una carga y de un deber sobre la base de la obligada aplicación del principio de reparto de cargas y beneficios y del de participación pública en las plusvalías, principios básicos y fundacionales del sistema urbanístico español, a saber:

a) Una carga, constituida por una reserva de suelo destinada a dotaciones públicas necesarias para satisfacer las demandas de servicios públicos generados por las nuevas edificabilidades atribuidas, suelos dotacionales que deberán dimensionarse en propor-

ción al incremento de aprovechamiento atribuido sobre el otorgado por el planeamiento anterior y cuantificado en los términos establecidos en el procedimiento específico regulado en la legislación autonómica. En todo caso, dicha carga deberá ser levantada previamente a la patrimonialización del aprovechamiento adicional otorgado.

b) Un deber, derivado del principio de participación pública en las plusvalías (también recogido en el art. 47 CE) según el cual le corresponde a la Administración una parte de las generadas por la acción pública del planeamiento urbanístico y que se establece en el art. 18.1. *b)* TRLS/15 en la «horquilla» comprendida entre el 5-20 por 100 del incremento de aprovechamiento atribuido sobre el otorgado por el planeamiento anterior, % determinado en función del resultado de la formulación del documento jurídico-económico denominado Memoria de Viabilidad Económica, formulada en los términos establecidos en el art. 22.5 TRLS/15 y en los concordantes de las legislaciones autonómicas.

4.1. Determinación de la reserva de suelo dotacional

Tal como se ha señalado en el apartado anterior, la determinación de la reserva de suelo dotacional se llevará a cabo según el procedimiento establecido en cada legislación autonómica. En este sentido procede manifestar que una gran parte de las legislaciones autonómicas establecen un estándar mínimo con la lógica finalidad, por otra parte, de no reducir la *ratio* dotacional preexistente en el barrio donde la AdD se ubica.

Normalmente se cuantifica en una superficie igual o mayor a la *ratio* resultante del cociente «suelo dotacional/aprovechamiento», *ratio* determinada en el ámbito espacial identificado por usos y tipologías homogéneas en la que se hubiera establecido la AdD, ámbito que debería corresponder, lógicamente, con la Zona de Ordenación Urbanística (en adelante ZOU), espacio urbano homogéneo ejecutable mediante la aplicación de una ordenanza de edificación concreta, como ámbito espacial de referencia más idóneo para este fin.

4.1.1. Procedimiento aplicable al estándar de la reserva dotacional

La cuantificación, por tanto, del estándar correspondiente a la reserva dotacional mínima aplicable a las AdD situadas en una concreta ZOU se calculará por la siguiente expresión:

$$RD = SD/EB$$

siendo:

RD: la ratio dotacional (m²s Dot./m²t) determinada en la ZOU aplicable a las AdD que se integran en ella.

SD: la superficie total (m²s Dot.) de todas las dotaciones de uso y dominio público, sin considerar el viario, localizadas en la ZOU, bien aquellas preexistentes y ya materializadas, o bien aquellas otras previstas por el planeamiento que se está modificando o revisando.

EB: superficie total edificable (m^2t) que disponen todas las parcelas edificables localizadas en la ZOU, bien aquella edificabilidad realmente materializada en el ámbito o bien aquella otra, aún no ejecutada, que se encuentra prevista por el planeamiento que se está modificando o revisando.

No obstante, surge la duda sobre el criterio a aplicar en la determinación de la *ratio*, bien los parámetros de dotaciones y edificabilidades preexistentes y materializados, o bien los previstos por el planeamiento, dado que la adopción de unos u otros ofrecerán resultados diferentes. Pues bien, con el objetivo de garantizar la mayor seguridad jurídica, parece razonable adoptar la mayor de las dos ratios dotacionales resultantes de los dos criterios expuestos.

4.1.2. *Determinación de la cuota de suelo dotacional*

En virtud del nivel de aleatoriedad que con respecto a la *ratio* dotacional preexistente comporta la situación de cada una de las ZOU en que se ubica la AdD objeto de intervención urbana, los suelos correspondientes a las reservas dotacionales a prever en parcelas localizables en cada una de las ZOU, parece razonable que no se establezcan con porcentajes fijos de usos dotacionales concretos, sino que pudiera destinarse la reserva total, bien a zonas verdes o bien a cualquier otro uso detallado de equipamiento público, determinándose en función de las necesidades de servicio público existentes en cada una de las ZOU, debiendo motivarse, obviamente, en la Memoria Justificativa de la implantación de la AdD.

Finalmente, procederá la aplicación de la reserva dotacional determinada para el ámbito de la ZOU a la parcela o parcelas individualizadas sometidas a una AdD, de acuerdo al siguiente procedimiento:

En cada parcela P_i en la que el Plan le hubiera atribuido un incremento de aprovechamiento materializable en m^2t —Inc. P_i —, la cuota dotacional que le correspondería a dicha parcela (C_{pi}) será, como mínimo:

$$C_{pi} (m^2s) = RD (m^2s/m^2t) \times Inc. P_i (m^2t)$$

4.2. **Procedimiento para el levantamiento de la carga correspondiente a la cesión de suelo dotacional**

El levantamiento de la carga derivada de la entrega de suelo dotacional proporcional al incremento de aprovechamiento atribuido, en virtud de la regulación establecida en el TRLS/15 podrá realizarse aplicando una de estas tres modalidades:

1.^a) Mediante reparcelación voluntaria y discontinua (conocida en el metalenguaje técnico como Transferencias de Aprovechamiento Urbanístico —TAU—, tal como las definió a finales de los años setenta del pasado siglo su malogrado y genial creador J. GAR-

CÍA BELLIDO)¹, operación jurídico-urbanística que comporta la entrega de Cpi (m²s Dot.) a la Administración del uso dotacional (uso público para zonas verdes o equipamientos) en función del acuerdo que puedan alcanzar entre el titular de la parcela edificable y el propietario de una parcela dotacional que voluntariamente decide «asociarse» con el anterior (de ahí la definición de reparcelación voluntaria), parcelas que normalmente estarán localizadas en la misma ZOU pero en ubicaciones diferentes (de ahí la definición de reparcelación discontinua), cesión de suelo realizada previa o simultáneamente a la obtención de licencia solicitada para patrimonializar el Inc. Pi (m²t) atribuido.

2.a) Para los casos en que la concertación entre el propietario de una parcela edificable y el/los propietarios de parcelas dotacionales no llegará a buen fin, o porque así lo decide el ayuntamiento podrá aplicarse la modalidad de compensación económica, sustituyéndose la cesión del suelo dotacional por su equivalente económico, importe a entregar a la Administración por un valor igual al de tasación correspondiente, tasación determinada, obviamente, según el régimen de valoración vigente establecido en la legislación estatal de suelo, cantidad que en virtud del art. 18.2.a) TRLS/15, deberá ingresarse en el Patrimonio Público de Suelo con destino a la obtención de los suelos dotacionales a los que sustituye mediante la aplicación expropiatoria o a la mejora de la calidad urbana de los suelos dotacionales existentes, en virtud de lo establecido en el art. 18.2.a) TRLS/15.

En este sentido, procede señalar la conveniencia de aplicar la compensación económica frente a la reparcelación voluntaria y discontinua, y ello por las siguientes razones:

a) Evita la posibilidad indeseable de que algún (o algunos) «intermediarios de futuros», previa obtención anticipada de los suelos dotacionales en el mercado privado, generen un oligopolio de oferta e impongan condiciones espurias y especulativas a los titulares de las parcelas edificables que necesitaran de ellos para patrimonializar los incrementos de aprovechamiento que el Plan les hubiera atribuido.

b) Permite que el ayuntamiento pueda desarrollar una política de suelo dotacional concreta y planificada en función de las demandas sociales, pues cuando disponga de un agregado suficiente de recursos económicos procederá a expropiar la totalidad de aquellas parcelas dotacionales destinadas a un uso concreto que su política urbanística les aconsejara y, de esta forma, evitará ir recibiendo «trozos» parciales de suelo destinado a un uso dotacional concreto sin llegar a obtener, en tiempo acotado, una parcela completa para un uso determinado, circunstancia derivada obligadamente de la voluntariedad que comporta la reparcelación voluntaria.

c) Finalmente, confiere al procedimiento una agilidad y flexibilidad enormes, pues el mismo se culmina mediante el abono por el titular de la parcela edificable que disponga de un incremento de aprovechamiento de la compensación económica equivalente al valor de la cuota dotacional que tuviera que satisfacer, sin tener que buscar a propietarios

¹ Conviene recordar que el procedimiento de reparto de cargas y beneficios en suelo urbano mediante la Reparcelación Voluntaria y Discontinua (TAU) fue validada con todos los pronunciamientos favorables por la Sala 4.ª del TS en Sentencia de 22 de junio de 1981, siendo el letrado defensor del Ayuntamiento de Ibi (Alicante), en el recurso del que traía causa, Eduardo García de Enterría.

de suelo dotacional que accedieran a asociarse con él para satisfacer la carga que comporta la AdD concreta.

3.^a) Cuando en virtud de lo regulado en el art. 18.2. *b*) TRLS/15, no sea posible la materialización física de la cesión de suelo dotacional en la propia parcela constitutiva de la AdD (o en otra parcela próxima situada dentro de la ZOU), podrá satisfacerse el levantamiento de la carga mediante entrega de una superficie edificada con destino dotacional de equipamiento público, equipamiento a construir integrado dentro del propio edificio a levantar en la parcela edificable y cuyo presupuesto de contrata equivaldrá al valor del suelo dotacional al que sustituye (es decir, a la compensación económica), constituyéndose un Complejo Inmobiliario Urbanístico entre la superficie construida correspondiente al Equipamiento de uso y dominio público y la edificabilidad patrimonial correspondiente al uso privativo correspondiente a la parcela edificable, actuación a desarrollar en régimen de propiedad horizontal y conformando un complejo a ejecutar en los términos establecidos en el art. 26.5 TRLS/15.

4.3. Determinación de la compensación económica correspondiente al suelo dotacional

Para poder valorar económicamente el suelo dotacional resulta necesario disponer de un «aprovechamiento virtual» sobre el que aplicar el Valor de Repercusión del Suelo (en adelante VRS) correspondiente al uso mayoritario existente en la ZOU concreta en la que se ubica la AdD.

Para ello, procede acudir al art. 37.1. *a*) TRLS/15 que define lo siguiente:

«Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística, se le atribuirá la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido».

Pues bien, de acuerdo a la definición anterior, parece razonable que el «Ámbito Espacial Homogéneo» (en adelante AEH) a considerar para el cálculo de la «edificabilidad media del uso mayoritario» («aprovechamiento medio urbanístico» en terminología jurídico-urbanística) aplicable a la parcela dotacional sea el ámbito de aplicación normativa derivado de la ZOU en la que se integra.

En consecuencia, procede aplicar la fórmula establecida en el art. 21 del Reglamento de Valoraciones para esta finalidad, es decir:

$$AU = \frac{\sum \frac{E_i \times S_i \times VRS_i}{VRS_r}}{SA - SD}$$

en la cual, cada sigla corresponde a:

AU = Aprovechamiento medio de la ZOU, en uas/m²s.

E_i = Edificabilidad unitaria atribuida a cada parcela «i» de la ZOU, en m²t/m²s.

S_i = Superficie de cada parcela «i» integrada en la ZOU, en m^2s .

VRS_i = Valor de repercusión del suelo correspondiente al uso atribuido a cada parcela «i», en €/m²t.

VRS_r = Valor repercusión del suelo del uso característico (el que disponga de mayor edificabilidad) de la ZOU, en €/m²t.

VRS_i/VRS_r = Coeficiente corrector o de homogeneización (calculado en función de los VRS), en uas/m²t.

SA = Superficie de la ZOU, en m^2s .

SD = Superficie de suelo dotacional existente afectado a su destino, en m^2s .

Por tanto, el valor de la compensación económica, CE, se determinará de acuerdo a la siguiente expresión matemática:

$$CE_i = C_{pi} (m^2s) \times AU (uas/m^2s) \times VRS (€/uas)$$

en la cual, cada sigla corresponde a:

CE_i = Compensación económica correspondiente al suelo dotacional, en €.

C_{pi} = Cuota dotacional que le corresponde al suelo dotacional, en m^2s .

AU = Aprovechamiento medio de la ZOU, en uas/m²s.

VRS = Valor de repercusión del suelo correspondiente al uso mayoritario en la ZOU, en €/m²t.

4.4. Determinación del deber de porcentaje público de plusvalías

Procede, ahora, determinar el Porcentaje Público de Plusvalías (en adelante PPV) que le corresponde a la Administración por el incremento de aprovechamiento atribuido a la AdD.

En este sentido, el art. 18.1.b) TRLS/15 establece ese porcentaje en la horquilla 5-20 por 100 del incremento de aprovechamiento atribuido (en adelante P %), porcentaje que deberán determinar las legislaciones autonómicas en virtud de la rentabilidad económica de las Actuaciones, es decir, en función del resultado que se derive de la formulación de las Memorias de Viabilidad Económica.

Previamente debemos transformar el incremento de edificabilidad medido en m²t, en unidades de aprovechamiento (uas) mediante la aplicación de los correspondientes coeficientes correctores o de homogeneización a las edificabilidades atribuidas a cada uso asignado, determinándose de acuerdo a la siguiente expresión matemática:

$$PPV = P \% / Inc. P$$

en la cual, cada sigla corresponde a:

PPV = Porcentaje Público de Plusvalías que le corresponde a la Administración, en uas.

$P \%$ = Porcentaje determinado por la legislación autonómica, en %.

$Inc. P$ = Incremento de aprovechamiento urbanístico, en uas.

4.5. Procedimiento para la satisfacción del deber de participación pública en las plusvalías

La satisfacción del deber derivado de la entrega de suelo urbanizado para materializar el porcentaje de aprovechamiento que le corresponde a la Administración en virtud del principio de participación pública en las plusvalías podrá realizarse análogamente al procedimiento analizado para la cesión de suelo dotacional, aplicando una de estas tres modalidades:

1.^a) Mediante entrega del suelo (previa o simultánea a la licencia de edificación) de una parcela urbanizada calificada, en el caso de las actuaciones de uso Residencial, para la construcción de viviendas de protección pública dotada de un índice de edificabilidad Neta que comporte la materialización de la siguiente edificabilidad (E.VPP):

$$E.VPP = Inc. P \times \frac{VRS - VRL}{VRS - VPP}$$

correspondiendo las siglas al siguiente contenido:

E.VPP = edificabilidad correspondiente al PPV que le pertenece a la Administración, en m²t,

Inc.P = incremento de edificabilidad atribuida a la parcela, en m²t, y

VRS-VRL = VRS correspondiente a la Vivienda de Renta Libre y VRS-VPP el correspondiente a la Vivienda de Protección Pública, lo que viene a determinar el coeficiente corrector o de homogeneización, en este caso.

Asimismo, la entrega de suelo urbanizado capaz de materializar la edificabilidad E.VPP calculada, se realizaría aplicando la técnica de la Reparcelación Discontinua y Voluntaria (TAU), de manera análoga a la ya señalada para la cuota dotacional.

2.^a) Mediante compensación económica, si bien esta medida alternativa sólo resultaría aplicable si se cumple el requisito establecido en el último párrafo del art. 18.1.b) TRLS/15 que establece esa posibilidad en el caso de que se encontrara agotada la reserva de suelo destinada a vivienda protegida prevista en el Plan General.

No obstante, para el caso de agotamiento de suelo para vivienda protegida expresado en la legislación estatal, el cumplimiento del deber de participación pública en las plusvalías se satisfaría de manera análoga a la ya señalada para la cuota dotacional, procediendo a la determinación de una Compensación Económica (CE), de valor equivalente, de acuerdo a la siguiente expresión:

$$CE (\text{€}) = E.VPP (\text{m}^2\text{t}) \times VRS-VPP (\text{€/m}^2\text{t})$$

Deber que tendrá que satisfacerse, al igual que la carga dotacional, de manera previa o simultánea a la obtención de la licencia de edificación, procedimiento exigible para

poder patrimonializar por parte del titular de la parcela edificable el entero incremento de aprovechamiento atribuido por el Plan, debiendo destinarse la compensación sustitutiva a la obtención de suelo para vivienda protegida o para actuaciones de rehabilitación o de regeneración urbanas, tal como establece el art. 18.2. *b*) TRLS/15.

3.^a) Asimismo, cuando en virtud de lo regulado en el art. 18.2. *b*) TRLS/15 no sea posible la materialización física de la cesión de suelo para vivienda protegida en la propia parcela constitutiva de la AdD, podrá satisfacerse el levantamiento de la carga mediante entrega de superficie edificada con destino a vivienda protegida de titularidad pública y de valor equivalente al aprovechamiento correspondiente, constituyéndose un complejo inmobiliario entre la edificabilidad correspondiente al suelo público para la Vivienda Protegida y la edificabilidad correspondiente al uso privativo atribuido a la parcela, en los términos establecidos en el art. 18.2. *b*) TRLS/15.

4.6. Preceptividad de la Evaluación Ambiental Estratégica en las Actuaciones de Dotación

Como resulta preceptivo, en la conformación de la AdD que comporta la modificación del aprovechamiento atribuido a diversas parcelas procede tramitar, previa o simultáneamente al desarrollo de la Actuación, una modificación puntual del Plan General que, en función de lo que establezca la legislación ambiental vigente en la comunidad autónoma concreta, deberá acompañarse de un estudio de Evaluación Ambiental Estratégica (en adelante EAE).

Consecuentemente, mediante resolución del órgano ambiental establecido por la legislación autonómica procederá precisar la obligación de someter las AdD a EAE, bien de tipo ordinaria o simplificada, o bien declarar la exención de la misma.

Obviamente, para los casos normales y generalizados de AdD en las que la modificación del planeamiento resulta ser de escaso calado, parece razonable considerar que salvo el cambio de uso a otro que pudiera producir efectos negativamente significativos en el medio ambiente (p. ej., pasar de un uso residencial a uso industrial que produzca emisiones contaminantes), la preceptividad de la EAE resulta más que discutible y más aún, cuando una reciente Sentencia de 20 de junio de 2019 del Tribunal Constitucional (RC 86/2019) exime de la misma a los estudios de detalle.

No obstante, en caso de tener que someterse a EAE, convendrá su tramitación junto a la modificación puntual y, en su caso, simultáneamente con el desarrollo de la AdD quedando, en este caso, condicionada la culminación del expediente a la aprobación definitiva de la evaluación por el órgano ambiental que establezca la legislación urbanística correspondiente.

5. LAS ACTUACIONES DE DOTACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

5.1. Consideraciones previas

Como ya se ha señalado y analizado anteriormente, la incorporación de las AdD a la legislación estatal vigente se produjo en la primigenia Ley de Suelo 8/2007, hoy recogida en el art. 7.1.b) y concordantes del TRLS/15.

En la actualidad, su procedimiento se desarrolla de manera desigual en las diferentes leyes autonómicas con el establecimiento, en unos casos de controvertidas determinaciones jurídico-urbanísticas (cuantificación de suelos de reserva dotacional, porcentajes públicos de plusvalías, etc.), cuando no muestran una cierta insuficiencia en sus determinaciones procedimentales.

Pues bien, teniendo en cuenta el carácter de obligado cumplimiento de las disposiciones básicas estatales, para los casos de la existencia de alguna insuficiencia o ausencia normativa en la legislación autonómica, procede acudir, en sede municipal, a una compleción rápida de las insuficiencias que pudieran existir sin tener que esperar a una modificación de la regulación autonómica. En este sentido, conviene señalar la posibilidad de recoger dicho procedimiento en las Normas Urbanísticas de los Planes Generales, teniendo en cuenta el carácter reglamentario que disponen los instrumentos de planeamiento municipal.

En cualquier caso, pasemos a analizar la regulación de las AdD en la legislación urbanística madrileña vigente.

5.2. Las AdD en la legislación urbanística madrileña

5.2.1. La regulación en la Ley 9/2001

La legislación urbanística tradicional madrileña viene constituida por la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (en adelante LCAM), marco legal que «sufrió» numerosas modificaciones y transformaciones puntuales, en muchos casos de gran calado jurídico-urbanístico, tramitadas e incorporadas fundamentalmente a través de la siempre controvertida y más que dudosa aplicación de las «leyes de acompañamiento» a las de Presupuestos autonómicos anuales.

Pues bien, la LCAM no contemplaba la regulación de las AdD, ausencia cuya explicación podría encontrarse en que el año de promulgación de la ley madrileña (2001) era anterior al de la Ley 8/2007 y, por tanto, podría aducirse que no conocía el nuevo régimen que esta incorporaba a la gestión del suelo urbano. Ciertamente, en alguna de las numerosas modificaciones que la LCAM sufrió a lo largo de su azarosa vida podría haber introducido esa regulación a partir del año 2007, pero por las razones que fueron

esa incorporación no se produjo, manteniéndose la ausencia de su regulación explícita hasta la actualidad reciente, como veremos en el epígrafe 5.2.2 siguiente. Obviamente, esta «laguna» instrumental vino a generar cierta inseguridad jurídica en la gestión en el suelo urbano, lo que complicó, aún más, la siempre compleja y prolija intervención en la ciudad consolidada.

Sin embargo, procede señalar que como ocurre en todas las legislaciones urbanísticas, todas ellas regulan un procedimiento aplicable a las modificaciones del planeamiento y tal como hemos puesto de manifiesto en los anteriores apartados, las AdD se constituyen como específicas modificaciones puntuales de Plan en el suelo urbano ocasionadas por un incremento de aprovechamiento derivado bien de un aumento de edificabilidad, bien de un cambio de uso o de ambas circunstancias conjuntas.

Obviamente, la LCAM también regula las Modificaciones de los Planes en sus arts. 67 y 68.

De hecho, el art. 67.2 LCAM establece lo siguiente:

«2. Toda alteración de la ordenación establecida en un Plan de Ordenación Urbánística que aumente la edificabilidad, desafecte el suelo de un destino público descalifique suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas para mantener la cantidad y calidad de las dotaciones previstas respecto del aprovechamiento urbanístico del suelo, sin incrementar este en detrimento de la proporción ya alcanzada entre unas y otras, así como las posibilidades de acceso real a la vivienda y, en todo caso, asegurar la funcionalidad y el disfrute del sistema de redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos».

Pues bien, la regulación transcrita parece que fuera aplicable analógicamente a la contemplada en la Ley estatal para las AdD, pero lamentablemente sólo puede aplicarse de manera incompleta.

En efecto, el transcrito art. 67.2 LCAM regula el régimen aplicable a todos los suelos, sea cual fuere su clasificación, tanto para el urbano como para el urbanizable y, por tanto, también para el urbano en sus categorías de SUC como de SUNC, pero sólo contempla como modificación la atinente a aquellos a los que exclusivamente se les «aumente la edificabilidad» y, sorprendentemente, nada regula para los casos en que la modificación consista en sustituir el uso vigente por otro de mayor rentabilidad, alteración que como hemos visto comporta también la constitución de una AdD.

Pues bien, esta imperdonable ausencia de regulación en el régimen de modificaciones del planeamiento comporta que un factor tan importante y trascendente como resulta ser la disposición de un uso de mayor valor de repercusión que el originario, al no tenerse en cuenta su valor en la determinación de las plusvalías que la modificación comporta, tiene como consecuencia una reducción muy relevante en su cuantificación y, consecuentemente, en el porcentaje de las mismas que le corresponde a la Administración.

La trascendencia de esta ausencia regulatoria manifiesta toda su relevancia para el caso en que la modificación planteada mantenga la edificabilidad originaria, sin incre-

mentar un sólo m²t, y se limite a cambiar exclusivamente el uso (p. ej., de Taller Artesanal al Terciario-Comercial, *v. gr.* Corte Inglés). En estos casos, según el transcrito art. 67.2 LCAM no sería obligada la adopción de «medidas compensatorias» algunas, ni de suelos dotacionales ni de porcentaje de plusvalías.

Obviamente, esta situación produce, por un lado, un enriquecimiento injusto de la propiedad privada no sólo por ahorrarse la cesión de suelo dotacional que el nuevo aprovechamiento comporta, sino también y sobre todo, al apropiarse del % de aprovechamiento público que le pertenece a la Administración y, por otro lado, supone un grave detrimento en las arcas municipales al no ingresar las plusvalías públicas que por ley le pertenecen (¿podría entenderse como malversación de fondos públicos?), y aquí no cabe aducir que la LCAM eximía del cumplimiento de ese deber, pues los principios de reparto de cargas y beneficios y el de participación pública en las plusvalías generadas por el planeamiento seguían vigentes, no sólo en la legislación urbanística, sino en el art. 47 CE. En cualquier caso, una muy grave deficiencia en la gestión del suelo urbano que no lo resuelve la aplicación analógica de la regulación establecida en la LCAM para las modificaciones de Plan como AdD.

No obstante, procede señalar que esta situación siempre pudo y puede soslayarse desde el entendimiento que las disposiciones de la Ley 8/2007 y del TRLS/15 son determinaciones básicas de obligado cumplimiento en todo el Estado desde su entrada en vigor, aunque la normativa autonómica no lo refleje.

De hecho, los ayuntamientos deberían haber exigido dentro del procedimiento de modificación del planeamiento de manera preceptiva y adicionalmente, tanto las cesiones de suelo dotacional como del porcentaje público de plusvalías derivado de un cambio de uso al tratarse de determinaciones obligatorias, pero lamentablemente es de suponer (y ojalá no se haya producido así) que este requisito adicional no habrá sido exigido en numerosas ocasiones.

5.2.2. *La regulación en la reciente «Ley Ómnibus»*

Probablemente, por causa de las graves deficiencias contempladas en la LCAM que hemos señalado en el anterior epígrafe, el legislador madrileño ha procedido a modificar dentro de la «Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid», denominada coloquialmente «Ley Ómnibus», la deficiente regulación existente introduciendo un nuevo artículo, el 19 *bis*, que establece el régimen de las AdD con una regulación y requisitos presumiblemente iguales a los recogidos en el TRLS/15, tanto en lo que respecta al aumento de la edificabilidad, como al cambio de uso y a la densidad.

Sin embargo, sorprendente y lamentablemente, el citado artículo plantea una diferencia sustancial: el cambio de uso que comporta la constitución de una AdD se refiere

específicamente al «uso característico», es decir, el uso de referencia en el Área Homogénea (art. 39 LCAM) en el que se encuentra ubicada la parcela edificable objeto de la AdD a constituir por causa de ese cambio de uso.

Pues bien, ese «uso característico» puede ser distinto al «pormenorizado» que tenga atribuido la parcela en el plan originario.

Con un ejemplo se entenderá mejor: en los ensanches es obvio que el «uso característico» resulta ser el residencial plurifamiliar. Pero puede ocurrir (y en muchos casos ocurrirá) que «el uso pormenorizado» que tenga asignado la parcela sea un uso «compatible» con el «característico», por ejemplo, el uso de taller-industrial compatible con el residencial plurifamiliar, y la modificación que el Plan pretende es su sustitución por un uso terciario-comercial, también «compatible con el característico» pero diferente del mismo. Pues bien, según el tenor literal del art. 19 *bis* esta modificación no comportaría la constitución de una AdD.

Es decir, por causa de una simple disposición normativa «de destrucción masiva» como la establecida, la nueva «Ley Ómnibus» nada resuelve y, en consecuencia, vuelven a reproducirse los anteriores y graves problemas que la anterior regulación de la LCAM presentaba.

Sintéticamente y en resumen, los requisitos específicos que propician la constitución de una AdD analizados detalladamente en este artículo con la finalidad establecida en el TRLS/15, seguirían inéditas en la CAM.

Por tanto, procedería modificar, cuanto antes, esta errónea disposición que viene a «tirar por tierra» las posibilidades resolutorias que sedicentemente conllevaba la «Ley Ómnibus» con la finalidad de garantizar con la solvencia deseada, la gestión en el suelo urbano a través de la regulación de las AdD.

6. CONCLUSIONES GENERALES Y VIRTUALIDADES ESPECÍFICAS DERIVADAS DE LAS ADD

6.1. Conclusiones generales

De lo expuesto a lo largo de este artículo, quedan puestas de manifiesto las ventajas que para el desarrollo de un urbanismo sostenible y equilibrado ofrecen las AdD incorporadas a la gestión del suelo urbano por la vigente legislación estatal.

Como conclusiones sintéticas de mayor trascendencia, podríamos señalar las siguientes acciones garantistas que las AdD generan:

1.^a) La garantía de mantener un explícito equilibrio dotacional en los procesos de desarrollo y crecimiento en el suelo urbano al tener que reservar el suelo para las dotaciones y servicios públicos en proporción al incremento de aprovechamiento atribuido a determinadas parcelas de la ciudad consolidada.

2.^a) La garantía de obtener esas dotaciones y servicios públicos de manera gratuita para la Administración en aplicación del principio básico de reparto de cargas y beneficios, suprimiéndose, al fin, la aplicación de la expropiación aislada en el suelo urbano, institución impropia en una clase de suelo, como es el urbano, en la que la obtención de las dotaciones públicas debe producirse por compensación de parte del aprovechamiento urbanístico que las genera.

3.^a) La garantía de que la Administración participe en las plusvalías que se derivan de la aprobación de una AdD que genere un incremento de valor del suelo por causa de la alteración del uso o de la edificabilidad anteriormente vigente.

Pero las AdD, además de estas positivas e imprescindibles consecuencias generales, presentan unas virtualidades específicas colaterales de enorme trascendencia cuando se combinan con la institución de los complejos inmobiliarios. Pasemos a verlo.

6.2. Virtualidades adicionales de las AdD

Tal como apuntamos en anteriores apartados de este artículo, la satisfacción del deber de cesión de suelo dotacional derivado del incremento de aprovechamiento atribuido puede realizarse constituyendo un complejo inmobiliario mediante la entrega de una superficie edificada destinada a equipamiento público de valor equivalente al suelo dotacional que sustituye, integrándola en la propia edificación en régimen de propiedad horizontal, tal como se establece en los arts. 18.2.*b*) y 25.5 TRLS/15.

Pues bien, como complemento de lo expuesto, procede señalar la segunda virtualidad que comporta la aplicación de este mismo mecanismo jurídico-urbanístico para la obtención de suelos dotacionales, hoy previstos como actuaciones aisladas en un Plan de Ordenación que aún no tuviera establecida la regulación de las AdD para la gestión del suelo urbano.

En estos casos, en aras de evitar la «implacable» expropiación por imperio de la ley, podría procederse a la aplicación del principio de reparto de cargas y beneficios en la propia parcela dotacional, atribuyéndole una edificabilidad lucrativa de un uso privativo cuya implantación fuera obviamente compatible en términos sociales y funcionales con el uso concreto de la dotación prevista por el Plan y cuyo valor residual equivaliera al justiprecio expropiatorio de la superficie dotacional que sustituye. Se conformaría, así, una AdD derivada de la atribución de ese incremento de aprovechamiento constituyéndose, en su caso, un complejo inmobiliario al disponerse la construcción conjunta en el mismo edificio de ambos usos, la dotación pública demanial y la edificabilidad privativa del uso lucrativo patrimonial.

Las ventajas del procedimiento son obvias. Siempre que sea posible garantizar la coexistencia, funcional y urbanística en una misma edificación del uso de dominio público previsto por el planeamiento (p. ej., un equipamiento administrativo o social) con otro uso patrimonial de titularidad privada (p. ej., residencial o terciario) y la modi-

ficación consiguiente del planeamiento lo autorice, se posibilita la obtención gratuita de la dotación construida, total o parcialmente, en función del valor del justiprecio correspondiente a la superficie dotacional y a la edificabilidad privativa de valor residual equivalente.

Y lo que es más trascendental, se obviaría la impropia aplicación de la expropiación en el suelo urbano al poder obtenerse las dotaciones por compensación de aprovechamiento de valor equivalente al justiprecio mediante la aplicación básica del principio de reparto de cargas y beneficios.

A este respecto conviene recordar que el art. 43.2 TRLS/15 establece el abono del justiprecio en especie (en aprovechamiento) en suelo urbano sin necesidad de la aquiescencia de la propiedad, lo que junto a los arts. 18.2. *b*) y 25.5 señalados anteriormente, ofrecen una total cobertura jurídica a la aplicabilidad del mecanismo.

En concreto y en resumen, el procedimiento señalado consistente en la atribución de un aprovechamiento lucrativo *ex novo* en una parcela calificada como dotacional en suelo urbano, comportaría la constitución de una AdD en régimen de complejo inmobiliario lo que, a su vez, generaría una nueva reserva de suelo dotacional derivado del citado incremento, reserva que se añadiría a la dotacional existente prevista por el planeamiento vigente, así como el % público incorporado a la Actuación para la participación en la gestión de la misma.

En definitiva, se comportaría la disposición de un innovador «tándem» jurídico-urbanístico constituido por la conjunción «AdD-Complejo Inmobiliario», instrumento que permitirá no sólo la obtención pública de la Dotación por compensación, sino que también aprovecha el siempre escaso suelo urbano con criterios de sostenibilidad al disponer la mezcla del uso dotacional con el privativo en una misma parcela.

6.3. Conclusiones finales

A lo largo de este artículo, han quedado puestas de manifiesto las ventajas y trascendentes virtualidades que las AdD, incluido su desarrollo en complejos inmobiliarios, ofrecen para la gestión equilibrada y sostenible en el suelo urbano, es decir, en la ciudad consolidada.

En una etapa en que la intervención en el suelo urbano se muestra totalmente imprescindible para el desarrollo del urbanismo patrio, no pueden desconocerse las posibilidades que ofrecen las AdD, tan insuficientemente conocidas, por otra parte, por muchos operadores urbanos.

Finalmente, con respecto a la legislación urbanística vigente en la CAM, debe poner de manifiesto la procedencia y necesidad de llevar a cabo una sencillísima modificación puntual del art. 19 *bis* incorporado a la legislación urbanística a través de la «Ley Ómnibus» suprimiendo el término «característico» de su apartado 1, con lo que la LCAM

recuperaría todas las capacidades operativas que disponen las AdD establecidas en la legislación estatal evitándose, así, los graves problemas que hasta ahora la legislación madrileña viene suscitando.

7. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. R.: *Gestionar la ciudad consolidada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

— *Modelos de gestión en suelo urbano*, Wolters Kluwer, 2019.

PAREJO ALFONSO, L., y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. R., con prólogo de VAQUER CABALLERÍA, M.: *Comentarios a la Ley de Suelo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Análisis estratégico para la modernización de una Administración tributaria: el caso de la Agencia Tributaria de Madrid*

Ignacio DURÁN BOO

*Consejero Técnico
Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid*

RESUMEN

El análisis de la actividad pública orientada a la gestión de los tributos se realiza frecuentemente sobre las propias figuras tributarias. Así, es habitual estudiar sus leyes reguladoras, la jurisprudencia que les afecta, o sus capacidades como instrumento recaudatorio. Sin embargo, en pocas ocasiones se estudia de forma directa la organización y funcionamiento de las Administraciones responsables de la gestión de los tributos, lo que contribuye a que no siempre sean bien conocido su trabajo, altamente especializado y con una repercusión social indudable. En este artículo se expone el proyecto que se está desarrollado para transformar y modernizar la Agencia Tributaria de Madrid, el organismo encargado de la gestión de los tributos del Ayuntamiento de Madrid.

Palabras clave: tributos; transformación; modernización; estrategia; objetivos; agencia tributaria; Madrid.

* Este trabajo fue finalizado el 21 de marzo de 2023. Las abreviaturas utilizadas se refieren a los tributos municipales: IIVTNU (Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana), IBI (Impuesto sobre bienes inmuebles), ICIO (Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras), IVTM (Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica) e IAE (Impuesto de actividades económicas).

Strategic analysis for the modernization of a tax institution: the Madrid tax agency case

ABSTRACT

The analysis of public activity aimed at tax management is often carried out on the tax figures themselves. Thus, it is usual to study their regulatory laws, the jurisprudence that affects them, or their capabilities as a collection instrument. However, the organization and functioning of the tax agencies is rarely studied directly, which contributes to the fact that their work, highly specialized and with high social effects, is not always well known. This paper presents the project that is being developed to transform and modernize the Madrid Tax Agency, the body in charge of managing the Madrid City Council's taxes.

Keywords: taxes; transformation; modernization; strategy; objectives; tax agency; Madrid.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DATOS GENERALES DE LA AGENCIA: 2.1. Recursos disponibles. 2.2. Actividad. 2.3. El peso de la ciudad de Madrid dentro del conjunto nacional de los tributos municipales.—3. ANÁLISIS DEL ENTORNO Y ÁMBITOS DE ACTUACIÓN. 3.1. Pilares básicos de la estrategia para la transformación. 3.2. Escenarios global y específico sobre los que diseñar el cambio: 3.2.1. Escenario global. 3.2.2. Análisis específico de la relación entre los ciudadanos/contribuyentes y los servicios tributarios ofrecidos por la Agencia. 3.3. Ámbitos concretos para la transformación de la Agencia: 3.3.1. Ámbito jurídico-legal. 3.3.2. Ámbito operativo. 3.3.3. Ámbito tecnológico.—4. EL PLAN ESTRATÉGICO 2020-2024.—5. FORTALECIMIENTO TRIBUTARIO.—6. TRANSFORMACIÓN DIGITAL.—7. LA APUESTA POR LOS «TRIBUTOS INTELIGENTES».—8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL.—9. COOPERACIÓN EN LA GESTIÓN TRIBUTARIA.—10. NUEVA ESTRUCTURA Y REDEFINICIÓN DE PROCESOS.—11. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Quienes desempeñamos funciones directivas o predirectivas en las Administraciones públicas raramente hemos recibido formación en el diseño y gestión de proyectos complejos. Es cierto que se ha avanzado mucho en la capacitación relacionada con las habilidades directivas tradicionales (comunicación, liderazgo, gestión de equipos, etc.), e incluso no es extraño encontrar formación en lo que ahora se denomina «habilidades blandas» (aprendizaje, creatividad, pensamiento crítico, etc.), pero no existe, o al menos no son conocidas, iniciativas estructuradas para capacitar a los responsables públicos en el diseño y la gestión de proyectos, en todas sus fases.

Sin duda, en el sector público se han de adaptar y adoptar aquellas buenas prácticas que desarrollan las empresas más eficientes, y la capacitación en materia de diseño y gestión de proyectos es una de ellas. Sería muy adecuado y oportuno estudiar los modelos de formación y certificación existentes, frecuentes en el sector privado, para entender lo positivo que sería desarrollar acciones similares expresamente dirigidas a la gestión pública.

Esta reflexión previa es oportuna porque, quienes ahora formamos parte del equipo directivo de la Agencia Tributaria de Madrid, el organismo encargado de la gestión de los tributos del Ayuntamiento de Madrid, hemos adquirido el conocimiento en lo relacionado con el diseño y la gestión de proyectos participando directamente en alguna iniciativa aplicada para transformar una institución pública, lo que nos obligó a capacitarnos de forma autodidacta, al tiempo que participábamos en su desarrollo. Si duda, toda esa experiencia adquirida es un bagaje enormemente valioso para ser aplicada en el proyecto que describo en este trabajo: la reforma y modernización de la Agencia Tributaria de Madrid (en adelante la Agencia).

Como todo proyecto de transformación de una institución pública que impacta directamente sobre los ciudadanos, es enorme la complejidad de los objetivos marcados y muy laboriosas todas las acciones y subacciones que se están desarrollando. Fruto de esa misma complejidad, el riesgo y la trascendencia de las decisiones que se han de adoptar es evidente, puesto que está en juego el doble objetivo que ha de atender toda Administración tributaria en un sistema democrático: garantizar los ingresos necesarios para cubrir el coste de los servicios públicos, al tiempo que se facilita y descarga al máximo a los contribuyentes de obligaciones formales y se protegen sus derechos.

Como en todo proyecto complejo, la lista de cuestiones que pueden incorporarse siguiendo los cuatro ámbitos clásicos de análisis (debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades) es extensa y variada, y las encontramos en todos los aspectos que han de ser abordados: personas, tecnología, procesos, normativa, servicios, comunicación, etc. A lo largo de este trabajo iremos citando los más relevantes, pero quiero ahora referirme a una cuestión especialmente crítica, como es la gestión del cambio en las personas que han de implantarlo, es decir los funcionarios y trabajadores en régimen laboral de la Agencia. En este ámbito es donde mejor se aprecia —junto con la gestión de la tecnología— la cara y la cruz de un proyecto de transformación en las Administraciones públicas. La cruz es, sin duda, las resistencias al cambio que se han de superar, planteadas desde algunas visiones personales y sindicales conservadoras. La cara es el compromiso y la vocación de servicio de la mayoría de los empleados públicos, conceptos abstractos que reiteradamente aparecen citados en numerosos documentos y trabajos, pero que son absolutamente reales y están muy presentes en este caso, porque son los que hacen posible que se esté logrando la modernización y transformación en profundidad de la Agencia.

Para ir cerrando esta introducción, hemos de advertir que lo expuesto en este trabajo se refiere a las dos primeras fases del proyecto, es decir, al análisis y la observación previa de las situaciones y escenarios sobre los que se ha de actuar, así como al propio diseño del Plan Estratégico definido para enmarcar el proceso de transformación de la Agencia. Faltarían, por tanto, otras dos fases propias de un proyecto complejo como este, que son, la descripción de las acciones concretas realizadas para la implementación de los objetivos, incluyendo alguna reflexión sobre la planificación y el análisis de riesgos, y una primera evaluación de resultados, a partir de los trabajos de revisión del plan que se están realizando en estas mismas fechas, una vez transcurridos dos años desde su implantación.

Una última idea para esta introducción. No haremos mención aquí, porque no formaban parte de la estrategia inicial, todas las actuaciones que han tenido que realizarse en los pasados años para dar respuesta urgente a la pandemia. Pero si es oportuno destacar que algunas medidas, como por ejemplo el teletrabajo, fueron impulsadas en su desarrollo debido al nuevo escenario creado por el covid-19.

2. DATOS GENERALES DE LA AGENCIA

La descripción en detalle de la actividad desarrollada por la Agencia puede encontrarse en las Memorias anuales publicadas. Por tanto, nos limitamos aquí a dar una mínima información básica que resulta relevante para entender el ámbito sobre el que se está desarrollando este proceso transformador.

2.1. Recursos disponibles

En lo referente a los recursos humanos el número de empleados a 31 de enero de 2023 era de 926. De ellos, 819 son personal funcionario, mientras que 107 se encuentran dentro del régimen laboral.

En lo que respecta a la distribución por sexos, el 70 por 100 son mujeres (821 empleados), siendo especialmente relevante a efectos del diseño del modelo de transformación la edad media de la plantilla, que se sitúa en cincuenta y cinco años. Sin duda, esta media de edad avanzada, que se repite en muchas Administraciones públicas, ha de ser tenido en cuenta cuando nos planteamos un proceso transformador como el que se está abordando.

Al tratarse de un organismo autónomo cuenta con un presupuesto propio, cuyos ingresos provienen íntegramente del Ayuntamiento de Madrid. En 2023 este presupuesto alcanza la cifra de 66.702.093 euros.

2.2. Actividad

La Agencia tiene encomendada, como se indicó, la gestión tributaria en todos sus ámbitos, incluida las propuestas de ordenanzas, además de la recaudación de los precios públicos y de las multas impuestas. Queda fuera de su actividad una parte de la función revisora, que corresponde al Tribunal Económico-Administrativo de la ciudad.

Recogiendo los datos del Presupuesto de ingresos del Ayuntamiento de Madrid para el ejercicio 2022, que ha sido prorrogado para el presente año, las cifras principales a tener en cuenta que se refieren a los ingresos gestionados por la Agencia, sin considerar los ingresos procedentes de la participación en los tributos del Estado, son las siguientes:

- Total Tributos Locales 2023 (Impuestos locales + Tasas): 2.662.832.439 euros.
- Total ingresos por multas: 233.073.347 euros.
- Total ingresos por precios públicos: 42.481.762 euros.

Por lo que respecta los principales indicadores de actividad, citando los datos de la última Memoria publicada, correspondiente al año 2021, pueden destacarse, como más significativos, los siguientes:

- Se emitieron 4.281.462 recibos, por una cuota total de 1.791.919.276 euros.
- Se recibieron 194.647 autoliquidaciones, que sumaban 561.977.891 euros de cuota.
- Y se efectuaron 119.186 liquidaciones, por un importe de 284.795.848 euros.

Desglosando las cifras tan sólo de los cinco impuestos gestionados, la previsiones presupuestarias para 2023 se pueden ver en la siguiente tabla:

ICIO	120.718.861 euros
IVTM	143.135.848 euros
IAE	147.765.081 euros
IIVTNU	467.118.592 euros
IBI	1.479.903.369 euros

Por lo que respecta a las actuaciones de revisión (recursos y reclamaciones), las principales cifras que muestran la actividad desarrollada son las siguientes:

- 29.722 recursos de reposición interpuestos, de los cuales 27.888 se refieren a recursos contra actos de gestión, 1.506 contra actos de inspección y 328 en materia catastral.
- Ejecutadas 3.707 resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo de la ciudad de Madrid, de las cuales 1.527 se referían al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, y 489 resoluciones judiciales de todo tipo, de las cuales 353 fueron total o parcialmente estimatorias, 101 desestimatorias, 29 se resolvieron por la vía de la satisfacción extraprocésal, y seis resultaron inadmitidas.

En lo que respecta a las actuaciones de inspección desarrolladas, el importe total de derechos reconocidos generados a través de los procedimientos sancionadores y de gestión tramitados superó los 107 millones de euros, mientras que los trabajos de la inspección catastral incorporaron a la base de datos catastral 2.532 inmuebles, generándose un incremento total del valor catastral por dichas actuaciones de más de 525 millones de euros.

Finalmente, los datos que reflejan las actividades relacionadas con la atención al contribuyente distinguen las gestiones que han sido realizadas mediante herramientas de administración electrónica, de las suministradas mediante atención personal.

En lo que se refiere a la administración electrónica en 2021 se realizaron 6,3 millones de trámites, con el siguiente desglose (en millones de actuaciones):

<i>Pagos</i>	<i>Consultas tributarias</i>	<i>Autoliquidaciones</i>	<i>Domiciliaciones</i>	<i>Otras gestiones</i>
3,2	1,9	0,2	0,6	0,2

Por su parte, la atención realizada por personas, mediante distintos canales, aportó las siguientes cifras:

— 263.033 personas atendidas, de las cuales 230.746 lo fueron presencialmente en las cinco oficinas con que cuenta la Agencia, con un tiempo medio de espera de cuatro minutos. La media de personas atendidas por día en estas oficinas fue de 946.

Por último, como dato significativo merece la pena destacar que se encontraba domiciliado el pago de más de 2,4 millones de recibos, lo que supone el 57 por 100 del total de las matrículas, encontrándose domiciliado el 76 por 100 de los recibos del IBI.

2.3. El peso de la ciudad de Madrid dentro del conjunto nacional de los tributos municipales

Para completar la descripción de la Agencia, que es necesaria previamente al análisis del proceso transformador que se está llevando a cabo, debemos dedicar una mínima atención al peso que le corresponde a la ciudad de Madrid dentro del total de los tributos municipales recaudados por los municipios españoles, utilizando para ello los dos impuestos que mayor nivel de ingresos generan a los municipios españoles: el Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) y el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU).

Para ello podemos observar la tabla de la página siguiente, construida con los datos de liquidación de presupuestos del ejercicio 2021 comunicados por los ayuntamientos al Ministerio de Hacienda y Función Pública, que compara la ciudad de Madrid con los dos municipios siguientes en recaudación por estos impuestos, con el resto de los municipios capitales de provincia (MCP), de comunidad autónoma (CA) y de más de 100.000 habitantes y, finalmente, con la totalidad de los municipios:

A la vista de estos datos se aprecia que la ciudad de Madrid supone el 11,72 por 100 del total recaudado por IBI en toda España en 2021, y el 24,76 por 100 por las ciudades de más de 100.000 habitantes, duplicando a la ciudad que le sigue en el ranking (Barcelona), mientras que en el IIVTNU¹ esta diferencia se incrementa al situarse en un 24,34 por 100 del total nacional y un 38,73 por 100 de las ciudades de más de 100.000 habitantes, superando en más de 322 millones al siguiente municipio (Barcelona).

¹ Los datos parciales de 2022 a los que se ha tenido acceso indican una caída significativa en la recaudación a nivel nacional por este impuesto, debido al prolongado periodo de inseguridad jurídica sobre el que se gestiona. No obstante, los primeros cálculos apuntan a que las proporciones de lo que supone la recaudación de Madrid respecto al resto de municipios se mantienen en rangos similares.

		<i>DRN</i>	<i>% s. total MCP/CA/ + 100.000 habs.</i>	<i>% s. total EELL</i>
IBI	Madrid	1.526.002.920,81	24,76	11,72
	Barcelona	731.649.940,09	11,87	5,62
	Valencia	236.845.685,37	3,84	1,82
	Total MCP/CA/100.000 habs.*	6.164.345.964,42	—	47,34
	Total EELL*	13.022.755.705,20	—	—
IIVTNU	Madrid	512.131.566,70	38,73	24,34
	Barcelona	189.257.806,78	14,31	8,99
	Valencia	51.592.079,69	3,90	2,45
	Total MCP/CA/100.000 habs.*	1.322.252.394,68	—	62,83
	Total EELL*	2.104.442.503,37	—	—

* De las entidades que han comunicado datos al Ministerio de Hacienda y Función Pública del ejercicio 2021.

Este importante peso de los tributos de Madrid sobre el total nacional incluye también otras responsabilidades adicionales y no buscadas que recaen sobre la Agencia, puesto que sus iniciativas son en ocasiones una referencia que es estudiada, y en algunos casos seguida, por muchos municipios españoles. Se vio, por ejemplo, en la decisión de aprobar con carácter retroactivo la aplicación de determinados beneficios fiscales en algunas tasas durante el periodo excepcional de confinamiento que impuso el covid-19 (como en el caso de la tasa de terrazas), o en el uso que se hace por distintos ayuntamientos de los estudios técnico-económicos de las tasas que se elaboran por la Agencia.

En el mismo sentido, los tributos de Madrid son muy frecuentemente el campo de pruebas sobre los que recaen sentencias, positivas y negativas, que tendrán efectos posteriores sobre otros municipios, fundamentalmente porque las cuotas pueden ser más altas que en otros municipios y porque algunas de las empresas con mayor capacidad para recurrir tienen su equipos jurídicos radicados en la ciudad. Un ejemplo de este «efecto Madrid», lo hemos visto recientemente en la Sentencia 106/2023, de 31 de enero, del TS, que fija criterios para la aplicación del art. 72.4 y DT 15 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, en relación con la aplicación de tipos diferenciados en el IBI a los aparcamientos, estableciendo con ello un criterio que, con toda seguridad, impactará sobre las liquidaciones futuras que se hagan por este impuesto a estos inmuebles en cualquier municipio español, y que necesariamente implicará cambios en la propia actuación de la Dirección General del Catastro.

Desde esta posición es lógico que la Agencia mantenga una relación permanente de colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, fundamentalmente apoyando la elaboración de propuestas de interés general para todos los ayuntamientos.

3. ANÁLISIS DEL ENTORNO Y ÁMBITOS DE ACTUACIÓN

3.1. Pilares básicos de la estrategia para la transformación

Como antes se indicó, desde su creación en 2004 la Agencia no había sido sometida a un proceso completo de análisis, revisión y modernización. Se mantuvo el diseño original que, en lo esencial, sólo se vio alterado por dos circunstancias muy concretas: la modificación de su estructura orgánica, por criterios generales del ayuntamiento y no por necesidades de la Agencia, y la desactualización de los sistemas tecnológicos para la gestión de los tributos, que dio lugar a la puesta en marcha de un proyecto —conocido como +Til—, que no pudo ser completado y al que luego nos referiremos.

Conscientes de la necesidad de abordar la reforma, haciéndolo además de forma integral, el Plan Estratégico se construyó sobre cuatro pilares básicos, que sirvieron de cimentación de todo el desarrollo posterior. Estos pilares son los siguientes:

En primer término, la interiorización de los principios constitucionales que rigen las Administraciones públicas y, específicamente, del principio de suficiencia financiera. Esta interiorización no se refiere a su cumplimiento formal, que es obvio, sino a la integración de estos principios en todos los actos que se desarrollasen en ejecución de la estrategia.

En segundo lugar, aunque la Agencia es un organismo autónomo no debe olvidarse que forma parte de una estructura administrativa superior: el Ayuntamiento de Madrid. Por tanto, el proyecto debe encontrarse armonizado con las líneas generales marcadas por el ayuntamiento como, por ejemplo, la estrategia digital del municipio, así como a los contenidos que puedan aportar documentos programáticos como el Plan de Gobierno Municipal 2019-2023, y los Acuerdos de la Villa de 7 de julio de 2020.

Otro pilar básico, al tratarse de una organización de servicio público, es la necesidad de mantener una permanente orientación hacia el ciudadano, fijando objetivos, o asignando los recursos necesarios, siempre teniendo en cuenta las expectativas del ciudadano/contribuyente. Esta orientación requiere identificar estas expectativas y necesidades, que no necesariamente han de coincidir con los modelos de servicio público tradicionales.

Y finalmente, la tecnología. Dado que la gestión tributaria reúne las características de inmaterialidad (la «materia prima» es, fundamentalmente, información), instantaneidad (es necesario gestionar grandes volúmenes de información en muy poco tiempo) e interactividad (se ha de trabajar con información procedente de fuentes variadas y obte-

nida mediante distintos canales), es evidente que la estrategia debe incluir un adecuado diseño e implementación de las tecnologías necesarias para asumir esta transformación.

3.2. Escenarios global y específico sobre los que diseñar el cambio

Para lograr una adecuada definición de la estrategia fue imprescindible un buen análisis del entorno social y económico general, así como de las situaciones específicas que inciden más directamente sobre la Agencia, con el fin de conocer las expectativas de los ciudadanos y empresas que pagan tributos en Madrid.

3.2.1. *Escenario global*

Por lo que respecta al análisis global, es evidente que el momento actual está marcado por fuertes procesos de cambio que tienen trascendencia en la gestión tributaria.

En primer lugar, es evidente un cambio profundo en las estructuras sociales, que se detectan en diversos indicadores, entre los cuales tres son especialmente relevantes: el envejecimiento de la sociedad española, incluido el personal de la Agencia al que antes nos referimos; el carácter multicultural de la sociedad madrileña, con nuevos vecinos procedentes de distintos países que ya son, o lo serán en los próximos años, contribuyentes obligados al pago de los tributos municipales; y la nueva configuración de las familias, lo que puede determinar en ocasiones dificultades para la gestión tributaria, como ocurre en algunas situaciones de cotitularidades, herencias o accesos a beneficios fiscales en casos de separación o divorcio.

En segundo lugar, el cambio se percibe en los modelos de relación interpersonal por la evolución de los canales de comunicación, especialmente a través del móvil, lo que exige también nuevos diseños de los servicios tributarios. En este sentido, se ha de evolucionar desde la dicotomía que presenta como antagonistas la atención presencial frente a los servicios digitales, para pasar a una nueva división entre «servicios atendidos por personas», por cualquier medio, y «servicios atendidos por máquinas», incluyendo los asistentes virtuales, con los que puede facilitarse en gran medida actividades reiterativas como hacer un pago u obtener un duplicado de un recibo.

En tercer lugar, es importante identificar los cambios en los modelos laborales y económicos, de los que se derivan dos situaciones diferenciadas. En primer lugar, la aparición de servicios integrados en la «nueva economía», como los alquileres vacacionales, o los servicios de reparto prestados por los llamados «riders», que actualmente están fuera de la tributación municipal, a pesar de que se basan en un consumo intenso de los servicios de la ciudad. Pero también los cambios en los modelos laborales influyen en la forma de trabajar. El más evidente y reciente es la generalización del teletrabajo, que impacta en el diseño de servicios al ciudadano y en la propia organización de las Administraciones tributarias, dado que muchos de sus empleados ya están teletrabajando y seguirán estándolo.

Finalmente, pero no menos importante, el cambio climático está determinando alteraciones en los hábitos y relaciones de los ciudadanos respecto al medio ambiente que deben ser contemplados desde cada uno de los distintos servicios y niveles de las Administraciones públicas. El Ayuntamiento de Madrid está considerado como uno de los primeros municipios españoles en poner en marcha su estrategia de localización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que integran la Agenda 2030, promovida por Naciones Unidas, entre los que se han incluido determinados objetivos asociados al concepto de «fiscalidad medioambiental», de una importancia creciente y que tendrá amplia repercusión en el diseño de estrategias pensando en el futuro.

3.2.2. Análisis específico de la relación entre los ciudadanos/contribuyentes y los servicios tributarios ofrecidos por la Agencia

Si en las líneas anteriores se ha descrito brevemente el conjunto de cambios que están determinado la transformación de la sociedad en general, el análisis debe completarse con la descripción de la realidad específica sobre la que ha de actuar el Plan Estratégico de la Agencia, contemplado las demandas que nos hacen llegar los ciudadanos/contribuyentes.

¿Qué piden a las Administraciones públicas unos ciudadanos cada vez más conocedores de sus derechos y, por tanto, cada vez más exigentes respecto a la calidad y prestación de los servicios públicos tributarios? Para responder a esta pregunta se identifican cinco grupos de demandas diferentes a las que habrá que dar respuesta:

En primer lugar, los ciudadanos reclaman menos cargas burocráticas y demandan que el cumplimiento de las obligaciones fiscales no exija trámites o actuaciones que las hagan más gravosas. Los ciudadanos han interiorizado los nuevos mensajes sobre cómo debe ser el funcionamiento de las Administraciones públicas, algunos de los cuales están incluidos en la propia normativa. Como ejemplo, cada vez es más difícil justificar por qué se les requiere un dato que está en poder de otras Administraciones públicas para acceder a un beneficio tributario como, por ejemplo, una bonificación por familia numerosa en el IBI.

En segundo lugar, los ciudadanos reclaman también más claridad en las comunicaciones. La información proporcionada tiene que ser clara, precisa y comprensible. Este requerimiento es especialmente relevante en el ámbito tributario donde, por la propia complejidad de la materia, se usa con frecuencia un lenguaje tecnocrático que difícilmente es entendido por la mayoría de los ciudadanos.

En tercer lugar, es también una solicitud frecuente el que la resolución de los expedientes se realice de forma más ágil. La gestión tributaria es especialmente sensible a la demora en la tramitación, que irrita justificadamente a los ciudadanos que esperan por largos periodos de tiempo la devolución de ingresos indebidamente abonados, o bien

generan situaciones en las que se acumula el pago de deudas en un corto periodo de tiempo, como puede ocurrir con liquidaciones de ejercicios atrasados. Todo ello además del coste elevado en intereses de demora que ha de asumir la Administración tributaria por esta tardanza.

En cuarto lugar, en el ámbito de los reclamaciones y recursos presentados se aprecia también una clara demanda para que se incremente el nivel de seguridad jurídica. En la actual situación, el sistema de tributos locales no se encuentra en el mejor de los escenarios para garantizar una óptimo nivel de seguridad jurídica, lo que impacta negativamente sobre los ciudadanos, pero también sobre quienes gestionamos los tributos. La aparición frecuente de nuevas sentencias modificando elementos tributarios básicos sin duda resuelve alguna cuestión en litigio pero, simultáneamente, genera nuevos supuestos de inseguridad jurídica al obligar a las entidades gestoras a adoptar con urgencia nuevos procedimientos y criterios, que frecuentemente vuelven a ser cuestionados por los tribunales en un corto periodo de tiempo. Por su parte, el legislador parece mostrarse incapaz de elaborar con la debida celeridad normas acordes con dichos cambios de criterio, prolongando esta inseguridad. Como consecuencia, se cronifican situaciones de alta conflictividad sobre los tributos municipales y se mantiene la presentación masiva de todo tipo de recursos y reclamaciones, siendo el mejor ejemplo de ello la situación actual del IIVTNU.

En quinto lugar, y como cuestión específica que también puede incluirse dentro de las demandas para incrementar el nivel de inseguridad jurídica, se encuentra la necesidad de una mejor determinación de la capacidad económica de los contribuyentes, cuestión que también ha sido relevante en el ámbito del IIVTNU. El modelo tradicional de la tributación municipal se ha construido sobre una figuras de gestión sencilla, basadas en criterios generales y de estimación más o menos objetiva, que no permiten discriminar a los contribuyentes en función de su capacidad económica. La justificación de esta simplicidad se ha basado en las diferencias entre los municipios, entre los que predomina el micro-municipio técnicamente incapaz de asumir la gestión de tributos complejos, ignorando que los municipios grandes si pueden asumir modelos que permiten definir mejor esta capacidad económica, pero a quienes se les impide esta posibilidad en la propia normativa tributaria local, en la que prima el «café para todos». Como ejemplo, es criticable la existencia de un único coeficiente máximo aplicado para cada periodo de generación, establecido en el art. 107 TRLRHL, que fija los criterios para determinación de la base imponible del IIVTNU, y que es de aplicación para todos los municipios españoles. Los trabajos elaborados por el Laboratorio Tributario de la Agencia demuestran el distanciamiento que frecuentemente existe entre los valores calculados con este único coeficiente y la evolución del valor del suelo de los múltiples mercados y submercados inmobiliarios existentes en Madrid, muy distintos atendiendo a los diferentes usos y localizaciones. El modelo de «café para todos» supone una grave amenaza para los grandes municipios, que, sin duda, serán los que tendrán que soportar en mayor medida los futuros efectos económicos de sentencias desfavorables derivados del actual modelo.

3.3. Ámbitos concretos para la transformación de la Agencia

Realizado el análisis e identificadas las demandas de los ciudadanos/contribuyentes, el siguiente paso consistió en identificar las áreas o actuaciones dentro de la Agencia donde era imprescindible concentrar los esfuerzos para propiciar el cambio.

Se identificaron tres ámbitos muy concretos en los que aparecen situaciones sobre las que debía actuarse para lograr los grandes objetivos de renovación, reforma y mejora de la institución. Sobre estos ámbitos es sobre los que se construyó una parte importante de la batería de acciones incluidas en el Plan Estratégico que luego se describen.

3.3.1. *Ámbito jurídico-legal*

Se identificaron tres ámbitos de carácter jurídico-legal que debían ser mejorados y sobre los que se consideró necesario actuar:

— Inadecuación normativa: como se ha señalado anteriormente, el vigente corpus normativo regulador de las haciendas locales presenta insuficiencias que dificultan la gestión eficiente de diversos tributos. Aun siendo una circunstancia exógena y careciendo de capacidad para la reforma de la legislación, se entendió que corresponde a la Agencia identificar aquellas normas cuya regulación inadecuada, escasa o contradictoria es causa de problemas en la gestión, desplegando aquellas acciones en las que puede influirse para activar las iniciativas necesarias para impulsar reformas legislativas —especialmente a través de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP)— y, sobre todo, desarrollando las competencias propias, tratando de paliar mediante la regulación en ordenanzas fiscales estas deficiencias, hasta donde lo permite su rango reglamentario.

— Jurisprudencia inestable: como también se indicó con anterioridad, algunas sentencias cambiantes de distintos tribunales y la inacción del legislador generan una alta litigiosidad y, con ello, ineficiencia en la capacidad recaudatoria, lo que supone disminuciones significativas de ingresos y la cronificación de la conflictividad. En este ámbito, corresponde a la Agencia realizar un seguimiento inmediato y detallado del contenido de las sentencias dictadas e implementar en el plazo más breve posible medidas correctoras en los procedimientos, que incluyan los criterios definidos por los tribunales y eviten o disminuyan la degradación y pérdida de potencialidad recaudatoria de las distintas figuras tributarias.

— Y finalmente, insuficiente coordinación en la aplicación interna de criterios jurídicos: no en todos los casos la Agencia estaba definiendo y aplicando criterios de interpretación jurídica de forma coordinada y estable, ni existía siempre la adecuada separación entre los órganos que dictan los actos y los que los revisan. La dispersión de las unidades que realizan esta tarea no siempre contribuía a unificar estos criterios y a aplicarlos uniformemente. En este sentido, se vio como necesaria la redefinición, vía modificación de la estructura de la Agencia, de los servicios implicados en la definición de criterios jurídicos, y en la revisión de actos tributarios dictados.

3.3.2. *Ámbito operativo*

En el diagnóstico realizado se han localizado tres grupos de áreas susceptibles de mejora:

- Procesos inadecuados: resultaba necesario adaptarse a los cambios y a las amenazas que se vienen percibiendo en los últimos años, revisando en profundidad algunos procedimientos que permanecían anclados a modelos de gestión tradicional (como ocurrió con distintos expedientes en papel), lo que genera ineficiencias y necesidades no justificadas, como la impresión, ensobrado, reparto postal o digitalización masiva de documentos.

- Procesos descoordinados: los procesos de gestión, recaudación e inspección no siempre actuaban coordinadamente, lo que generaba debilidad en los resultados y afectaba especialmente a los servicios prestados por las Oficinas de Atención Integral al Contribuyente (OAIC). Resultaba necesario establecer rutinas que permitan «permeabilizar» en mayor medida la información y los criterios aplicados.

- Recursos humanos no adaptados: no siempre los equipos humanos estaban aplicando todos los conocimientos y capacidades de la manera más eficiente. En este ámbito, se apreciaba en ocasiones una compartimentación del conocimiento y una pérdida de las sinergias que se derivan de un trabajo con mayor nivel de cooperación. Resultaba necesario, por tanto, estimular iniciativas personales que contribuyan a la agregación de esfuerzos en equipos integrados por personal de distintas Subdirecciones.

3.3.3. *Ámbito tecnológico*

Finalmente, también se localizó un grupo específico de causas tecnológicas, que impactaban de forma negativa sobre la actividad:

- Múltiples aplicaciones informáticas para la gestión de los tributos, alguna de ellas inadecuadas u obsoletas: la existencia de diversas aplicaciones informáticas utilizadas para la gestión de los tributos, alguna especialmente desactualizada, no contribuía a un modelo de gestión tributaria suficientemente coherente, sólido y coordinado. Esta circunstancia, identificada como una de las más graves disfunciones que han de ser superadas, limitaba en gran medida el desarrollo de todo tipo de actividades innovadoras o de simplificación de procesos. Además, iniciativas desarrolladas en años anteriores, como el proyecto +Til al que antes nos referimos, que exigieron una alta implicación del personal y que resultaron en gran medida infructuosas, dieron lugar a un elevado nivel de escepticismo e incredulidad en parte del personal respecto a las necesarias reformas tecnológicas que han de ponerse en marcha.

- Bajo uso de las nuevas tecnologías: debido, entre otros motivos, a la multitud de aplicaciones en uso descritas en el epígrafe anterior, en los últimos años no se había desarrollado adecuadamente la utilización de tecnologías innovadoras. Como ejemplo, no se había desarrollado adecuadamente el expediente electrónico, en todas sus fases y

componentes. Asimismo, la baja implantación de la notificación electrónica generaba una alta dependencia de la notificación tradicional, y el incremento de cargas de trabajo y costes. En el mismo sentido no existía ninguna experiencia en la aplicación de metodologías basadas en *Big Data* o inteligencia artificial, imprescindibles hoy en día para una gestión tributaria realmente eficaz.

— Estructura gestora de las tecnologías de la información anticuada: finalmente, resultaba evidente que el dimensionamiento de los recursos internos destinados a dar soporte en tecnologías de la información a la Agencia era claramente insuficiente. Era evidente la necesidad de reforzar la actual estructura gestora de la tecnología, aumentando los equipos humanos de la subdirección responsable, lo que implicó una importante ampliación de la anterior estructura. Esto permite no sólo un número mayor de servicios, sino también la asunción de más competencias y actividades tecnológicas hasta ahora no desarrolladas.

4. EL PLAN ESTRATÉGICO 2020-2024

Completado el diagnóstico e identificadas las áreas de actuación de la Agencia, ya se estaba en condiciones de definir la estrategia a desarrollar en los próximos cuatro años.

Desde su fundación, en el año 2004, la Agencia había evolucionado. Apoyándonos en la visión de los ciclos de vida de las organizaciones, podríamos decir que la Agencia se encontraba en 2020 en un periodo de plena madurez. Era precisamente en este punto de plena madurez donde se identificó la necesidad de rediseñarla, para que a esta etapa no le siguiera una fase de deterioro. Así, se reenfocó el punto de mira, para orientar capacidades y recursos hacia nuevos objetivos, corrigiendo aquellas desviaciones o pérdidas de orientación producidos durante el largo periodo de tiempo transcurrido desde su fundación.

Desde ese planteamiento, el Plan Estratégico estableció varias líneas estratégicas principales, que enmarcan cada una de las acciones que estamos desarrollando, de tal forma que sólo deberíamos dedicar nuestros esfuerzos a aquellas iniciativas que sean perfectamente integrables, al menos, en una de las siguientes seis líneas estratégicas definidas:

Línea 1: Fortalecimiento tributario.

Línea 2: Aplicación de un proceso de transformación digital.

Línea 3: Desarrollo de un modelo de transformación basado en «tributos inteligentes».

Línea 4: Implantación de un modelo de fiscalidad medioambiental.

Línea 5: Aplicación de un modelo eficiente de cooperación en la gestión tributaria.

Y Línea 6: Implantación de una nueva estructura sobre una redefinición de procesos.

Cada una de estas líneas estratégicas incluye una serie de objetivos estratégicos, 31 en total, que definen las metas generales que se han de alcanzar. Tienen una vocación de estabilidad, en tanto que son desarrollo de estrategias globales. A su vez, los objetivos

estratégicos incluyen un conjunto de objetivos operativos, 80 en total, concebidos como la meta o metas específicas. Aunque tienen también una intención de estabilidad, la vinculación de alguno de los mismos con situaciones coyunturales puede requerir modificaciones o transformaciones de estos, para adaptarse a la realidad, lo cual está previsto en la fase de revisión del Plan, evitando vincularse a un modelo excesivamente rígido que pueda hacer inviable su cumplimiento.

El Plan Estratégico 2020-2024 de la Agencia Tributaria de Madrid, fue presentado formalmente en octubre de 2020. Desde entonces se han ido desarrollando multitud de actividades sobre las seis líneas estratégicas diseñadas, cada una de las cuales es explicada más extensamente en los siguientes epígrafes si bien, por razones de extensión, no es posible llegar al detalle todas las singularidades y objetivos.

5. FORTALECIMIENTO TRIBUTARIO

Como se indicó anteriormente, la inestabilidad jurídica ha determinado que algunos tributos hayan visto disminuida su capacidad como herramienta de generación de ingresos. En paralelo, la elevada litigiosidad en el IIVTNU ha provocado fuertes acumulaciones de expedientes que deben ser tramitados. Para abordar estas situaciones el Plan pone en marcha distintas iniciativas, algunas las más relevantes se explican a continuación.

En primer lugar se encuentra, sin duda alguna, las actuaciones relacionadas con el IIVTNU. Recordemos que, con datos de 2021, Madrid recauda el 24,34 por 100 del total nacional (más de 512 millones de previsión presupuestaria en 2021), por lo que la caída en recaudación es más que significativa desde la STC 59/2017, caída que se ha visto reforzada con la aplicación del Real Decreto-ley 26/2021, que disminuyó en un 30 por 100 la recaudación del impuesto a nivel nacional (–29 por 100 en el caso de Madrid).

Como se ha indicado anteriormente, el problema del IIVTNU se ha cronificado, por lo que el Plan se ha visto obligado a incorporar una batería muy distinta de medidas a través de un Plan Especial centrado en dos líneas de trabajo:

— En primer lugar, proteger la seguridad jurídica, dando respuesta a los continuos cambios que se han producido en el impuesto a través de una mayor definición y control de los criterios jurídicos aplicados, así como adecuando rápidamente procedimientos y aplicaciones informáticas a los cambios de gran envergadura que se han ido produciendo, como lo fue la fijación del doble sistema para el cálculo de la base imponible, bien por el método objetivo (sobre el valor catastral del suelo), o bien por el método real (sobre valores en escrituras).

— Y en segundo lugar, tramitando, y devolviendo cuando ya se había producido el ingreso, los recursos, rectificaciones de autoliquidación, declaraciones de minusvalía y reclamaciones económico-administrativas pendientes. Se trata de una tarea ingente con efectos positivos para el contribuyente, pero negativos desde el punto de vista de la gestión, puesto que exige una gran asignación de recursos por la Agencia, que no pue-

den ser aplicados a otros procesos de mejora, e impacta negativamente sobre la cuentas municipales por el elevado volumen económico de las devoluciones².

Pero junto con la plusvalía, el Plan incluye medidas estratégicas destinadas a mejorar la fortaleza de los tributos en otros ámbitos, pudiendo destacarse los siguientes:

- Se actúa sobre la tasas que recaen sobre el dominio público, especialmente revisando los modelos y metodologías de los estudios técnico-económicos, así como actualizando y llevando a una gestión mediante matrícula la tasa de terrazas, tributo asociado a una actividad que en los últimos años ha generado conflictividad social, como consecuencia de los cambios de criterios derivados del periodo covid.

- Se mejora la integración eficiente de la gestión urbanística y la gestión tributaria, incrementando la coordinación entre las distintas figuras tributarias asociadas al urbanismo.

- Se optimizan las tareas derivadas del convenio de colaboración con la Dirección General del Catastro y se comienza a utilizar, como información de apoyo en los procedimientos, el Valor de Referencia desarrollado por ese centro directivo.

- Se redefine la actividad inspectora poniendo especial atención en el control del fraude en fase recaudatoria y buscando mejorar la colaboración con las Administraciones tributarias del Estado y las comunidades autónomas.

- Y finalmente, aunque en absoluto en último lugar, se pone especial atención en la reforma de las Ordenanzas fiscales y de precios públicos, incluyendo la elaboración de una nueva Ordenanza Fiscal General.

6. TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Por las razones expuestas en epígrafes anteriores, otra línea estratégica definida es la transformación digital de la Agencia, identificada desde el primer momento como un reto prioritario. Para atender este compromiso fue necesario, además, una redefinición del marco de relaciones con el Organismo Autónomo de Informática del Ayuntamiento de Madrid (IAM). Este nuevo modelo de colaboración entre ambas instituciones es especialmente positivo, puesto que del IAM depende la implementación de todas las herramientas digitales imprescindibles para el desarrollo del modelo de administración electrónica, así como la contratación de los servicios tecnológicos necesarios.

Sin duda, el principal objetivo estratégico a desarrollar en esta línea es la ejecución conforme a la planificación de un importante contrato de servicios para la transformación de los sistemas para la gestión de los tributos, superando la situación de estancamiento de la anterior iniciativa +Til, que ya se prolongaba por una década y a la que antes nos hemos referido. Este proyecto, cuya ejecución está prevista hasta 2025, afecta

² La liquidación del presupuesto de 2022 del Ayuntamiento de Madrid se ha visto afectada por la devolución de 186 millones de euros el pasado año, cifra que alcanza un total de 360 millones ya devueltos, si se suman las cantidades de los ejercicios 2019-2021.

a todos los procesos de gestión, recaudación e inspección de los tributos, y está siendo una de las principales palancas de modernización de la Agencia. No es posible explicar aquí en detalle todo el alcance de este proyecto. Basta con señalar que, gracias a esta iniciativa, se ha logrado unificar en una misma base de datos información contrastada y de alta calidad, consiguiendo una visión tributaria única, superando el modelo anterior en el que cada tributo contaba con su propia base de datos de contribuyentes, y que en 2022 fue ya posible emitir la matrícula del IBI y desarrollar el periodo cobratorio sobre la nueva herramienta, algo que no se había logrado en los años anteriores.

Junto con este proyecto, el Plan incluye otras medidas destacables, tales como:

- La implantación plena de las herramientas tecnológicas de administración electrónica institucionales y transversales del ayuntamiento, también en proceso de modernización.

- La orientación constante hacia el objetivo «Cero papel», que implica la implantación del expediente electrónico tributario, potenciando la notificación y la comunicación electrónica, la eliminación de la presentación de documentos en papel para los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente y la reducción para el resto, y la potenciación del intercambio de información electrónica con otros organismos y Administraciones. Asimismo, se apuesta decididamente por el desarrollo de las actuaciones administrativas automatizadas.

- En el mismo sentido, se desarrolla una nueva visión de atención al contribuyente sobre un modelo multicanal de comunicaciones, basado en la división antes explicada de «servicios atendidos por personas» y «servicios atendidos por máquinas», superando el modelo tradicional que enfrentaba «atención presencial» contra «servicios digitales».

7. LA APUESTA POR LOS «TRIBUTOS INTELIGENTES»

La siguiente línea estratégica se refiere a la apuesta por los «tributos inteligentes» («*Smart taxes*»), e implica aplicar los mismos criterios que rigen los modelos de «*Smart cities*» (básicamente, la aplicación de tecnologías innovadoras en la captura, tratamiento y análisis de multitud de datos) también en la gestión de los ingresos municipales, y no sólo sobre los gastos, como ha ocurrido hasta ahora. Se trata, en definitiva, de disponer de herramientas tecnológicas avanzadas que permitan identificar bien al contribuyente y sus actividades, disponiendo de toda la información necesaria para anticiparse en la gestión y avanzar resultados.

Esta visión «*smart*» se desarrolla sobre tres grupos de objetivos, cada uno de los cuales es de gran impacto para lograr el éxito del proyecto.

- El análisis y la implementación de soluciones basadas en *Big Data* e inteligencia artificial, aplicadas a la mejora de la eficiencia en la gestión tributaria, permitiendo avances importantes en el análisis de los tributos, las predicciones de impactos de futuras reformas tributarias, o la lucha contra el fraude fiscal, por citar ejemplos significativos.

— El establecimiento de un sistema de gobernanza del dato que permita garantizar de forma continua la calidad de los datos tributarios, incluyendo el desarrollo de un modelo territorializado de los datos tributarios (GIS Tributario) que facilite una mejor identificación y explotación de la información y de su impacto al nivel más detallado posible, superando el análisis tradicional por distrito o barrio.

— Y la creación del Laboratorio Tributario (TaxLAB), como estructura dotada de los recursos tecnológicos y humanos adecuados para coordinar y desarrollar la iniciativa de «tributos inteligentes». Esta transformación del modelo organizativo incluye también la definición de los servicios de TI internos sobre un modelo matricial, basado en la especialización funcional y la coordinación horizontal con los servicios de la Agencia usuarios de tecnología, implicando a todos ellos en la transformación digital deseada.

8. FISCALIDAD MEDIOAMBIENTAL

Como antes se indicó, las demandas sociales crecientes reclamando que desde los poderes públicos se desarrollen acciones específicas orientadas a la protección medioambiental tienen también su impacto sobre la actividad tributaria, a través de un línea estratégica específica. Estas iniciativas incluyen tanto las orientadas a gravar especialmente comportamientos nocivos, como las que proponer crear nuevos tributos, o nuevas ventajas fiscales en los ya existentes, para aquellas actividades que fomentan la protección del medio ambiente. Este conjunto de medidas tributarias se engloba bajo la denominación de «fiscalidad medioambiental».

Los compromisos asumidos por el Ayuntamiento de Madrid, en respuesta a las metas establecidas en la Estrategia de localización de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, ya fueron citadas al inicio de este trabajo, y tienen desarrollos específicos de consecuencias importantes, incluyendo las tributarias. Un ejemplo de ello es el nuevo modelo de regulación del tráfico en un área importante del centro de la ciudad, conocido como proyecto «Madrid 360», o la política de subvenciones para la instalación de placas solares. Estas actuaciones establecen obligaciones que deben ser atendidas mediante los objetivos específicos incluidos en este Plan Estratégico.

El Ayuntamiento de Madrid ya aplica en los tributos de su competencia diferentes medidas incluidas en una visión de «fiscalidad medioambiental», bajo las directrices marcadas por la normativa estatal, que resulta muy limitativa respecto de los impuestos, si bien la habilitación legal es mayor en materia de tasas. Recientes reformas en las Ordenanzas municipales han seguido esta línea en tributos como el IBI, el IAE o el IVTM, con medidas aplicadas tanto a instalaciones para el aprovechamiento de energías renovables como al establecimiento de planes de transporte colectivo que reduzcan el uso del vehículo privado, así como en la tasa del servicio de estacionamiento regulado, que establece tarifas distintas en función del nivel de contaminación en la ciudad, por citar ejemplos. Sin embargo, las posibilidades de la actual normativa siguen siendo muy

limitadas, por lo que el Plan Estratégico de la Agencia ha orientado sus objetivos hacia tres líneas diferenciadas:

— La identificación de todas las posibilidades para aplicar iniciativas de «fiscalidad medioambiental» en el marco normativo actual, incluyendo la elaboración de un estudio sobre el alcance de la tributación medioambiental en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid.

— La integración de la estrategia de «fiscalidad medioambiental» en el marco general del ayuntamiento, lo que implica mejorar los niveles de coordinación conjunta con las distintas áreas relacionadas en actividades con impacto medioambiental, como movilidad, medio ambiente, recogida y gestión de residuos, urbanismo, obras, etc. Como ejemplo de esta necesaria cooperación entre servicios municipales, en este caso con los responsables de la recogida de residuos, puede citarse una cuestión muy actual, no prevista en los orígenes del Plan pero con plena cabida en la Línea estratégica analizada, que se refiere a la implantación, en 2025, de la nueva tasa sobre la gestión de residuos, establecida en la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Por cierto, se trata de un nuevo caso de generación de leyes que afectan a la tributación municipal de bajo nivel técnico, que provocarán, sin duda, elevados niveles de litigiosidad al remitir a regulación mediante ordenanza municipal elementos esenciales del tributo que deberían haber sido definidos en la propia ley.

— Finalmente, el impulso, desde el Ayuntamiento de Madrid, de las reformas normativas necesarias para la aplicación efectiva de la «fiscalidad medioambiental» en el ámbito municipal, analizando y proponiendo iniciativas a través de la participación en las actividades de la FEMP y buscando posibles entornos de trabajo con los responsables de medio ambiente del Estado y de la Comunidad Autónoma de Madrid.

9. COOPERACIÓN EN LA GESTIÓN TRIBUTARIA

Una parte importante de la actividad de la Agencia se desarrolla, por delegación, a través de gestores que prestan servicios en distintas entidades del ayuntamiento y que no forman parte de la estructura de la Agencia. Por otro lado, la gestión tributaria municipal es absolutamente dependiente de otras entidades de la Administración del Estado, como los son las Direcciones Generales del Catastro y de Tráfico, así como la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Además, en una administración tributaria moderna es imprescindible desarrollar modelos de colaboración con distintos colectivos y agentes sociales, cuyo trabajo completa el desarrollado por la Agencia. Por tanto, es evidente que una línea estratégica básica ha de orientarse a mejorar la cooperación con estas entidades.

Sobre esta idea, las principales actuaciones a realizar se enmarcan dentro de los siguientes objetivos estratégicos:

— El ICIO y una buena parte de las tasas que afectan a los servicios urbanísticos y al uso del dominio público se gestionan por las entidades municipales que conceden las

oportunas licencias o tienen a su cargo la supervisión de las declaraciones responsables. Esta decisión, correcta desde el punto del ciudadano, puesto que agrupa en un solo acto la actuación administrativa y el pago del respectivo tributo asociado, requiere de un modelo eficiente de control y asistencia desde la Agencia. Como desarrollo del Plan se están implementando distintas medidas para mejorar estos procesos.

— Otra línea importante de actuación se refiere a la mejora de los canales de suministro recíproco de información con trascendencia tributaria. En este sentido, si nos referimos a agentes externos al ayuntamiento, se trabaja en la mejora de la información sobre vehículos enviada por la Dirección General de Tráfico, y se optimiza el contenido de las actuaciones derivadas del convenio con la Dirección del Catastro, al tiempo que se mejoran los accesos a datos del propio ayuntamiento que resultan de especial utilidad para la gestión de los tributos, como, por ejemplo, el padrón, el censo de locales, el geoportal, etcétera.

— Finalmente, aunque en absoluto de menor importancia, se dará impulso a la colaboración social prevista en el art. 92 LGT mediante la identificación de las entidades privadas u organizaciones que pueden colaborar eficazmente en la gestión tributaria, renovando los convenios que han de firmarse con cada una de ellas.

10. NUEVA ESTRUCTURA Y REDEFINICIÓN DE PROCESOS

Como se indicó anteriormente, desde su creación no se había realizado en la Agencia una revisión detallada de sus procesos de manera completa. Asimismo, su actual estructura organizativa y la distribución de los recursos humanos obedecían a un proceso de decantación resultado de respuestas puntuales a requerimientos específicos, pero no a una planificación detallada y cuidadosa que relacione medios, procesos y fines.

Por tanto, era necesario definir una línea estratégica concreta orientada a realizar una revisión completa de los medios materiales, económicos y tecnológicos de la Agencia, aprovechando la ejecución del contrato de servicios para la transformación de los sistemas de gestión de los tributos antes citado. Para ello se están desarrollando acciones sobre tres ámbitos diferenciados, pero muy conectados entre sí.

— Se desarrollan distintas iniciativas orientadas a la puesta en valor de la plantilla, como el impulso de modelos de intercambio de conocimientos, que complementen el plan específico de formación del organismo y estimulen la colaboración entre los empleados. Estas iniciativas incluyen la modificación de la estructura organizativa mediante la adaptación de la vigente relación de puestos de trabajo, incluyendo la creación de nuevas Subdirecciones Generales y la modificación de otras, para adaptarlas a la estrategia definida. Además, se trabaja en la actualización del sistema de gestión por objetivos existente en la Agencia, buscando su simplificación y la mejora de las herramientas de definición y control de los objetivos a conseguir, permitiendo que el nuevo modelo de gestión por objetivos sea la base para la asignación del complemento de productividad, sobre un sistema más homogéneo, eficiente y transparente.

— Una línea importante desarrollada, que se ha visto impulsada por el desarrollo de la pandemia, ha sido la redefinición de procesos y puestos que pueden desarrollarse total o parcialmente en teletrabajo, trabajándose asimismo en la implantación de un modelo de puesto de trabajo digital que permita el pleno desarrollo de actividades en ubicuidad.

— Finalmente, la profunda transformación que se pretende desarrollar precisa de una adecuada planificación y ejecución de acciones de comunicación, con el objetivo de hacer llegar a todos los empleados, y a todas las entidades que se relacionan con la Agencia, mensajes concretos, actualizados y precisos sobre los cambios que se están impulsando y sus efectos. Como consecuencia, el Plan incluye dos conjuntos de acciones diferenciadas para impulsar la elaboración e implantación de dos planes de comunicación específicos, dirigidos uno a la comunicación interna dentro de la Agencia, y el otro a los agentes externos que se relacionan con la misma.

11. CONCLUSIONES

Como profesional de la gestión pública, que ha dedicado buena parte de su actividad a materias relacionadas con la gestión tributaria y catastral, creo que quienes más disfrutan o sufren un determinado sistema tributario somos quienes nos dedicamos a gestionarlo, por supuesto, siempre por detrás de los contribuyentes.

Siguiendo la misma idea, también creo que somos quienes ocupamos puestos de responsabilidad en las Administraciones públicas los que debemos estimular y liderar los procesos necesarios para transformar las instituciones en las que servimos. A partir de ambas observaciones, me parece oportuno concluir este trabajo con dos reflexiones que sirvan para cerrar lo que he querido desarrollar en él.

En primer lugar, me parece imprescindible que las Administraciones municipales encargadas de la gestión de los tributos impulsemos las actividades necesarias, de forma tanto individual como colectiva, para realizar los procesos de transformación que relacionen los modelos actuales con el entorno social y económico en el que nos encontramos. Me parece incuestionable que el sistema de tributación municipal ya no soporta muchos más remiendos y que, quien está obligado a hacerlo, debería ponerse ya manos a la obra en su reforma. Es realmente significativo, por no decir doloroso, que el Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria, publicado el pasado año, deje fuera de su tratamiento la fiscalidad local, al tiempo que el Estudio para la reforma de la financiación local, elaborado por una comisión de expertos constituida por acuerdo del Consejo de Ministros en 2017, no haya tenido el menor efecto hasta la fecha. Es obvio que como no sean los propios ayuntamientos quienes impulsemos decididamente este cambio, este escenario se va a prolongar mucho más tiempo, lo que implicará que se mantenga la situación de inestabilidad jurídica, cronificación de la litigiosidad y pérdida permanente de capacidad recaudatoria de los tributos municipales.

Y en segundo lugar, mientras estas reformas legales llegan, lo que también debemos hacer las Administraciones tributarias municipales es adaptarnos al escenario social en el que trabajamos. Comparto algunas de las conclusiones del Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria, que acabo de citar, porque una parte de los análisis y diagnósticos efectuados son de plena aplicación a un sistema tributario municipal que, a mi juicio, se encuentra todavía más necesitado de una reforma en profundidad.

De forma concreta, son asumibles plenamente en el ámbito local las afirmaciones contenidas en el documento que ven como necesario garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas atendiendo a los intensos cambios tecnológicos, sociales y económicos en marcha, lo que exige incrementar la eficiencia y el potencial recaudatorio del sistema tributario y ofrecer alternativas para asegurar la suficiencia financiera, al tiempo que pone especial énfasis en cuestiones como los cambios tecnológicos o el envejecimiento de la población, así como en la necesidad de reforzar técnica y profesionalmente los recursos humanos y materiales de las Administraciones tributarias, especialmente potenciando los perfiles de capital humano e inversiones en TIC requeridas en un escenario de digitalización creciente.

A estas y otras cuestiones también relevantes se quiere responder desde el proyecto de transformación de la Agencia Tributaria de Madrid que he descrito en estas páginas.

Local fiscal autonomy in Toronto*

Enid SLACK

*Director, Institute on Municipal Finance and Governance
School of Cities
University of Toronto*

ABSTRACT

Local fiscal autonomy depends on the extent to which local governments rely on their own source revenues rather than intergovernmental transfers and also on their ability to set their own tax rates. Compared to other major cities around the world, Toronto appears to have a lot of local autonomy because it is less dependent on intergovernmental transfers and more reliant on property taxes and user fees. Nevertheless, its autonomy is limited by provincial government restrictions on how these taxes and fees are levied and also by the conditions imposed on federal and provincial transfers. Toronto also has fewer revenue-raising options than many other cities.

This paper describes the extent to which Toronto enjoys fiscal autonomy and evaluates the degree to which it takes advantage of the autonomy it has in setting tax rates and making other financial decisions. The paper considers some of the fiscal challenges the city now faces and some future challenges on the road ahead. It evaluates the extent to which the city can respond to these various external shocks with the resources at its disposal. It concludes that, although Toronto enjoys some local fiscal autonomy, it would benefit from having more diversified revenue sources.

Keywords: municipal finance; local fiscal autonomy; Toronto; property taxes; intergovernmental transfers.

* This article was finished on March 28th, 2023.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. TORONTO IN THE CONTEXT OF THE CANADIAN FEDERATION.—3. TORONTO'S FINANCES.—4. PROVINCIAL RESTRICTIONS ON MUNICIPAL FINANCE: 4.1. Property taxes. 4.2. Development charges. 4.3. Provincial transfers.—5. HOW HAS TORONTO USED ITS FISCAL AUTONOMY?—6. TORONTO'S ABILITY TO RESPOND TO EXTERNAL SHOCKS.—7. FINAL COMMENTS.—8. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

In a 2017 study comparing local fiscal autonomy in eight cities around the world, it was concluded that Toronto is less dependent on intergovernmental transfers than many other major cities but, with the exception of London, has fewer tax options (SLACK, 2017)¹. Madrid, for example, relies relatively heavily on property taxes but also benefits from shared taxes - personal income tax, value-added tax, and selected excise taxes. Although the study suggested that local fiscal autonomy also depends on the ability of local governments to set tax rates, it did not go into detail about the restrictions imposed on taxes and fees by national or state governments in each of the cities.

This paper delves into the Toronto case to determine how much fiscal autonomy it actually has, given the restrictions placed by the provincial government on the various taxes, fees and borrowing instruments at its disposal. Although Toronto enjoys some fiscal autonomy, the next part of the paper evaluates the extent to which it makes use of it. For example, does it raise the property tax sufficiently to meet expenditure requirements? Does it borrow enough to meet capital expenditure needs? Finally, in light of these findings, the paper identifies some of the challenges that the city is facing and evaluates its ability to respond with the revenues it has.

The next section of the paper provides a description of Toronto and the context in which it operates in the Canadian federation, followed by an analysis of its expenditures and revenues before addressing the issues around local fiscal autonomy.

2. TORONTO IN THE CONTEXT OF THE CANADIAN FEDERATION

Toronto is a city of almost 2.8 million in a metropolitan region of over 6 million people in a country of over 38 million². It is the largest city in Canada and the fourth largest in North America after Mexico City, New York, and Los Angeles. Toronto is the capital of the Province of Ontario and is home to a diverse population, with nearly half of its population born outside the country. The city contributed 20 percent of the

¹ The cities are Berlin, Frankfurt, London, Madrid, New York, Paris, Tokyo and Toronto. With the exception of Toronto, these cities were chosen by the London Finance Commission.

² These estimates are from the 2021 census (<https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2021/dp-pdl/profil/index.cfm?Lang=E>).

GDP of the country in 2019. The three largest industries by employment are: professional and technical services; retail trade; and finance, insurance, and real estate leasing (STATISTICS CANADA, 2022, and CITY OF TORONTO, 2019).

Canada is a federal country with 10 provinces and 3 territories and approximately 3,750 municipalities. The Constitution Act sets out the division of powers between the federal and provincial governments. The federal government makes laws with respect to unemployment insurance, trade and commerce, national defence, Indigenous affairs, and criminal law. Provincial governments control regional and local affairs including: education, health, social services, property rights, administration of justice, local public works, and municipal institutions. Some responsibilities, such as immigration, agriculture, and pensions, are shared between the federal and provincial governments. Provincial governments have exclusive authority to make laws in relation to municipal institutions (SLACK, PHILIPPS, TEDDS and EVANS, 2019); these institutions do not have independent status in the Constitution and are thus often referred to as «creatures of the provinces».

In terms of the distribution of revenues, the Constitution gives the federal government comprehensive powers to raise money «by any mode or system of taxation» whereas the provinces are given authority to levy «direct taxation within the province» (which includes, for example, income, sales, property, and commodity taxes) for provincial purposes. Municipalities are limited to the taxing authority that is delegated to them by the provincial government, and this authority varies by province. In practice, municipalities can levy property taxes and user fees, and they receive transfers from the provincial and federal governments. Some cities, such as Toronto, can levy other taxes under special legislation. Overall, each of federal and provincial taxes account for 45 percent of total tax revenues; municipal taxes account for only 10 percent³.

Provincial governments play a significant role in the affairs of municipal governments in Canada. They can create, dissolve, amalgamate, or alter the boundaries of local governments in other ways without consulting local residents (TAYLOR and BRADFORD, 2020). Indeed, in 1998, the provincial government merged the metropolitan government and six lower-tier governments to create a single-tier City of Toronto against the wishes of its residents as expressed in local referenda (see SLACK and BIRD, 2013 for an analysis of the financial impact of the Toronto amalgamation).

With respect to municipal finance, provincial governments assign responsibilities to local governments and determine which revenues they can raise. Municipalities are not permitted to budget for an operating deficit, and, if over the course of the year they do run a deficit, they are required to cover it immediately in the next fiscal year. Provincial governments also restrict the amount that municipalities can borrow to meet capital expenditures, with the exception of Toronto which sets its own limits. Lastly, provincial governments provide transfers to municipalities, many of which have conditions attached. All provinces also provide some unconditional funding to municipalities.

³ The source for these numbers is Statistics Canada, Table 10-10-0015-01.

Slack and Bird have argued in the past that the high degree of provincial control over local governments in Canada means that there cannot be any visible fiscal crisis at the local level (SLACK and BIRD, 2008). While this may be true, municipal governments in Canada are constrained from solving any real fiscal problems they may have. Local governments are autonomous in the sense that they are responsible to local citizens both for how they spend and how they raise revenues. The reason, as will be noted below, is that the bulk of their revenues come from own sources —property taxation and user fees— rather than intergovernmental transfers. However, they are constrained in terms of fiscal flexibility because they rely largely on only those two sources of revenue and the provincial government prescribes how they raise those revenues⁴.

With the exception of Toronto, municipal finances in Ontario fall under the *Municipal Act, 2001* (S.O. 2001, chapter 25). Under the *City of Toronto Act, 2006* (S.O. 2006, chapter 11), Toronto can levy taxes that are not available to other municipalities in the province. Section 267(1) authorizes the city to levy any direct tax but there are several exclusions: taxes on income, payrolls, wealth, machinery, natural resources, energy consumption, and sales of goods and services (TAYLOR and DOBSON, 2020). The city is not permitted to impose poll taxes and can only charge road tolls with provincial permission. It can, however, levy taxes on motor vehicle registrations, land transfers, and billboards. Following a 2017 amendment to the legislation, the city is also permitted to levy a tax on temporary lodging including hotel occupancy taxes and taxes on short-term rentals.

3. TORONTO'S FINANCES

With the proposed budget of over \$16 billion CAD for 2023, Toronto's operating expenditures exceed that of four Canadian provinces and are not far behind two others. Its capital budget is proposed to be an additional \$49 billion over ten years. Yet, the City's revenues are restricted largely to property taxes, user fees, and federal and provincial transfers. Provinces have access to many more sources of revenue, including taxes on income, sales, fuel, and more.

What services does Toronto deliver? Table 1 provides a breakdown of Toronto's expenditures in 2021 (the latest year for which financial reports are available) and 2019 (to compare the distribution pre- and post-pandemic). In 2021, the largest expenditures were on transportation (which includes roads and transit) followed by social and family services. Protection to persons and property (mainly police and fire protection) came third and followed by environmental services which include water, sewers, and solid waste collection and disposal.

⁴ In a study of local autonomy in 10 Canadian cities, four measures were used to assess fiscal autonomy: municipal expenditures relative to provincial expenditures, municipal tax revenues relative to provincial tax revenues, level of conditional grants, and borrowing restrictions. All 10 cities, including Toronto, scored low on fiscal autonomy according to these measures. See SMITH and SPICER, 2017.

TABLE 1. EXPENDITURES, CITY OF TORONTO, 2019 AND 2021

<i>Expenditure category</i>	<i>2021 (%)</i>	<i>2019 (%)</i>
Transportation	27.5	27.0
Social and family services	20.1	19.3
Protection to persons and property	15.0	14.6
Environmental services	8.7	7.9
General government	8.0	6.7
Recreation and culture	7.3	8.1
Social housing	7.2	6.3
Health services	5.2	3.8
Planning and Development	1.0	2.7
Total	100.0	100.0

Source: City of Toronto. Our road to recovery - 2021 Annual Financial Reports for the year ended December 31, 2021; City of Toronto 2019 Consolidated Financial Statements, December 31, 2019.

Between 2019 and 2021, the distribution of expenditures did not change very much. Expenditures on recreation and culture and planning and development fell during the course of the pandemic as a percentage of total expenditures. There was an increase in expenditures for environmental services, social housing, health services, and general government.

Table 2 provides a breakdown of Toronto's revenues for 2021 and 2019. In 2021, the most significant source of revenue was the property tax, which accounted for almost one third of total revenues, followed by federal and provincial government transfers. User fees were almost 20 percent of revenues in 2021. Other revenues include the municipal land transfer tax, rents and concessions, development charges, and other revenues (taxes on billboards, hotels, and lodgings; revenue from the sale of recycled materials and properties; and some other miscellaneous revenues).

A comparison of the distribution of revenues between 2019 and 2021 shows a marked increase in government transfers and a decline in user fees. Revenues from the municipal land transfer tax increased from 2019 to 2020. Generally, user fees have accounted for a larger portion of Toronto's revenue than government transfers but, as will be discussed more fully below, the pandemic changed that distribution. Covid-19 resulted in increased expenditure pressures and a loss of revenues, most notably from user fees on transit. Some of this revenue was made up by federal and provincial grants, which increased compared to previous years. It is not clear if this pattern of revenues

will continue or if user fees will go back to being the second largest source of revenue as in the past.

TABLE 2. DISTRIBUTION OF REVENUE, CITY OF TORONTO, 2019 AND 2021

<i>Source of Revenue</i>	<i>2021 (%)</i>	<i>2019 (%)</i>
Property taxes	31.3	30.7
Government transfers	30.7	24.3
User charges	18.4	24.5
Municipal land transfer tax	7.7	5.6
Other revenues	4.5	4.5
Rents and concessions	3.1	3.7
Development charges	2.4	2.8
Investment income	1.0	2.3
Government business enterprises	1.0	1.6
Total	100.0	100.0

Source: City of Toronto. Our road to recovery - 2021 Annual Financial Reports for the year ended December 31, 2021; City of Toronto 2019 Consolidated Financial Statements, December 31, 2019.

Of the total transfers in 2021, federal transfers accounted for about 15 percent and provincial transfers for about 84 percent. Federal grants were largely dedicated to capital purposes whereas provincial grants were provided for operating purposes. The majority of transfers (federal and provincial) are conditional, in the sense that they have to be spent on specific services; only in 2020 and 2021 were there unconditional grants from the province in response to the need to fill the operating deficit arising from the pandemic.

User fees are another major source of revenue for the city⁵. Three services —water, parking, and solid waste— are funded almost entirely from user fees but the City also levies more than 3,000 different types of user charges, for services such as transit, classes at recreation centres, and entrance fees to municipal attractions. For water and garbage services, residents are sent utility bills and they pay separately for residential street parking, metered street parking, and parking in city lots. For other services (such as transit, child care, social housing, or ambulances), fees, charges, or rents cover part of the cost of the service and property taxes, transfers, and other general revenues cover the rest.

⁵ For a good discussion of user fees in Canada, see ALTHAUS and TEDDS, 2016, and TASSONYI and KITCHEN, 2021.

Another source of revenue is the municipal land transfer tax (MLTT) which was introduced in 2009 under the authority of the *City of Toronto Act, 2006* and has allowed for some diversification from the property tax. Revenues from the land transfer tax now account for almost 8 percent of total revenues but, MLTT revenues can be very volatile. For that reason, the MLTT cannot be relied on to fund operating expenditures which increase consistently over time. The city has dedicated a portion of MLTT revenues to capital purposes.

Other taxes that the city has levied under the *City of Toronto Act, 2006* include a vehicle registration tax, but it only lasted for two years. The city also levies a billboard tax and a hotel and short-term rental tax. Starting in 2023, it will levy a vacant home tax⁶. The city also generates revenues from non-tax sources including, for example, permits, licensing fees, fines and penalties (such as parking violations).

The capital budget, as noted earlier, is forecast to be \$47 billion over the next ten years. Capital is funded from reserve funds dedicated to infrastructure, provincial and federal transfers, funding from the operating budget, municipal borrowing, and development charges. The latter are one-time charges on developers to cover the off-site, growth-related capital costs associated with new development or redevelopment. Development charges are described further in Section 4.

4. PROVINCIAL RESTRICTIONS ON MUNICIPAL FINANCE

The provincial government is involved in every aspect of local service delivery. It exercises control through cost-sharing, policy setting, regulation, or other forms of entanglement with municipalities. Indeed, it has been estimated that there are at least 280 provincial statutes, and countless provincial regulations, policy frameworks, and service standards that affect how municipalities in Ontario deliver services (WILSON, 2019).

Although the City of Toronto relies heavily on own-source revenues, it does not have complete control over how it levies these taxes and fees. A truly local tax is one in which the local government can decide whether to levy the tax or not, determine the precise base of the tax, set the tax rate or rates, administer the tax, keep all of the revenue collected, and grant tax allowances or reliefs to individuals and firms (BIRD, 2011; BLÖCHLIGER and RABESONA, 2009). As noted earlier, Toronto can only decide to levy a tax if it is permitted under provincial legislation. So, for example, it has chosen to levy

⁶ A vacant home tax is being introduced (similar to the Empty Home Tax in Vancouver) to increase housing supply by discouraging owners from leaving their properties vacant. A property is considered vacant if it was not used as a principal residence by the owner or any permitted occupants or was not occupied by tenants for six months or more during the previous calendar year (<https://www.toronto.ca/legdocs/bylaws/2022/law0097.pdf>). Properties are also considered to be vacant if the owner does not make a declaration of occupancy status. There are some exemptions where the property is undergoing repairs or renovations, where the principal resident is in care, etc. The tax is one percent of the current value assessment (the base of the property tax). Revenues from this tax will be allocated to affordable housing initiatives.

property taxes, a land transfer tax, a municipal accommodation tax, a billboard tax, and, most recently, a vacant home tax. It has avoided other potential taxes such as a commercial parking levy, entertainment taxes, tobacco taxes, a vehicle registration tax, and a few others⁷.

In terms of the details of each tax, there are often provincial restrictions on the base of the tax and the setting of rates. The following provides two examples of provincial restrictions with respect to the property tax and development charges and it suggests how provincial transfers can also restrict local autonomy⁸.

4.1. Property taxes

The property tax in the Province of Ontario (including Toronto) is calculated by multiplying the property tax rate(s) times the tax base, which is assessed as the current (market) value of all property as determined by the Municipal Property Assessment Corporation (MPAC)⁹. MPAC is a not-for-profit corporation established by provincial statute *Municipal Property Assessment Corporation Act, 1997, S.O. 1997, chapter 43, Schedule G*). Every municipality in the province is a member of the corporation. The corporation is governed by a board of directors comprising taxpayer, municipal, and provincial representatives appointed by the provincial government. The principal responsibility for assessment ultimately rests with the province (BIRD, SLACK and TASSONYI, 2012)¹⁰.

MPAC is responsible for determining the assessed value of properties, classifying properties into different categories (*e. g.*, residential, commercial, industrial) according to provincial regulations, determining which properties are entitled to be exempt from taxation, preparing and delivering an annual assessment roll to municipalities, and defending assessment appeals. There are many advantages to having these functions performed at the provincial level. For example, it results in a uniform assessment system across the province to ensure that similar properties are assessed in the same way regardless of where they are located. It also reduces the cost to the municipalities when the function is performed at the provincial level where economies of scale can be achieved¹¹.

⁷ Toronto is currently reviewing the use of a number of these taxes, however: <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/toronto-taxes-fees-debate-1.6729032/>.

⁸ Although not discussed in this paper, statutory rules also govern the application of user fees at the municipal level and the methodology for linking cost recovery to the users (TASSONYI, 2022).

⁹ Market value is defined as the price that would be struck between a willing buyer and a willing seller in an arm's length transaction.

¹⁰ MPAC is funded by the municipalities in Ontario on basis of the number of properties on their assessment roll and the value of the assessment base.

¹¹ Municipalities do pay MPAC for the assessment function but it is assumed to be less costly than if they undertook this function themselves.

There are cases, however, where municipalities may want to intervene in the assessment process to ensure fairness in the system. One example has to do with the assessment cycle. Provincial legislation requires that properties be assessed on a four-year cycle. The last reassessment was undertaken for the 2017-20 period and was based on 2016 values. During the recent pandemic, reassessments were postponed: for 2021, 2022, and 2023, assessment continues to be based on 2016 values. In Toronto, as in many cities in Ontario, relative property values have changed significantly since 2016. As an example, residential property values have increased more quickly than commercial properties (in part because of the work-from-home phenomenon that increased during and since the pandemic and the move to online shopping). The market value of warehouses has increased but that of office buildings and retail stores and malls has fallen. Whenever the provincial government requires a reassessment based on more current values, there will be major shifts in taxes among property types¹². Neither Toronto or any other municipalities in the province can hasten that reassessment but they do have to face the consequences of the inequities arising from the continued freeze. Inequities can be found within classes of property (*e. g.*, within the residential or commercial classes), between classes, and across municipalities.

Turning to the setting of tax rates, all municipalities in the province, including Toronto, are required to set tax rates for different property categories set out by provincial regulation (for, example, residential, multi-residential, commercial, industrial). Although each municipality can determine how much it wants to collect from property taxes in total, it has to choose differential tax rates that are within provincially-determined ranges. For example, the commercial tax rate has to be set between 0.6 and 1.1 times the residential tax rate. If it is already beyond 1.1, it cannot go any higher but it can stay where it is. These so-called «ranges of fairness», may be designed to reduce inequities in the property tax system, but they limit local flexibility to set tax rates by class of property. They also provide another example of provincial control over municipal taxes.

Finally, the provincial government exercises considerable control over the administration of the property tax in terms of rules about preparing the annual tax roll, the payment of taxes by instalments, the content and form of tax notices and tax bills, and much more. Municipalities are also required to provide property tax relief to certain types of properties or owners (*e. g.*, seniors). Although many of these programs are mandatory under provincial legislation, municipalities generally have some discretion over eligibility criteria, the amount of relief provided, and the administration of the program. In short, although the property tax is largely a local tax¹³, the provincial government

¹² Reassessments in the province are revenue neutral so, for example, a 25 percent increase in assessed value will not result in a 25 percent increase in property taxes. If assessments increase, municipalities are required to lower property tax rates so that there is no overall impact on property tax revenues from a reassessment.

¹³ The province also levies an education property tax, which is collected by municipalities and remitted to the provincial government. Many authors have recommended that the provincial government stop levying an education property tax and provide tax room for municipalities (see KITCHEN, SLACK and HACHARD, 2019).

exerts a fair amount of control over how municipalities, even a large city like Toronto, can raise it (TASSONYI, 2022).

4.2. Development charges

Development charges (DCs) in the Province of Ontario are governed by provincial legislation —the *Development Charges Act, 1997* (S.O. 1997, chapter 27)—. Charges are levied for works constructed by the municipality, and the funds collected have to be used to pay for the infrastructure made necessary by the development. DCs fund growth-related capital costs for roads and transit, water and sewer infrastructure, fire and police facilities, recreational facilities, and other infrastructure.

Provincial legislation is very prescriptive about what types of infrastructure municipalities can levy for, what portion of the costs can be recovered through development charges, how the money can be spent, the types of reserve funds that need to be set up, and other details. Municipalities are required to follow a number of steps to calculate the development charge, including preparing a development forecast, establishing historic service levels that cannot be exceeded, making a determination of the increased need for services arising from the new development, and apportioning the costs to different development types (e.g., residential and non-residential).

Although DCs provide a major source of revenue for growth-related capital projects, municipalities are constrained in the amount they can levy. In part, the constraints reflect concerns about the impact of DCs on housing prices and housing supply but the rules are also designed to ensure that municipalities only levy for the growth-related capital costs associated with development and not simply use DCs as a way to reduce property taxes or user fees.

In 2022, amendments to the *Development Charges Act, 1997* under Bill 23 (*More Homes Built Faster Act, 2022*, S.O., 2022, chapter 21) introduced a number of provisions which will serve to reduce the amount of DCs that municipalities can levy. For example, the legislation introduced exemptions for affordable housing units, reduced the rates for other types of housing units, changed the calculation of eligible capital costs by removing housing services, required that DCs be retroactively phased in over a five-year period, discounted rates for purpose built rental units, and added new exemptions. The interest rate on borrowing within the DCs was capped and other measures were introduced that reduced the amount that municipalities can charge.

These changes are expected to have an impact on the ability of municipalities to charge for infrastructure in new developments and their ability to provide that infrastructure. In Toronto's case, the city has estimated that this legislation will result in a loss of an estimated \$230 million annually, amounting to a 20 percent reduction in develop-

ment charge revenues¹⁴. It is not clear if the province will compensate municipalities for the loss of development charge revenues. If it doesn't, the foregone revenues will have to be made up from other revenue sources, such as the property tax or user fees. There are clearly limits to the amount of local autonomy Toronto has when it comes to the use of development charges to pay for infrastructure.

4.3. Provincial transfers

As noted earlier, municipalities that depend heavily on intergovernmental transfers have less fiscal autonomy than those that rely on own-source revenues. Even with transfers, however, there can be more or less local autonomy depending on the size and type of transfer. For example, transfers can be unconditional (not earmarked) or conditional (earmarked for a specific purpose).

Unconditional transfers can be spent by municipalities in the areas they choose without restrictions and can even be used to reduce taxes. Conditional transfers, on the other hand, have to be spent on specific functions, such as transit or housing, and often with other conditions attached to their use. Obviously, local governments have less autonomy with conditional grants.

There are a number of justifications for senior levels of government to provide transfers to municipalities. The first is to close any «vertical fiscal gap» or the difference between the revenues that can be raised at the local level and the expenditures required to cover its assigned local government responsibilities. This gap may arise because local governments are assigned more responsibilities than can be financed by the revenue-raising powers at their disposal (BIRD and SLACK, 2021). To close the vertical fiscal gap, an unconditional grant would be appropriate.

Another rationale for transfers is to ensure that all provincial residents, regardless of where they reside, are treated as equally as possible. Transfers can be used to close the «horizontal fiscal gaps» that face municipalities that have fewer resources (and perhaps also higher expenditure «needs») compared to those in the best-off locality. This rationale calls for an unconditional grant based on fiscal capacity (the ability to raise revenues) and expenditure need. These types of transfers are referred to as equalization grants¹⁵.

A third possible justification for transfers, the most consistent with the «efficiency» framework familiar to economists, may be to offset possible distortions to local budgetary decisions owing to any external benefits and costs—that is, effects spilling over to other localities—of specific local government expenditure programs. This rationale calls for a conditional grant where the federal or provincial government provides a percentage of lo-

¹⁴ See City of Toronto report: <https://www.toronto.ca/legdocs/mmis/2023/cc/bgrd/backgroundfile-230130.pdf>.

¹⁵ For a review of provincial-municipal equalization grants in Canada, see BIRD and SLACK, 2021.

cal government expenditures on a particular service based on the amount of spillover. So, for example, if 30 percent of the benefits of a road spill over into another jurisdiction, the provincial government would fund 30 percent of the expenditures on that road.

Another objective may be simply to reimburse local governments for the costs that they incur in implementing policies that the provincial government requires them to deliver as its agent, thus doing away with unfunded mandates. A conditional grant is more likely to be given in this situation. Finally, there may be political reasons for payments to particular localities to cope with specific local problems (*e. g.*, disaster relief) or to induce or reward political support (BIRD and SLACK, 2021: 10). These transfers would also be conditional.

Conditional transfers offer less local autonomy because the donor determines where the funds will be spent. They are fungible, however, in the sense that there is no guarantee that the recipient will spend the funds on the purpose for which they were intended. This is particularly true for a large city like Toronto which is likely spending substantial funds already in the area specified by the donor government so would be able to use any additional resources for other purposes.

Unconditional grants are a way to close the fiscal gap while respecting local fiscal autonomy, but they do raise concerns about accountability. By increasing fiscal capacity without taking allocation decisions away from local policymakers, unconditional grants allow cities to ensure funds are used in the way that best responds to local preferences. On the other hand, this approach may receive less support from higher levels of government that rely on conditionality in order to ensure local policy is consistent with federal or provincial priorities and that they have some control over what municipalities do with the money.

When the level of government that makes the spending decisions (in this case, the local government) is not the same as the level of government that raises the revenues (federal or provincial government), accountability is blurred. Local governments are more likely to carry out their expenditure responsibilities in a responsible manner if they have the autonomy to raise the revenues to pay for them (SLACK, 2017: 4).

Toronto has historically received only conditional transfers from the federal and provincial governments. In the case of provincial transfers, they are largely dedicated to social and family services, transportation (transit and roads), and health services. Although the Province of Ontario does provide equalization transfers to municipalities, these transfers are dedicated to small, rural, and remote communities¹⁶. Not surprisingly, Toronto does not receive provincial equalization transfers.

A change in the types of transfers given occurred in 2020 and followed again in 2021, whereby the provincial government provided unconditional transfers to Toronto and other Ontario municipalities to meet their operating deficit that resulted from the

¹⁶ For more on provincial-municipal transfers in the Province of Ontario, see <https://www.ontario.ca/document/2022-ontario-municipal-partnership-fund/technical-guide>.

pandemic. In particular, the city lost a large portion of transit fare revenues when transit ridership plummeted by 80 to 90 percent compared to pre-pandemic numbers. Although the city continues to seek federal and provincial funding to fill the operating deficit arising from pandemic pressures, funding has been limited.

5. HOW HAS TORONTO USED ITS FISCAL AUTONOMY?

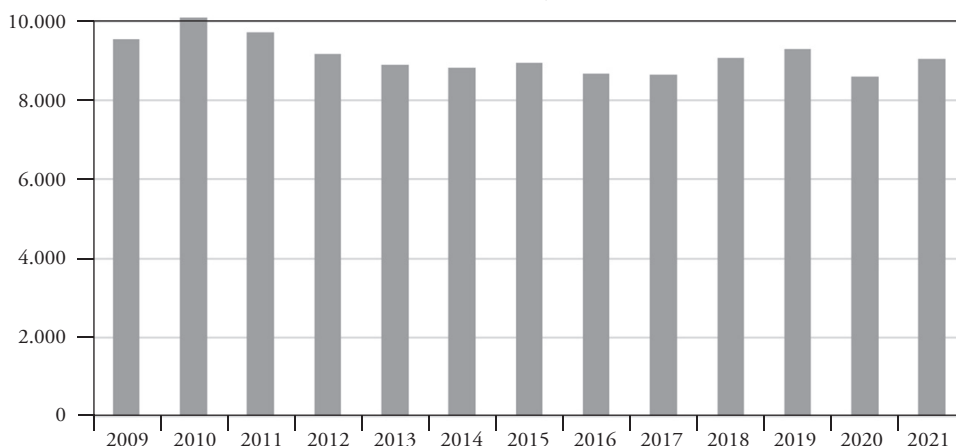
To the extent that Toronto relies relatively heavily on own-source revenues, it has a reasonable amount of local autonomy. There are some provincial constraints on how it levies some of these sources, as noted above, however. How has Toronto exercised the autonomy it does have? A few examples illustrate what the city has done over the last decade. The first is expenditure patterns, followed by a review of property tax increases over the same period. Municipal borrowing is a financing tool over which the city does have a significant amount of control, and the third example looks at how much the city has taken advantage of its ability to borrow to pay for infrastructure in recent years and also looks at the use of reserves and reserve funds.

When expenditures per household are adjusted for inflation, they were roughly comparable in 2021 to what they were a decade ago. Although there is a perception that spending has been growing rapidly in recent years, Figure 1 shows that expenditures per household were actually less in 2021 than they were in 2009, when adjusted for inflation. This finding likely reflects a combination of factors: finding cost efficiencies, uploading some responsibilities to the province¹⁷, and cutting service levels.

Another reason why expenditures have been relatively stable could be the city's reliance on the property tax as its main source of revenue and successive decisions to keep property tax rate increases at or below the rate of inflation. Figure 2 shows property taxes per household adjusted for inflation over the period from 2009 to 2021. For most of the period, property taxes per household, adjusted for inflation, were declining; they started to increase somewhat in 2018. Commitments on the part of mayors since the amalgamation in 1998 to keep property tax increases at or below the rate of inflation accounts for the pattern in Figure 2. The most recent 2023 budget, includes a 5 percent increase in the property tax coupled with a 1.5 percent increase on a supplementary property tax dedicated to transit and housing infrastructure. The overall rate increase of 7 percent is slightly above the rate of inflation for the first time in over a decade.

¹⁷ For example, the Provincial-Municipal Fiscal and Service Delivery Review in 2008 was a formal upload agreement signed by the Province, the Association of Municipalities in Ontario (AMO), and the City of Toronto that committed the provincial government to assume the full cost of some health and social programs by 2018. These reforms eliminated billions of dollars of financial obligations from municipal balance sheets in the province. But, they also added a new layer of conditions and constraints. See EIDELMAN, HACHARD and SLACK (2020).

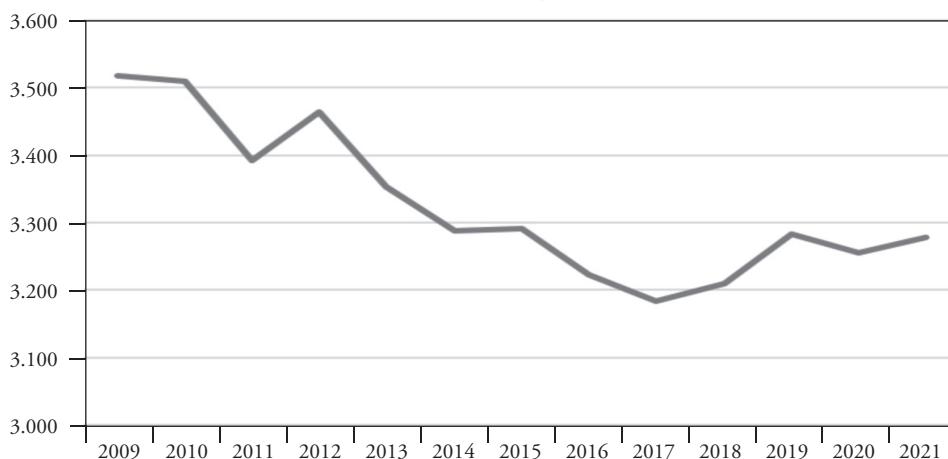
FIGURE 1. EXPENDITURES PER HOUSEHOLD, ADJUSTED FOR INFLATION, CITY OF TORONTO, 2009-2021



Source: Ontario Municipal Financial Information Returns.

Why is it so difficult to increase the property tax? Part of the reason is that the property tax is a very visible tax (SLACK and BIRD, 2014; SLACK, 2022). Unlike the sales tax which is paid in small amounts with every purchase or the income tax which is withheld at source, homeowners receive a property tax bill every year. That means that they know how much they pay in property taxes every year. For this reason, politicians find it very difficult to increase the tax and often keep increases fairly small.

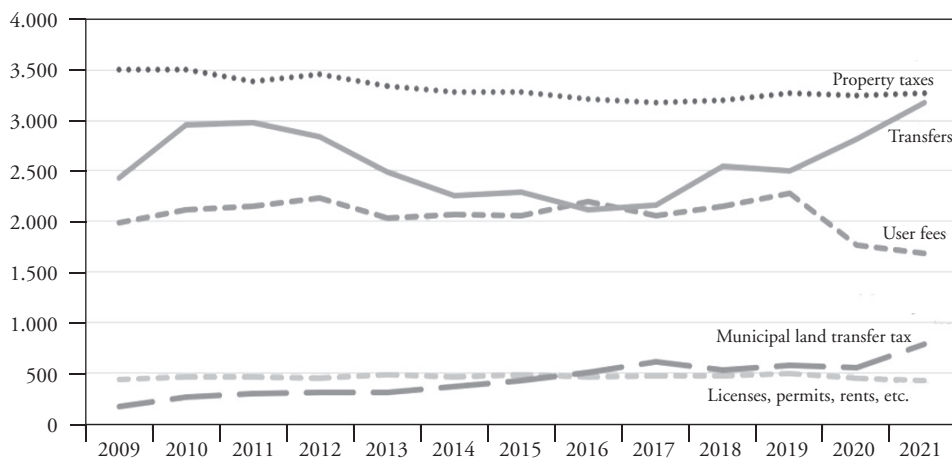
FIGURE 2. PROPERTY TAXES PER HOUSEHOLD, ADJUSTED FOR INFLATION, CITY OF TORONTO, 2009-2021



Source: Ontario Municipal Financial Information Returns.

Figure 3 provides information on the pattern of property taxes compared to other revenue sources that the City of Toronto relies on. Over the same period that property taxes were declining, the Figure shows a steady increase in user fees. In 2019, user fees per household, adjusted for inflation, started to decline, however. The loss of transit fare revenues (and, to a lesser extent, fees for recreational programs) during the pandemic accounts for the largest part of the decline. This loss was largely compensated for by the increase in transfers from both the federal and provincial governments in 2020 and 2021. As noted earlier, these are unprecedented increases in transfers and will not necessarily continue at that magnitude.

FIGURE 3. SELECTED REVENUES PER HOUSEHOLD, ADJUSTED FOR INFLATION, CITY OF TORONTO, 2009-2021



Source: Ontario Municipal Financial Information Returns.

Federal and provincial transfers accounted for 30 percent of the City's revenues in 2021, up from 20 percent in 2012. Transfers increased in 2010 and then declined until 2017, before the significant increases starting in 2017 before the pandemic and increasing throughout the period to 2021. The municipal land transfer tax has increased throughout the decade. Because the land transfer tax imposes a levy on house sales, the revenues reflect the volume of homes sold as well as house prices, both of which fluctuate in accordance with a range of macroeconomic factors. As a result of the city's housing boom over the last decade, land transfer tax revenues have generally exceeded the revenue projections each year. As markets change post-pandemic, revenues from the MLTT may be more volatile. Revenues from licences, permits, rents, etc., remained fairly steady over the decade.

Finally, we look at the application of Toronto's fiscal autonomy with respect to borrowing and reserves. Municipalities in Ontario can borrow money and take on debt,

but only to fund capital expenditures. Large amounts of debt constrain municipal governments by requiring that they spend more every year to pay down the principal and interest costs of borrowing. Although the provincial government in Ontario sets limits on the amount of borrowing a municipality can undertake (the rule is that debt charges, which include annual pre-payment of principal plus interest payments, cannot exceed 25 percent of own-source revenues), it does not place a borrowing limit on Toronto¹⁸. The city has imposed its own limit, however—debt charges cannot exceed 15 percent of property tax revenues—a limit that is more stringent than the one imposed by the province on all other municipalities.

What has Toronto done on the borrowing front? The 2022 Budget projected that the City's debt levels are approaching the self-imposed limit, climbing from less than 14 percent in 2021 to 15 percent in 2029 before declining (City of Toronto, 2022 Budget). The City's credit rating is strong - Standard and Poor's (S&P) Global Ratings, one of three major rating agencies, rates Toronto as AA (positive) as it has done since 2002¹⁹. In short, Toronto, like most cities in the province, has been fairly conservative in terms of its borrowing.

Reserves and reserve funds provide financial resources to municipalities but also indicate a government's willingness to sacrifice current spending to plan for the future. Reserves are year-to-year savings that can be used for unforeseen events (such as an extreme weather event or downturn in the economy) that reduce the city's revenues. Reserve funds are generally dedicated to future infrastructure spending, and cannot be easily reallocated to fund other needs. Indeed, there may be legislative, regulatory, or other legal restrictions on their use. Although Toronto's reserves have increased in the past, the most recent budget (2023) forecasts that reserves and reserve funds for capital purposes will fall from over \$7 billion in 2023 to over \$6 billion in 2024 to over \$5 billion in 2025. This decline reflects that, to the extent possible within the legislation, the city is moving funds designated for capital projects to meet its operating expenditure deficit.

To summarize, Toronto has some local autonomy when it comes to making decisions on expenditures, revenues, borrowing, and reserves. How has it used this autonomy? From a fiscal health perspective, it appears that Toronto does not have a spending problem - expenditures are roughly the same as they were a decade ago when adjusted for population growth and inflation. Residential property taxes are low and have been growing at or less than the rate of the inflation since the amalgamation of 1998 until 2023. Toronto's debt is relatively modest and manageable for a growing city and well be-

¹⁸ Through the *City of Toronto Act, 2006*, the province does impose other conditions on borrowing. For example, the term of long-term debt cannot extend beyond the life of the capital asset for which it was issued and cannot exceed 40 years (*City of Toronto Act, 2006, section 247.1*).

¹⁹ [https://www.toronto.ca/news/city-of-torontos-aa-credit-rating-reaffirmed-by-dbrs-morningstar/#:~:text=DBRS%20Morningstar%20%E2%80%93%20AA%20\(Stable\),and%20outlook%3A%202002%20to%20Present](https://www.toronto.ca/news/city-of-torontos-aa-credit-rating-reaffirmed-by-dbrs-morningstar/#:~:text=DBRS%20Morningstar%20%E2%80%93%20AA%20(Stable),and%20outlook%3A%202002%20to%20Present).

low the limits set by the provincial government for other municipalities in the province. Toronto's credit rating remains high, even in the face of pandemic challenges.

Notwithstanding that Toronto looks good in terms of some of these measures of fiscal health, Toronto's fiscal health may have been at the expense of its overall health, especially the state of its infrastructure. In the 2023 Budget, the city is reporting an increasing backlog in state-of-good-repair (SOGR) maintenance. Much of the infrastructure is old and in need of renewal. The backlog is forecast to climb from \$10 billion in 2023 to almost \$17 billion in 2031. Raiding its capital reserves to cover the operating deficit, as it is doing, will make the state of its infrastructure even worse.

6. TORONTO'S ABILITY TO RESPOND TO EXTERNAL SHOCKS

Toronto faces many challenges now and potentially more going forward that will impact the city's expenditures and revenues in the future. The question is whether the local fiscal autonomy it has, without more revenue diversification, is sufficient to meet these challenges. What are these challenges?

First, the impact of the pandemic is still being felt especially in terms of the loss of transit fare revenues. These revenues are still not back to pre-pandemic levels. The result has been an operating shortfall and, even with more fiscal autonomy than most other Canadian cities, Toronto has had to go with cap in hand to the other levels of government for money. It also plans service cuts in 2023 for transit and other services.

Second, as noted earlier, Toronto's aging infrastructure is in a declining state of good repair. The state of the city's infrastructure—water and wastewater pipes and treatment facilities, transportation infrastructure (roads and expressways), public transit vehicles and equipment, municipal buildings and facilities, libraries, recreation centres, and community housing—has been deteriorating for years. It will need to invest in maintaining and renewing existing assets as well building new infrastructure to accommodate growth and service needs.

Third, the city faces a short-term challenge from inflation and rising interest rates. Inflation means that the cost of delivering services and infrastructure will increase for the city. Moreover, inflation means that citizens may have more trouble making ends meet and will turn to the city to deliver more services. Rising interest rates mean that the cost of borrowing for new infrastructure will increase. Hopefully, both of these challenges will be short term on the expectations that inflation will slow and interest rates will be lowered by the Bank of Canada. Nonetheless, without diversified revenues, the city will have trouble responding to external shocks such as inflation and rising interest rates. Whereas federal and provincial governments have experienced increased income and sales tax revenues during this period, Toronto does not have access to these revenue sources. Rather, it relies on property taxes which have been fairly stable.

Fourth, the impact of climate change will also affect the city's budget. Cities are being impacted in two ways by climate change. They have to respond to extreme weather events (flooding, ice storms, heat waves, tornados) which result in major municipal cleanup and remediation costs. Cities also have to reduce greenhouse gas emissions (GHGs) to limit the global temperature increase. In Canada, we need to cut emissions by half over the next decade to reach net zero carbon emissions by 2050. Cities are a major source of emissions. Toronto, and other cities, will need to increase the share of renewable energies, establish cleaner transportation systems, retrofit existing infrastructure (buildings and facilities, etc.), and implement other measures. These measures will place a financial burden on the city.

Fifth, the federal government has increased its immigration targets to allow 500,000 new residents into the country annually by 2025 (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP CANADA, 2022). Most immigrants and refugees settle in the major cities and need a variety of municipal services, at least initially. These services include mainly housing and social services as well as other municipal services needed to facilitate resettlement. Although immigration decisions are made by the federal and provincial governments, many of the costs are borne by municipalities. Cities such as Toronto argue that they do not have sufficient resources to meet the needs of immigrants and refugees and also that they should have a seat at the table when decisions are made about immigration.

Although the challenges identified so far will all have an impact on Toronto's expenditures going forward, there will also be pressures on the revenue side of the budget. The sixth challenge arises from the work-from-home phenomenon, which started before the pandemic, but increased dramatically during the pandemic. To the extent that people continue to work from home, there is the potential to impact commercial property values and, by extension, commercial property taxes. If commercial property values fall relative to residential property values, there will be increasing pressure on the residential property tax in the future. Similarly, the move to online shopping is affecting the commercial property tax base.

It is by no means clear whether people will continue to work from home or shop online but some US cities have already experienced a decline in commercial property values and commercial property taxes by 25 percent, on average (CHERNICK, COPELAND and RESCHOVSKY, 2020). The occupancy rate in the downtown office towers in Toronto has climbed from a low of 6 percent in the height of the pandemic to 45 percent, still far short of what it was before the pandemic²⁰. As noted earlier, the provincial government has frozen the assessment base for property taxes but when the freeze is lifted, the impact of the shift from the commercial to the residential property tax base will be felt.

²⁰ See Strategic Regional Research Alliance (SRRA), <https://srraresearch.org/covid/category/Occupancy%20Index>.

All these challenges likely mean higher expenditures for Toronto, as well as other municipalities and, at least in one case, lower revenues. The city is searching for new tax sources (such as implementing a commercial parking levy), but it is limited in terms of what is available under the *City of Toronto Act, 2006*. To bring in any substantial amount of revenue, it would need access to income or sales taxes, and these are not permitted at the local level under provincial legislation. Given the negative response from the province in 2017 to the mayor's request to implement road tolls on two of its major highways, it is not at all clear that they would respond favourably to a request for income or sales taxes.

Nevertheless, a mix of taxes would give Toronto more flexibility to respond to local conditions such as changes in the economy (inflation and rising interest rates, for example), evolving demographics and expenditure needs, changes in the political climate, and other factors. For example, local politicians might choose to levy sales taxes for local services that are enjoyed by commuters for which the city currently receives no tax revenues (KITCHEN and SLACK, 2016). An employee-based personal income tax (often referred to as a payroll tax) would tax commuters who work in the city and use services there but live outside. From an equity perspective, an income tax is likely to be more progressive than a property tax. A mix of taxes would allow cities to increase or stabilize revenue at the same time that it maintains equity.

Reliance on a number of different revenue sources means that a city can set lower tax rates for any single tax to levy a given amount of revenue, thereby reducing the burden of that tax. Moreover, with a range of tax sources, distortions in one tax may be counteracted by distortions in other taxes. For example, the property tax may discourage investment in housing whereas an income tax may encourage investment in owner-occupied housing, because the imputed income of owner-occupied housing is not taxed in Canada (SLACK and TASSONYI, 2022).

There are two ways that cities might levy income or sales taxes. They could set up and administer their own tax systems or piggyback onto the existing provincial system²¹. It would be much easier and cheaper to piggyback on to the provincial system²². In terms of a local income tax, the External Advisory Committee on Cities and Communities (2006) recommended a system of «double devolution», whereby the federal government would provide tax room to provinces, which, in turn, would provide tax room to local governments, who would piggyback onto the provincial personal income tax system. Clearly, this mechanism would require substantial intergovernmental co-operation.

In terms of sales taxes²³, it would be costly for municipalities to introduce their own tax. There may also be problems with cities piggybacking in Canadian provinces that

²¹ Piggybacking onto the provincial tax can still mean that cities levy their own tax rates.

²² See KITCHEN and SLACK, 2016, for a description of how piggybacking onto federal/provincial income or sales taxes would work.

²³ An alternative to the sales tax is a business value tax (BVT). The base can be calculated as sales minus the purchase of inputs from other businesses (including capital inputs less a depreciation allowance). Although

have the harmonized sales tax (HST) or the goods and services tax (GST) because of the way in which these taxes are administered in Canada (SLACK, 2023).

Municipalities are often more interested in taking a share of provincial (or federal) government sales tax revenues than levying their own tax rates. Tax sharing is not the same as local taxation, however, because the local government has no control over the tax base or tax rates. It simply receives a portion of provincial taxes and, for this reason, is much the same as a transfer.

7. FINAL COMMENTS

Compared to many other cities around the world, Toronto has considerable local fiscal autonomy, at least if we measure autonomy by dependence on transfers from other orders of government. But, when we dig more deeply into the question of autonomy, we find that many of its own-source revenues are constrained by provincial legislation including, for example, property taxes and development charges. And, of course, most federal and provincial transfers have conditions attached to them.

Perhaps the more serious problem for the city's finances, however, is the lack of revenue diversification. Although the city is responsible for a wide range of services, it is limited to only a few sources of revenue - property taxes, some other smaller taxes, user fees, and intergovernmental transfers. This lack of diversification is particularly evident when the city faced external shocks such as the pandemic or changes in the macroeconomy such as inflation and rising interest rates. It has coped, at least in the case of the pandemic, by soliciting funds from the federal and provincial governments but it is not at all clear how long this bailout will continue. To balance its operating budget, which it is required to do by law, the city will have to increase property taxes and user fees or cut services.

It is time to consider other sources of revenue for Toronto. Income and sales taxes, have the potential to provide significant revenues to meet the challenges it faces and its changing expenditure needs. These taxes both require provincial legislation and possibly some tax room from the federal and provincial governments. If Toronto is to continue to contribute to the economic growth of the province and the country, all three orders of government need to come together to figure out how Toronto can diversify its revenues.

8. BIBLIOGRAPHY

ALTHAUS, C., and TEDDS, L.: *User Fees in Canada: A Municipal Design and Implementation Guide*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2016.

the base is similar to the GST/HST, it is a tax on income (not consumption) because it taxes profits as well as wages. For more on the BVT, see BIRD, 2014.

- BIRD, R.: «Are There Trends in Local Finance? A Cautionary Note on Comparative Studies and Normative Models of Public Finance», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 1, 2011.
- «A Better Local Business Tax: The BVT», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 18, 2014.
- BIRD, R., and SLACK, E.: «Provincial-Municipal Equalization in Canada: Time for a Change?», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 57, 2021.
- BIRD, R.; SLACK, E., and TASSONYI, A.: *A Tale of Two Taxes: Property Tax Reform in Ontario*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts, 2012.
- BLÖCHLIGER, H., and RABESONA, J.: *The Fiscal Autonomy of Sub-Central Governments: An Update*, OECD, Paris, 2009.
- CITY OF TORONTO: «Labour Force Survey Industry Profiles», *City of Toronto*, 1 Aug. 2019, <https://www.toronto.ca/city-government/data-research-maps/toronto-economy-labour-force-demographics/labour-force-survey-industry-profiles/>.
- CHERNICK, H.; COPELAND, D., and RESCHOVSKY, A.: «The Fiscal Effects of the covid-19 Pandemic on Cities: An Initial Assessment», *National Tax Journal*, 73:3, 2020, 699-732.
- EIDELMAN, G.; HACHARD, T., and SLACK, E.: «In It Together: Clarifying Provincial Municipal Responsibilities. Toronto», Ontario 360, Institute on Municipal Finance and Governance and Urban Policy Lab, 2020.
- EXTERNAL ADVISORY COMMITTEE ON CITIES AND COMMUNITIES: *From Restless Communities to Resilient Places: Building a Stronger Future for All Canadians*, Final Report, Ottawa: Infrastructure Canada, 2006.
- IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP CANADA: «An Immigration Plan to Grow the Economy», *Canada.ca*, Government of Canada, 1 Nov. 2022, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/news/2022/11/an-immigration-plan-to-grow-the-economy.html>.
- KITCHEN, H., and SLACK, E.: «More Tax Sources for Canada's Largest Cities: Why? What? And How?», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 27, 2016.
- KITCHEN, H.; SLACK, E., and HACHARD, T.: «Property Taxes in Canada: Current Issues and Future Prospects», *IMFG Perspectives*, Institute on Municipal Finance and Governance, University of Toronto, No. 27, 2019.
- SLACK, E.: «How Much Local Fiscal Autonomy Do Cities Have? A Comparison of Eight Cities Around the World», *IMFG Perspectives*, University of Toronto, No. 19, 2017.
- «Property Taxes in the Real World», *Canadian Tax Journal*, 70 (SUPP.), 2022, 133-158.
- «Cities in Canadian Federalism: The Forgotten Partner», in A. LECOURS, D. BELAND, T. TOMBE and E. CHAMPAGNE (eds.), *Fiscal Federalism in Canada: Analysis, Evaluation, Prescription*, University of Toronto Press, Toronto, 2023 (forthcoming).
- SLACK, E., and BIRD, R.: «Cities in Canadian Federalism», *Policy Options*, December 2007/January 2008.
- «Merging Municipalities: Is Bigger Better?», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 14, 2013.
- *The Political Economy of Property Tax Reform*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris, 2014.
- SLACK, E., and CÔTÉ, A.: «Is Toronto Fiscally Healthy? A Check-up on the City's Finances», *IMFG Perspectives*, University of Toronto, No. 7, 2014.
- «A Check-up on Toronto's Fiscal Health, 2018», *IMFG Perspectives*, University of Toronto, 2018 (<https://imfg.munkschool.utoronto.ca/research/a-check-up-on-torontos-fiscal-health-2018/>).

- SLACK, E.; PHILIPPS, L.; TEDDS, L., and EVANS, H. (eds.): *Funding the Canadian City*, Canadian Tax Foundation, Toronto, 2019.
- SLACK, E., and TASSONYI, A.: «Unaffordable Housing: Is Property Tax the Villain?», *Perspectives on Tax Law & Policy*, 3:3, September 2022, 13-15.
- SMITH, A., and SPICER, Z.: «The Local Autonomy of Canada's Largest Cities», *Urban Affairs Review*, 54:5, 2017, 931-961.
- STATISTICS CANADA: «Gross Domestic Product (GDP) at Basic Prices, by Census Metropolitan Area (CMA)», *Gross Domestic Product (GDP) at Basic Prices, by Census Metropolitan Area (CMA)*, Government of Canada, 7 Dec. 2022, <https://doi.org/10.25318/3610046801-eng>.
- TASSONYI, A.: «Financing Local Government and Development in Canada in the Aftermath of a Global Pandemic: Continuity and Change», *Canadian Tax Journal*, 70 (SUPP.), 2022, 97-132.
- TASSONYI, A., and KITCHEN, H.: «Addressing the Fairness of Municipal User Fee Policy», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 54, 2021.
- TAYLOR, Z., and BRADFORD, N.: «Governing Canadian Cities», in M. MOOS, T. VINODRAI and R. WALKER (eds.), *Canadian Cities in Transition*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 33-50.
- TAYLOR, Z., and DOBSON, A.: «Power and Purpose: Canadian Municipal Law in Transition», *IMFG Papers on Municipal Finance and Governance*, University of Toronto, No. 47, 2020.
- WILSON, M.: «Municipal Money Matters: Our Fiscal Future», presentation to AMO Annual Conference, August 19, 2019, <http://www.amo.on.ca/AMO-PDFs/Events/19/Monday/Money-Matters-Conference-fiscal-issues-session.aspx>.

Governance in Europe: insights from a survey among actors involved in local state-society relations

Hubert HEINELT

*Professor for Public Policy, Public Administration and Urban Research at the Institute of Political Science
Technical University Darmstadt (Germany)
ORCID ID: 0000-0003-4673-8441*

ABSTRACT

This article presents results of an empirical study on local governance in a number of European countries carried out by a group of scholars who has conducted surveys of various local political actors for many years. The results of these studies, which have been published in two books, will be assessed with regard to central questions of the governance debate. These include, among other things, questions of the understanding of democracy as well as the representational claims of the social actors involved. Moreover, it is emphasised that surveys are central to finding out how actors assess institutional conditions under which they have to act, i. e. how they perceive institutional opportunities and limitations for their political choices.

Keywords: local governance; local state-society relations; legitimacy claims; representative claims; notions of democracy.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. INSIGHTS ON LOCAL GOVERNANCE IN EUROPE: 2.1. Looking for different ties in European local governance linking local state and society. 2.2. The views on local state-society relations from the perspective of the actors involved. Results of the survey.—3. CONCLUSION: SURVEYS AS A USEFUL INSTRUMENT FOR ACTOR-CENTRED APPROACHES IN LOCAL GOVERNMENT STUDIES AND URBAN RESEARCH.—4. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

By the mid-1980s at the latest, the term «governance» found its way into academic debates on local government and politics. It was not only the emergence of a new term, it also shifted scientific interest. The focus of the academic debate was no longer on the municipal council and what happens in town hall. With the emergence of the term *local governance*, the emphasis shifted more and more to the interaction of municipal councils (councillors) and the municipal administration (more precisely, its senior staff) with actors linked to different spheres of the local community - both in terms of local political decisions and the local implementation of policies (JOHN, 2001).

This *governance turn* —or the *shift from government to governance*— was conceptually based, particularly at the beginning, on a rigorous distinction between government and governance. Societally binding decision-making was not only be seen as a matter of majority resolutions of elected representative bodies and through hierarchical administrative intervention legitimised by decisions of democratically elected representative authorities. Instead, the governing modes of *majoritarian decisions* and *hierarchy* have been seen in complementarity with mutual agreements among elected politicians and between them and societal actors reached by *bargaining* and *arguing* as newly emphasised governing modes (HEINELT, 2010: 15-27).

This was nothing new for research on local government and politics in the Anglo-Saxon world. There, such an approach trying to answer the question «Who governs?» without looking only at local government had already been developed with community power studies since the early post-war period (for an overview see SMITH, 1980) and later on with the urban regime theory (see MOSSBERGER and STOKER, 2001). The same applies to countries that are strongly influenced by social science research approaches from the Anglo-Saxon world - such as the Scandinavian countries or the Netherlands. And even in Germany, the Working Group on Local Policy Research (*Arbeitskreis Lokale Politikfortschung/LoPoFo*) was founded within the German Association for Political Science (*Deutschen Vereinigung für Politikwissenschaft*) in 1972 with the aim of «liberating local politics from the ghetto of municipal political systems defined by the institutions of local self-administration» (GRAUHAN, 1975: 12; translated by the author), which it subsequently also successfully pushed forward (HEINELT, 2004).

However, the more the term «local governance» became established in research on local government and politics —and this also in other parts of the world— the more the strict distinction between government and governance made at the beginning of the governance turn became lost. As a result, the term «governance» is often used in the sense of governing public affairs in general. With this general sense of governance as governing answers to the question emphasised by the governance turn get blurred - namely who governs how in which policy domain in a societally binding way.

In order to address the question of who governs how in which policy domain in a societally binding way in various European countries, a group of researchers has conducted a research project over several years. In this research project, local governance

arrangements were not only compared between different European countries, but also between policy fields in individual countries. To make it clear from the outset that these governance arrangements involve networks between elected local politicians and representatives of the municipal administration as well as societal actors, the term *local state-society relations* was used. Furthermore, the following has to be noted:

«First, societal actors are regarded as both “organized interests —ranging from chambers of commerce and industry etc., to differently organized associations with various kinds of membership (from enterprises to elderly people)— as well as individuals engaged in the policy process” (TELES *et al.*, 2021b: 2). Second, the analysis is focused on the municipal level of local government. Hence, institutionalized relationships are considered only to the extent to which the diversity of actors included interacts with municipalities (TELES *et al.*, 2021b: 3). Finally, “institutionalized interactions between representatives of municipalities (mayors, councilors and members of the municipal administration) and societal actors” (*ibid.*) are taken as the unit of analysis. This means that occasional and intermittent interactions —often with the goal of gathering the opinion of experts and societal actors— are not included in the analysis» (EGNER *et al.*, 2022b: 2).

Two books have resulted out of this research project. The first one (TELES *et al.*, 2021a) looks for different ties in European local governance linking local state and society. Therefore, a framework for analysing these local state-society relations was developed. On its basis such governance arrangements from 22 European countries were presented and characterised which «were to be [considered] either typical for local state-society relations in the country or display characteristics that other networks in the country also have» (EGNER *et al.*, 2022b: 2). The first book ended with comparative conclusions related to the findings presented in the country chapters of this book (HEINELT *et al.*, 2021). The purpose of the first book was not least to determine and present local state-society relations, whose members were to be surveyed with an online questionnaire jointly developed and then also used by the project partners. Results of this Europe-wide survey are presented in a second book (EGNER *et al.*, 2022a). By this survey responses from about 11,700 people participating in 68 institutionalised local state-society relation in 20 European countries could be collected (for more details on the survey, cfr. EGNER *et al.*, 2022b: 3-4).

The following section will only summarise some of what is presented in these two books - divided according to their particular contents. Their full reading can only be recommended. The final section summarises insights from this project that seem relevant to the discussion on local governance as well as local government.

2. INSIGHTS ON LOCAL GOVERNANCE IN EUROPE

2.1. Looking for different ties in European local governance linking local state and society

From the beginning, the aim of the project was to conduct a survey of actors involved in socio-state-society relations in the European countries surveyed, in order to

learn their assessment of how these governance arrangements function and affect outcomes, but also of their legitimacy. It was also clear from the outset that —as just mentioned— only local state-society relationships should be considered that are «either typical for local state-society relations in the country or display characteristics that other networks in the country also have» (EGNER *et al.*, 2022b: 2). Both the characteristics of these networks and the responses of their members included in the survey were to be compared. For these comparisons, it was seen as indispensable to have criteria that could be used for this purpose.

The typology of SELLERS *et al.* (2020; see also SELLERS and KWAK, 2011 as well as SELLERS and LIDSTRÖM, 2014) on national infrastructures of local governance seemed initially to be a promising tool for this purpose because it «aims at establishing a theoretical link between the institutions of local government and the organization of civil society» (TELES *et al.*, 2021b: 7). However, «the partners decided not to use this typology because it became obvious that in a country, policy-specific, local state-society relations can exist which can show different network characteristics from those attributed to the "national infrastructures" for local governance distinguished by SELLERS *et al.*» (TELES *et al.*, 2021b: 7-8). Therefore, it was decided to use a typology of different networks of local state-society relations elaborated by TELES (2021) and presented in Chapter 2 of the first book.

Starting from the «grid-group method» developed by DOUGLAS (1978; 2007), TELES argues that every network of local state-society relations can be characterised by its degree (high vs. low) of *autonomy* from external influence (particularly from upper levels of government) and coherence of the actors involved, *i. e. group coherence*. Furthermore, TELES adds a distinction - namely «how much impact [a network] can have and how relevant this impact is» (TELES, 2021: 25). By distinguishing between the degree (high vs. low) of autonomy, group coherence and relevance, a typology was constructed that conceptually draws clear lines between eight types of local state-society relations. The following figure gives an overview of these types of networks and their naming (labels).

FIGURE 1. THE THREE DIMENSIONS FOR CHARACTERISING LOCAL STATE-SOCIETY RELATIONS AND THEIR RELATION AS WELL AS THE NAMES OF THE DIFFERENT TYPES OF NETWORKS

<i>Autonomy</i>	<i>Group coherence</i>	<i>Relevance</i>	<i>Type of network</i>
High	High	Yes	Consociational
High	High	Low	Collaborative
High	Low	Yes	Independent
High	Low	Low	Communicative
Low	High	Yes	Delegated

<i>Autonomy</i>	<i>Group coherence</i>	<i>Relevance</i>	<i>Type of network</i>
Low	High	Low	Self-Reflective
Low	Low	Yes	Influencer
Low	Low	Low	Ceremonial

Adopted version of the figure presented in EGNER *et al.*, 2021: 36.

The three dimensions of this typology have been operationalised in detail by EGNER *et al.* (2021), so that they can be measured. This makes it possible to capture within-country variation in institutional arrangements which establish and regulate local state-society networks.

On this basis country chapters on local state-society relations were written for Austria (by Werner Pleschberger), Flanders/Belgium (by Koenraad de Ceuninck and Tom Verhelst), Croatia (by Ivan Koprić, Dubravka Jurlina Alibegović, Romea Manojlović Toman, Dario Čepo and Sunčana Slijepčević), the Czech Republic (by Jakub Lysek and Dan Ryšavý), England (by Alistair Jones and Colin Copus), Finland (by Linnéa Henriksson), France (by Deborah Galimberti), Germany (by Björn Egner, Hubert Heinelt and Detlef Sack), Greece (by Panagiotis Getimis), Iceland (by Grétar Þór Eyþórsson and Eva Marín Hlynisdóttir), Ireland (by Paula Russel), Italy (by Annick Magnier and Marcello Capria), Latvia (by Iveta Reinholde, Inese Āboliņa and Malvine Stucka), Lithuania (by Jurga Bučaitė-Vilkė and Aiste Lazauskiene), the Netherlands (by Hans Vollaard), Norway (by Karin Fossheim), Poland (by Adam Gendźwiłł, Joanna Krukowska and Paweł Swianiewicz), Portugal (by Luís Mota, Patrícia Silva and Filipe Teles), Romania (by Cristina Stănuș and Daniel Pop), Spain (by Carmen Navarro and Lluís Medir), Sweden (by Anders Lidström and David Feltenius), and Switzerland (by Oliver Dlabac). In these country chapters the selected governance arrangements are described and characterised according to the typology outlined before. It would be going too far to go into the rich information about the local state-society relations in detail, which is provided in the chapters on these countries. Instead, results of comparative analyses will be summarised in the following part of this section of the article, which are laid out in the final chapter of the book by HEINELT *et al.* (2021).

This concluding chapter starts by an examination whether the conceptual characterisation of local state-society relations by their autonomy, coherence and relevance according to the typology developed by TELES (2021) and their operationalisation and measurement presented by EGNER *et al.* (2021) can be confirmed empirically. The answer given by HEINELT *et al.* (2021) is without ambiguity: The «results [presented in the country chapters] indicate that the network types of local state-society relations are clearly distinguishable» as conceptionally differentiated by TELES.

The rest the chapter deals with the question of how differences among the networks of local state-society relations presented in the country chapters can be explained: Do

countries matter in respect to the differences detected among local state-society relations - and by this also «national infrastructures» for local governance arrangements as suggested by SELLERS *et al.* (2020)? Furthermore, the question was examined whether policy domains matter for the identified differences of local state-society relations. Finally, the question was addressed whether local state-society relations differ due to their functions and the form of the participation of societal actors in these networks. Although the authors show that local state-society relations differ in terms of certain policy domains, functions of the networks and also the form societal actors can participate, they strongly emphasised that

«clear “functionalist” explanations —following, for example, LOWI’s (1972: 299) dictum “policies determine politics” or reflections that a certain policy needs particular “policy institution” to be effective— are hardly convincing, as it can be shown that there are remarkable differences in local state-society relations even within the same policy domain [such as in Local Action Groups/LAG; see also below]. This finding requires explanations that do not refer to clear determinant effects emanating from a particular policy. [Instead] tentative explanations are [suggested by the authors] by referring to an actor-centered approach in line with the discursive institutionalism (SCHMIDT 2008; 2010) in general and the role of upper-level government and of local actors in particular» (HEINELT *et al.*, 2021: 380-381).

The specific role of local actors depends primarily on their will and ability «to take advantage of given institutional opportunities to increase or decrease, to a certain degree, the autonomy, coherence and relevance of the governance arrangements [in] which they have to interact» (HEINELT *et al.*, 2021: 405).

With regard to the point just mentioned, the authors admit that «[o]ur knowledge in this respect is still limited and requires further studies comparing particular networks and reconstructing the motivation and role-perceptions of the members involved» (HEINELT *et al.*, 2021: 405). To reconstruct the motivation and role-perceptions of the actors participating in institutionalised local state-society relations, but also, for instance, their perceptions of the autonomy, coherence and relevance as well as of the legitimacy of these governance arrangements, the planned and finally realised survey of actors was seen as crucial.

2.2. The views on local state-society relations from the perspective of the actors involved. Results of the survey

The second book, presents (as mentioned at the beginning of this article) results of the survey. It consists of two parts: in one «General Insights on Local State-Society Relations» are presented and in the other «Network-specific Insights on Local State-Society Relations» [in addition, there are a short introduction on «The book’s scope and content» (EGNER *et al.*, 2022b) and annexes on «How was the survey conducted in the individual countries?» and data about the survey].

The first part starts with a chapter by TELES (2022) with the telling title «Devil in details». He demonstrates not only that typologies commonly used to classify local state-society relations as well as local government systems do not match with the perceptions of actors about the autonomy, coherence and relevance of the governance arrangements they are involved in. However, what he also shows is even more interesting - namely that the perceptions of actors about these characteristics of local state-society relations also deviate (at least partly) from the classification presented by the authors of the country chapters in the first book (TELES *et al.*, 2021a). These findings lead TELES to the following conclusion:

«Only by focusing on specific networks and their members' shared meanings about these governance arrangements, we would be able to better understand their functioning. To additionally look for the members' perceptions of autonomy, coherence and relevance would allow to explore differences between specific groups of actors, within similar networks, and —conceivably— between the experts' assessment and the actors' perceptions. All those expected differences would allow a more detailed understanding of local state-society networks in Europe and to explore possible patterns which may have been neglected through more traditional institutionalist approaches» (TELES, 2022: 26).

TELES' search for patterns in respondents' perceptions by country (2022: 28-34), types of networks (2022: 34-37) and policy areas (2022: 37-40) did also not yield clear findings, and he concluded:

«What the field lacks and has yet to deliver, will only result from comparisons of local government systems that require substantially greater contextual knowledge, new ways of assessing the multiplicity and complexity of governance arrangements and better understanding of the local actors' shared meanings.

The «devil in the detail» can only be made visible by focusing on specific networks and the perception of their functioning by their members» (TELES, 2022: 42).

Other chapters in the first part of the book, based on the results of the survey, deal with issues that are critically discussed in the debate on governance, for example, the notion of democracy not only conceptually linkable to such arrangements but also of the actors involved in them, the legitimacy claims of these actors, the perception of the achieved kind of legitimacy and the role of elected local politicians in local state-society relations.

HEINELT and EGNER (2022) start their contribution with the title «The notion of democracy among actors involved in locals state-society relations» with the obvious observation that decision making in the various forms of local state-society relations is taking place beyond the municipal council as the core body of representative democracy at the local level. Having said that, the authors of this chapter refer to results of previous surveys in which it was empirically shown that even mayors and councillors do not clearly support a notion of democracy in line with representative democracy emphasising the significance of electoral legitimacy and decision-making competencies of elected representative bodies. Instead, mayors and councillors follow clearly different notions of democracy which correspond to the distinction between a «thin» liberal (or representative) democracy (as BARBER, 1984 called it) and a (broader) participatory understand-

ing of democracy (see VETTER *et al.*, 2018). Referring to this distinction, HEINELT and EGNER addresses the following questions: (a) Can different notions of democracy be found among actors involved in local state-society relations? (b) If different notions of democracy can be found among the surveyed actors, how to explain them? Their empirical findings are summarised by them as follows:

«Firstly, a clear distinction can be seen of the respondents' notion of democracy in line with the conceptually distinguishable models of participatory and representative democracy. Secondly, the support of one of these models can neither be explained by the role performed by the actors - namely as representatives of (certain) societal actors or of the municipalities and whether the latter were elected politicians or civil servants (*i. e.* their institutional background) nor can it be attributed to the function (*i. e.* only consultation or partnership or even delegated power) of the considered institutionalized collaboration between municipal and societal actors in which the respondents were involved. Instead, general political attitudes (self-placement on a right-left scale) and socio-structural characteristics (age and gender) of the respondents that correlate with political attitudes have an impact on whether one of these models of democracy is supported or rejected» (HEINELT and EGNER, 2022: 59).

FOSSHEIM and VOLLAARD (2022) tackle in their chapter on «The democratic quality of non-electoral representation through local state-society relations» whether local democracy can be strengthened by local state-society relations although societal actors cannot rely on general elections for the authorisation of their representative function in these institutionalised political arrangements. By referring to the debate about *representative claim*, triggered by SAWARD (2006; 2010; for an overview about this debate see GUASTI and GEISSEL, 2019; 2021), the authors are stressing that non-elected just like elected «individuals and organizations [are] claiming to act on behalf of a cause or a particular group of people» (FOSSHEIM and VOLLAARD, 2022: 64). What is crucial for non-elected and elected representatives (from the perspective of this debate) are the authorization of representative claim as well as accountability mechanisms linking non-elected and elected representatives with a particular constituency. Because non-elected representatives cannot refer to elections, FOSSHEIM and VOLLAARD were looking for authorization and accountability mechanisms used by the surveyed non-electoral actors involved in local state-society relations to underpin their representative claim. The authors summarised the result of their analysis by stating:

«The findings offer hopeful signs of non-electoral representation being a useful democratic innovation, as (i) a large share of non-elected representatives across Europe feel that the represented agree or support their contributions within the networks, (ii) most of the representatives inform the represented, allowing the latter to authorize the representatives and hold them accountable, and (iii) a large majority feel that they are obliged to give accounts of their actions» (FOSSHEIM and VOLLAARD, 2022: 80-81).

And finally, they added: «A key underlying mechanism seems to be that the more claim makers are in a situation in which they feel the need to legitimize their claims, the more they do so» (FOSSHEIM and VOLLAARD, 2022: 81).

EGNER and HEINELT take up the issue of representative claim as well in in their chapter on «Legitimacy claims of societal actors involved in locals state-society relations». However, they depart from the simple question of why particular actors should be involved or are allowed in participating in governance arrangements and SCHMITTER's answer to it. SCHMITTER (2002: 62) argued that «persons/organizations [...] could potentially be invited or allowed to participate [because] they possess some quality or resource that entitles them to participate.» And these «quality or resource that entitles them to participate» depend on «the substance of the problem that has to be solved or the conflict that has to be resolved» (SCHMITTER, 2002: 63). Based on these ideas, SCHMITTER distinguishes different «holder types» - namely (a) actors having «[r]ights that are attached to membership in a national political community and that presumably entitle all those having them to participate equally in all decisions made by that community [; these] holders are usually called citizens» (SCHMITTER, 2002: 62); (b) «spatial holders», (c) shareholders, that is to say, owners; (d) «stake holders», or those who «—regardless of where they live, what their nationality is or what their level of information/skills may be— [...] could be materially or even spiritually affected by a given measure» (SCHMITTER, 2002: 63); (e) «interest holders», specifically someone who «demonstrates sufficient awareness of the issue being decided and makes known the desire to participate in the name of some constituency» (SCHMITTER, 2002: 63), for example «(voluntary) spokespersons» or the interested public; (f) «knowledge holders» as varying kinds of experts having specific knowledge (or skills) which are «presumably needed if the policies taken are going to be technically effective» (SCHMITTER, 2002: 62); and finally (g) «status holders», that is, actors (according to SCHMITTER, usually organisations) «that have been recognized by the authorities ultimately responsible for decision and formally accorded the right to represent a designated social, economic or political category» (SCHMITTER, 2002: 63). These different «holders» were operationalised by particular given answers to a question of the questionnaire used in the survey. Based on the responses EGNER and HEINELT addressed the questions (a) how societal actors justify their involvement in local state-society relations, and (b) if there are differences among the various forms of local state-society relations characterised by the function they are performing and the kind of societal actors. The authors found clear patterns. The first one is the following:

«Societal actors refer, in their representative claims, to three independent dimensions of legitimacy, namely to (a) their “specific knowledge required for the effectiveness of decisions taken or suggestions made by the network” and their “awareness about the issue at stake in the network”, (b) the representation of “the residents living in the territorial” boundaries of the network and therefore “those who are affected by measures of the network”, and (c) representation of those who “contribute financially to the activities of the network” and “can carry out suggestions or decisions from [the respective] network”» (EGNER and HEINELT, 2022: 96).

The second one is related to the form of participation (distinguished by ARNSTEIN, 1969) which characterises a governance arrangement:

«Societal actors participating in networks marked by *consultation* [...] based their claims to representation more strongly on the statements that they are affected or represent those who are affected by measures of the network they are involved in and that they are speaking on behalf of those who reside within the territorial jurisdiction of the network in question. Societal actors participating in local state-society relations characterized by *delegated power* justified their involvement by citing their knowledge and awareness as well as their financial contributions to the activities of the network and their role in the implementation of these activities. Finally, societal actors participating in the *partnership* form of local state-society relations referred in their claims mainly to their knowledge and awareness of the issue at stake» (EGNER and HEINELT, 2022: 97).

The authors end their chapter with a statement that should generally be considered seriously when analysing responses obtained from surveys:

«It should [...] be borne in mind that social science concepts are sometimes insufficient to capture the actors' understanding of the issue in question, as social science concepts lay out theoretical distinctions between dimensions that cannot be adequately demonstrated by looking at statements of actors - at least as far as legitimacy claims are concerned» (EGNER and HEINELT, 2022: 97).

Referring for instance to EASTON (1965) and his conception of political systems inspired by early ideas of system theory SCHARPF (1970) distinguished between two forms of legitimacy - namely one deriving from opportunities of giving input (articulation of support and demands by the people) into the political system, *i. e. input legitimacy*, and another based on output of the political systems meeting the expectation of people, *i. e. output legitimacy*. Later on, SCHARPF applied this approach to the European Union (SCHARPF, 1999; 2009). Others (ZÜRN, 2000; HAUS and HEINELT, 2005; HEINELT, 2010; and in particular SCHMIDT, 2013; SCHMIDT and WOOD, 2019) focused on the processes within the political system [perceived by EASTON (1965) as a black box] through which inputs are transformed into outputs, and looked for how to create by transparency and accountability of these processes *throughput legitimacy* (for a critique of this approach see STEFFEK, 2019). Carmen NAVARRO, Carles PAMIES and Lluís MEDIR consider in their contribution on «Throughput legitimacy in European local state-society networks» the involvement of societal actors in governance arrangements as crucial for achieving throughput legitimacy of local state-society networks and by this for their legitimacy in general. Drawing on results of the survey they assess the extent to which—from the perspective of the respondents— transparency and accountability are met in local state-society networks as standards of throughput legitimacy. Furthermore, the authors try to identify factors that can explain different degrees to which transparency and accountability vary. The authors summarised their findings that they:

«Point to an overall positive evaluation of throughput legitimacy in local state-society networks. [...] They confirm the existence of high levels of accountability of network members, transparency of processes, inclusiveness of governance procedures and relatively high levels of efficacy of decision-making dynamics as well» (NAVARRO *et al.*, 2022: 177). And they concluded: «The throughput component of legitimacy stands out as a characteristic feature of governance arrangements. [...] Therefore, European local state-society

networks seem to be playing their role in meeting legitimate decision-making demands from a throughput perspective and advancing the democratic goals they were designed for» (NAVARRO *et al.*, 2022: 178).

However, their attempts to identify structural factors —namely policy sectors, network types or groups of countries— that contribute to or hinder high levels of throughput legitimacy did not lead to clear results (see NAVARRO *et al.*, 2022: 173-177).

In the debate on governance, it is emphasised that elected politicians can play a crucial role in arrangements as metagovernors (KLIJN and KOPPEJAN, 2000; SÖRENSEN, 2006; SÖRENSEN and TORFING, 2009; GJALTEMA *et al.*, 2020). As metagovernors, elected politicians should be able to steer processes in governance network by, for example, fostering cooperation among actors, building trust among them, enhancing democratic deliberation, highlighting and protecting common interests, pushing back interest-driven narrow agendas in favour of more open ones, and ensuring self-evaluation of network activities to learn from failures. The chapter entitled «Does metagovernance matter? The patterns and effects of local politicians' participation in local state-society relations», written by Tom VERHELST and Koenraad DE CEUNINCK, examines whether, from the perspective of the network participants surveyed (*i. e.* actors from society and administrative staff but also politicians themselves), local politicians in local state-society relations perform this role. The article also addresses the question of whether there are differences in the assessment of this role played by local politicians and how these differences can be explained. Based on impressing operationalization of what metagovernance mean and of network performance (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 120-125) as well as a sophisticated statistical analysis (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 127-134), the authors concluded:

«Network members of European local state-society relations [...] rate metagovernance exercised by first-tier [*i. e.* municipal] and second-tier [provincial, county etc.] politicians in a moderately positive fashion [...]. Generally, councilors seem more preoccupied with the major guiding principles of effective and democratic network governance (cooperation, trust, ownership, common interest, democratic deliberation) than with the more operational, managerial tasks (quick wins, success and failure, agendas, self-assessment)» (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 135).

Although the authors emphasised that «[t]hese role orientations displayed some country variation» (*ibid.*), these differences do not match with any of the widely used typologies of local government system (HEINELT *et al.*, 2018). Nevertheless, the authors were convinced to be able to note that in:

«Southern Europe [...] local politicians seem most active as metagovernor. [...] Finally, as could be expected from local elitist infrastructures [as one type of “national infrastructures” for local governance arrangements distinguished by SELLERS *et al.*, 2020; the author], local politicians assume a more proactive role in such systems» (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 131).

Furthermore, the authors found out that the type of local politician involved matters «as the inclusion of mayors and second-tier executives coincided with higher meta-

governance scores in the networks» (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 135). Finally, they concluded that «metagovernance is connected to the network's relevance and policy type» (*ibid.*), because

«[m]embers from networks dealing with economic services experience less metagovernance from local politicians involved. In networks with social objectives, the overall metagovernance performance of the local political elite is evaluated in a slightly more positive way» (VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 131).

Finally, it should be emphasised that the authors were able to demonstrate (cfr. VERHELST and DE CEUNINCK, 2011: 131 ff.) that, from the respondents' perspective, metagovernance increases not only the effectiveness but also the legitimacy of the governance networks in which they participate.

Other contributions to the first part of the book, which cannot be considered here due to the given length of this article, are those by Carmen WALENTA-BERGMANN on «Ideology, trust and autonomy: Differences between elected politicians and all other participants of local state-society networks», by Patrícia SILVA, Luís MOTA and Filipe TELES on «The unbearable lightness of coherence within local governance arrangements», and by Marcello CABRIA and Annick MAGNIER on «Collaborative governance and the rescaling of local state-society networks».

The same unfortunately applies to some chapters of the secondly part of the book, where network-specific insights on local state-society relations are presented - namely for the chapter on these networks in Central and Eastern Europe by Jurga Bučaitė-Vilkė, Jakub Lysek and Aistė Lazauskien, on advisory councils in general by Iveta Reinholde, Malvīne Stučka and Inese Āboliņa, youth committees by Linnéa Henriksson and Janette Huttunen, councils of older people and persons with disabilities by David Feltenius and Linnéa Henriksson, and school advisory boards by Eva Marín Hlynisdóttir and Grétar Þór Eypórsón.

However, two chapters on such issue-specific networks of local state-society relations will be considered in the following for different reasons.

This applies first of all to networks of local economic development which are seen as crucial for urban regimes focused on economic growth (see, for example, STONE, 1989) or «The city as a growth machine» (MOLOTCH, 1976). Detlef SACK looked at such European local state-society relations in which representatives of business interests, but also others, are involved, not at least representatives of trade unions. He starts his contribution with the title «Organized business and trade unions in local governance» which degree of influence the surveyed participants in local state-society relations focused in local economic development are attributing why to local business. In a next step SACK considered how representatives of local business and unions perceive their influence in these network. SACK shows in his analysis that the overall influence of local business in the considered European governance arrangements has been assessed by their members as rather moderate. Furthermore, the perception of business influence is mainly determined by the respondents' individual socio-political attitudes [such as the

support of the notions of democracy pointed out in the chapter by HEINELT and EGNER (see above), the capability to trust, or the self-placement on the left-right political spectrum] and social status derived from education. «Regarding the views of representatives of local business and trade unions» the author concluded that their «attribution of influence to the local state-society networks and the benefits from participation for the own organization and group derive from the network's traits, functions and experiences, as well as the own role» (SACK, 2022: 297). However, «both groups show a similar ambivalent take of local government and its involvement in local state-society networks. While these should be autonomous from local authorities, local government is also required to coordinate and support inter-sectoral collaborations» (SACK, 2022: 297). A further interesting finding of SACK's analysis is that the responses of representatives of local business and trade unions

«vary both regarding the group they represent and the density of coupling with the organization and group they come from. While representatives of local business have specific knowledge resources at their disposal, union members feel not only a responsibility for the residents but experience a much more immediate relation of representation. They appear to be held notably more accountable by their membership than representatives of local business» (SACK, 2022: 297).

Local Action Groups (LAGs) are an interesting case of institutionalised interaction between the local state and society across the EU. Rather, it is also interesting that they differ clearly between individual countries in terms of their autonomy, coherence and relevance (so at least the finding presented by HEINELT *et al.*, 2021: 390-398) - and this despite the fact that these governance arrangements have been set up according to EU-wide specifications in terms of their structure and functioning (see LYSEK *et al.*, 2022: 301-305). HEINELT *et al.* (2021: 400-408) argued the differences detected particularly in respect to the autonomy, coherence and relevance of LAGs indicate a general feature that have to be considered in the analysis of institutionalised governance arrangements - namely that actors (local as well as at upper level of government) play a crucial role in creating and, even more importantly, interpreting particular institutional rules and making use of them in line with their interpretations of the opportunities and constraints that are derived from institutional settings.

«This means that institutional opportunities and constraints should not be seen as factually given contextual conditions. Instead, it must be emphasized that actors who must act under such circumstances have to interpret them, *i. e.* have to give meaning to context. In this context, actors are also regarded as possessing “[foreground] discursive abilities” (SCHMIDT, 2010: 4) - namely the ability to enforce ideas through discourse and thereby to be able to perpetuate or change institutions. In this view, institutions (which also include institutionalized local state-society relations) are simultaneously, on the one hand, structures following external rules and, on the other, constructs internal to the agents involved (SCHMIDT, 2008)» (HEINELT *et al.*, 2021b: 407).

This is a point of view (as admitted by HEINELT *et al.*, 2021b: 407) inspired by the discursive institutionalism which emphasised

«that ideas give meaning to actors' experience of the world (WENDT, 1999), enable actors to handle informational complexity or even situations of outright uncertainty by offering interpretations of what is wrong and how to move forward (BLYTH, 2002), as well as inspire discourses that may justify policy programmes in both cognitive and normative terms (SCHMIDT, 2002)» (CARSTENSEN and SCHMIDT, 2016: 322).

However, it should be recalled that the differences found in LAGs with regard to their autonomy, coherence and relevance and, in connection with this, also the assignment to different types of local state-society relations (according to the typology of TELES, 2018) are based on the country chapters written by country experts in the book edited by TELES *et al.* (2021a). But what about the assessment of LAGs and the perception of their functioning (not at least regarding the role of civil society) by actors who are members of these local governance arrangements? This is the question addressed in the contribution by Jakub LYSEK, Joanna KRUKOWSKA, Carmen NAVARRO, Alistair JONES and Colin COPUS under the title «Alike in diversity? Local Action Groups in nine European countries». After outlining countries' variation of LAGs in Belgium, Croatia, the Czech Republic, England, Finland, Poland, Spain and Sweden on institutional arrangements and dynamics, the authors focused their analysis on «the perceptions of LAGs' members regarding the autonomy, coherence and relevance of LAGs in relation to local policy making» (LYSEK *et al.*, 2022: 304). In their conclusion the authors emphasised some findings that support on the basis of the responses of actors involved on LAGs in more details what was already highlighted by HEINELT *et al.* (2021). A first one is that while

«the LEADER program [the basic EU instrument for establishing LAGs; the author] gives a broad overview as to how LAGs should be structured, there is clear room for LAGs to be developed to fit local or regional needs and demands. A clear example of this is how LAGs should focus on boosting rural development, but some countries have urban LAGs» (LYSEK *et al.*, 2022: 314).

LYSEK *et al.* (2022: 314) also found out that for «the most part, the findings in our survey reinforce that expert opinion», *i. e.* presented in the country chapters in TELES *et al.* (2021). A further finding is that in

«terms of autonomy, LAGs were able to operate separately to municipalities, although there were clear linkages in developing regional rural development plans. LAGs, however, have access to funds independent of the municipalities - specifically via [the EU] EAFRD funding and the LEADER program. Within the broad autonomy, there may be national rules that impose some restrictions on the operations of LAGs e.g. specific membership requirements. The reality is, however, that LAGs have a high degree of autonomy to act as they see fit» (LYSEK *et al.*, 2022: 314-314).

And it is precisely with regard to the perception of influence that the authors noted as a central finding:

«It is in the relevance of the network that the greatest variation in response was found. There were differences from specific actors rather than from different countries - although on a country-by-country basis there was a wide range of responses when examining, for

example, the influence wielded by LAGs. In terms of the actors, local politicians assessed the relevance of the network to be much higher than other respondents. Interestingly, the most skeptical respondents were the administrative staff» (LYSEK *et al.*, 2022: 314).

3. CONCLUSION: SURVEYS AS A USEFUL INSTRUMENT FOR ACTOR-CENTRED APPROACHES IN LOCAL GOVERNMENT STUDIES AND URBAN RESEARCH

HEINELT and MAGNIER summarised the findings presented by numerous publications of the European network of researchers which has been conducting surveys among local political actors for more than 20 years in their review article appropriately under the titled «Analyzing governance through local leaders' perceptions». It was truly the intention of this group of scholars to know —for instance— how local political actors understand their role, what they are thinking about ideas for reform (if not fashions for reform) —such as New Public Management or the direct elections of mayors—.

Analysing governance through the actors' perceptions was precisely also the central objective of the survey of actors involved in local state-society relations on which the presented second book is based. As mentioned before as examples, it was a question of what idea these actors have of how democracy should work, why they think they should be involved in the governance arrangements in question, *i. e.* what representative claims they put forward, what dimensions of legitimacy they consider to be given for the respective local state-society relations and what role they ascribe to elected local politicians. Beyond that, however, a key question was how the actors surveyed assess the autonomy, coherence and relevance of the respective institutionalised governance network in which they participate. And with regard to this question, TELES (2022) showed that the answers do not correspond to common explanatory approaches related to institutional structures and typologies based on them. Also, when trying to answer the questions mentioned just above, these explanations could not consistently offer clear answers. The conclusion drawn not only from these findings but already from the comparison of the country chapters on local state-society relations in the first book has been that actors matter: They are able to interpret the opportunities and constraints arising from the local context in general and the institutional setting in particular in which they have to interact, and they can make choices accordingly. In short, actors are not behaving like puppets on a string. At the same time, actors would behave like Don Quijote if they ignored the constraints set by the local context—including institutional settings—.

Today, hardly anyone believes that the actions of actors can be unequivocally and clearly determined by institutions. The different varieties of neo-institutionalism (cfr. HALL and TAYLOR, 1996; SCHMIDT, 2010) have likewise taught us that institutions only have an effect on the actions of actors if and insofar as their «organisational field» fits a corresponding «meaning system» (to use the wording of SCOTT, 1994). But who or what is playing the decisive role - actors or structures/institutions? In other words: which

approach of the neo-institutionalism fits to solve the puzzle? For most of the authors who deal with this question in the two books presented, actors play the decisive role, *i. e.* they follow an actor-centred neo-institutionalism. But even though actors are seen as having the opportunity to make political choices, these authors do not advocate rational choice institutionalism. Instead, they are in favour of the discursive institutionalism (as already made clear above) because they start from the assumption that humans are social beings. As social beings, humans are not simply interacting with each other, but they are able «to create a public language that will help reformulate private interests in terms susceptible to public accommodation» (BARBER, 1984: 119). Thereby, *i. e.* by discourses, they are agreeing or disagreeing on what is desirable and on certain interpretations of what is under particular conditions also feasible. From this perspective, discursive struggles over the validity and dominance of such interpretations (or «struggles over ideas»; STONE, 2002) shape the attitudes, behaviour and ultimately the political choices of actors - rather than (as assumed by rational choice institutionalisms) given preferences of humans who are seen as «material beings in all they are and in all they do» (BARBER, 1984: 32) and whose «nature is founded on a radical premise no less startling for its familiarity: man is alone» (BARBER, 1984: 68).

From this point of view, the analysis of «governance through local leaders' perceptions» does not aim at identifying (presumed) given preferences of actors through surveys, which can finally be summed up to independent variables. Instead, it is a matter of identifying attitudes or beliefs of actors through surveys, which have emerged as a collective phenomenon from discursive processes and can explain behaviour and ultimately political choices.

4. BIBLIOGRAPHY

- ARNSTEIN, S. R.: «A ladder of citizen participation», *Journal of the American Institute of Planners*, Vol. 35, No. 4, 1969, 216-224.
- BARBER, B.: *Strong democracy: Participatory politics for a new age*, University of California Press, Berkeley, 1984.
- BLYTH, M.: *Great transformations. Economic ideas and institutional change in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- CARSTENSEN, M. B., and SCHMIDT, V. A.: «Power through, over and in Ideas: Conceptualizing ideational power in discursive institutionalism», *Journal of European Public Policy*, Vol. 23, No. 3, 2016, 318-337.
- DOUGLAS, M.: *Cultural bias*, Royal Anthropological Institute, London, 1978.
- *A history of grid and group cultural theory*, University of Toronto, Toronto, 2007.
- EASTON, D.: *A system analysis of political life*, John Wiley, New York, 1965.
- EGNER, B., and HEINELT, H.: «Legitimacy claims of societal actors involved in local state-society relations», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 85-100.
- EGNER, B.; HEINELT, H.; LYSEK, J.; SILVA, P., and TELES, F. (eds.): *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022a.

- EGNER, B.; HEINELT, H.; LYSEK, J.; SILVA, P., and TELES, F.: «Introduction: The book's scope and content», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022b, 1-13.
- FOSSHEIM, K., and VOLLAARD, H.: «Determining the democratic quality of non-electoral representation in local state-society networks», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 63-84.
- GRAUHAN, R.-R.: «Einführung. Lokale Politikforschung», in R. R. GRAUHAN (ed.), *Lokale Politikforschung*, Vol. 1, Campus Verlag, Frankfurt/M., 1975, 11-40.
- GUASTI, P., and GEISSEL, B.: «Saward's concept of the representative claim revisited: An empirical perspective», *Politics and Governance*, Vol. 7, No. 3, 2019, 98-111.
- «Claims of representation. Between representation and democratic innovations», *Frontiers in Political Science*, 2021, Doi: 10.3389/fpos.2021.591544.
- HALL, P. A., and TAYLOR, R. C. R.: «Political science and the three new institutionalisms», *Political Studies*, Vol. 44, No. 5, 1996, 936-957.
- HAUS, M., and HEINELT, H.: «How to achieve governability at the local level? Theoretical and conceptual considerations on a complementarity of urban leadership and community involvement», in M. HAUS, H. HEINELT and M. STEWART (eds.), *Urban governance and democracy: Leadership and community involvement*, London, Routledge, 2005, 12-39.
- HEINELT, H.: «Governance auf lokaler Ebene», in A. BENZ (ed.), *Governance - Regieren in komplexen Regelsystemen*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2004, 29-44.
- *Governing modern societies. Towards participatory governance*, Routledge, London and New York, 2010.
- HEINELT, H., and EGNER, B.: «The notion of democracy among actors involved in local state-society relations», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 47-62.
- HEINELT, H., and MAGNIER, A.: «Analyzing governance through local leaders' perceptions: Comparative surveys, academic networks and main results (review article)», *Revista Española de Ciencia Política*, 46, 2018, 157-172, Doi: <https://doi.org/10.21308/recp.46.07>.
- HEINELT, H.; HLEPAS, N.; SWANIEWICZ, P., and KUHLMANN, S.: «Local Government Systems: Grasping the institutional environment of mayors», in H. HEINELT, A. MAGNIER, M. CABRIA and H. REYNAERT (eds.), *Political Leaders and Changing Local Democracy. The European Mayor*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, 19-78.
- HEINELT, H.; TELES, F.; GENDŹWILL, A., and STĂNUȘ, C.: «Local State-Society Relations in European Countries. Main Findings», in F. TELES, A. GENDŹWILL, C. STĂNUȘ and H. HEINELT (eds.), *Close Ties in European Local Governance. Linking Local State and Society*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2021, 379-422.
- JALTEMA, J. G.; BIESBROEK, R., and TERMEER, K.: «From government to governance... to meta-governance: a systematic literature review», *Public Management Review*, Vol. 22, No. 12, 2020, 1760-1780.
- JOHN, P.: *Local Governance in Western Europe*, Sage, London, Thousand Oaks and New Delhi, 2001.
- KLIJN, E. H., and KOPPENJAN, J. F. M.: «Politicians and interactive decision making: Institutional spoilsports or playmakers?», *Public Administration*, Vol. 78, No. 2, 2000, 365-387.
- LOWI, T.: «Four systems of policy, politics and choice», *Public Administration Review*, Vol. 32, No. 4, 1972, 298-310.

- LYSEK, J.; KRUKOWSKA, J.; NAVARRO, C.; JONES, A., and COPUS, C.: «Alike in diversity? Local Action Groups in nine European countries», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 301-317.
- MOLOTCH, H.: «The city as a growth machine: Toward a political economy of place», *American Journal of Sociology*, Vol. 82, No. 2, 1976, 309-332.
- MOSSBERGER, K., and STOKER, G.: «The Evolution of Urban Regime Theory. The Challenge of Conceptualization», *Urban Affairs Review*, Vol. 36, No. 6, 2001, 810-835.
- NAVARRO, C., and MEDIR, L.: «Pattern of gender representation in councils at the second tier of local government. Assessing the gender gap in an unexplored institutional setting», in X. BERTRANA, B. EGNER and H. HEINELT (eds.), *Policy making at the second tier of local government. What is happening in Provinces, Counties, Departments and Landkreise in the on-going re-scaling of statehood?*, London and New York: Routledge, 2016.
- NAVARRO, C.; PAMIES, C., and MEDIR, L.: «Throughput legitimacy in European local state-society networks», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 161-180.
- SACK, D.: «Organized business and trade unions in local governance», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 281-299.
- SAWARD, M.: «The representative claim», *Contemporary Political Theory*, Vol. 5, No. 3, 2006, 297-318.
- *The Representative Claim* (1st ed.). Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SCHARPF, F. W.: *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Universitätsverlag Konstanz, Konstanz, 1999.
- *Governing in Europe: Effective and democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- «Legitimacy in the multilevel European polity», *European Political Science Review*, Vol. 1, No. 2, 2009, 173-204.
- SCOTT, W. R.: «Institutions and organizations: Towards a theoretical synthesis», in W. R. SCOTT and J. W. MEYER (eds.), *Institutional environment and organizations: Structural complexity and individualism*, Thousand Oaks, London and New Delhi, Sage, 1994, 55-80.
- SELLERS, J. M., and KWAK, S.-Y.: «State and Society in Local Governance. Lessons from a Multilevel Comparison», *International Journal of Urban and Regional Research*, Vol. 35, No. 3, 2011, 620-643.
- SELLERS, J. M., and LIDSTRÖM, A.: *Multilevel Democracy, Societal Organization and the Development of the Modern State*, paper prepared for presentation at the 23 Nordic Local Government Conference, Odense, 27-29 November 2011.
- SELLERS, J. M.; LIDSTRÖM, A., and BAE, Y.: *Multilevel Democracy. How Local Institutions and Civil Society Shape the Modern State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- SCHMIDT, V. A.: *The future of European capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- «Discursive institutionalism: The explanatory power of ideas and discourse», *Annual Review of Political Science*, Vol. 11, No. 1, 2008, 303-326.
- «Taking ideas and discourse seriously: Explaining change through discursive institutionalism as the fourth “New Institutionalism”», *European Political Science Review*, Vol. 2, No. 1, 2010, 1-25.
- «Democracy and legitimacy in the European Union revisited: Input, output and “throughput”», *Political Studies*, Vol. 61, No. 1, 2013, 2-22.

- SCHMIDT, V. A., and WOOD, M.: «Conceptualizing throughput legitimacy: Procedural mechanisms of accountability, transparency, inclusiveness and openness in EU governance», *Public Administration*, Vol. 97, No. 4, 2019, 727-740.
- SMITH, R. M.: «Community Power Studies. The Effect of Research Biases», *State & Local Government Review*, Vol. 12, No. 2, 1980, 74-79.
- SÖRENSEN, E.: «Metagovernance: The changing role of politicians in processes of democratic governance», *The American Review of Public Administration*, Vol. 36, No. 1, 2006, 98-114.
- SÖRENSEN, E., and TORFING, J.: «Making governance networks effective and democratic through metagovernance», *Public Administration*, Vol. 87, No. 2, 2009, 234-258.
- STEFFEK, J.: «The limits of proceduralism: Critical remarks on the rise of “throughput legitimacy”», *Public Administration*, Vol. 97, No. 4, 2019, 784-796.
- STEYVERS, K., and MEDIR, L.: «From the few are still chosen the few? Continuity and change in the social background of European mayors», in H. HEINELT, A. MAGNIER, M. CABRIA and H. REYNAERT (eds.), *Political leaders and changing local democracy: The European Mayor*, London, Palgrave Macmillan, 2018, 79-108.
- STEYVERS, K., and REYNAERT, H.: «“From the few are chosen the few...” On the social background of European mayors», in H. BÄCK, H. HEINELT and A. MAGNIER (eds.), *The European Mayor. Political leaders in the changing context of local democracy*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, 43-73.
- STONE, C.: *Regime politics, 1946-1988*, Lawrence, University of Kansas Press, 1989.
- STONE, D. A.: *Policy paradox: The art of political decision making* (rev. ed.). Norton, New York, 2002.
- TELES, F.: «Diversity in Local State-society Relations. A Typology to Grasp Differences in Institutional Networks», in F. TELES, A. GENDŹWILL, C. STĂNUȘ and H. HEINELT (eds.), *Close Ties in European Local Governance. Linking Local State and Society*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2021, 13-30.
- «Devil in details. Beyond deceptive comparisons of European local governments», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 17-45.
- TELES, F.; GENDŹWILL, A.; STĂNUȘ, C., and HEINELT, H. (eds.), *Close Ties in European Local Governance. Linking Local State and Society*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2021a.
- TELES, F.; GENDŹWILL, A.; STĂNUȘ, C., and HEINELT, H.: «Interactions of Societal Actors and Local Government in Institutionalized Governance Arrangements. The Books's Scope and Content», in F. TELES, A. GENDŹWILL, C. STĂNUȘ and H. HEINELT (eds.), *Close Ties in European Local Governance. Linking Local State and Society*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2021b, 1-12.
- VERHELST, T., and DE CEUNINCK, K.: «Does metagovernance matter? The patterns and effects of local politicians' participation in local state-society relations», in B. EGNER, H. HEINELT, J. LYSEK, P. SILVA and F. TELES (eds.), *Perspectives on local governance across Europe: Insights on Local State-Society Relations*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 117-139.
- VETTER, A.; HEINELT, H., and ROSE, L. E.: «Mayors' Notions of Local Democracy», in H. HEINELT, A. MAGNIER, M. CABRIA and H. REYNAERT (eds.), *Political Leaders and Changing Local Democracy. The European Mayor*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, 173-208.
- WENDT, A., *Social Theory of International Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- ZÜRN, M.: «Democratic governance beyond the nation state: The European Union», *European Journal of International Relations*, Vol. 6, 2000, 183-222.

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico

Jorge CASTILLO ABELLA
Profesor Ayudante de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1370-2194

Palabras clave: régimen local; autonomía local; concejales; alcalde; sector público local.

Keywords: local government law; local self-government; councillors; mayor; local public sector.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL RÉGIMEN LOCAL, EN GENERAL.—3. LOS ENTES LOCALES ANTE LOS FONDOS EUROPEOS DE RECUPERACIÓN.—4. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO: 4.1. Cargos electos locales. 4.2. Órganos de gobierno. 4.3. Transparencia y participación ciudadana. 4.4. Administración municipal.—5. SECTOR PÚBLICO LOCAL.—6. ENTIDADES LOCALES INFRA Y SUPRAMUNICIPALES.—7. COMPETENCIAS MUNICIPALES.

1. INTRODUCCIÓN

La vuelta a la normalidad tras la pandemia de covid-19 y la continua presencia de cuestiones al margen de la salud pública han propiciado que, en 2022, la atención normativa, jurisprudencial y doctrinal se haya desplazado hacia estas últimas. Aunque las novedades que se han producido afectan a numerosos ámbitos de la organización local y a su régimen jurídico, se observa un especial interés por las cuestiones relativas a cargos

electos y órganos de gobierno y a las cuestiones más presentes en la agenda de las distintas Administraciones, como la digitalización, la vivienda o el cambio climático. Aun con todo, la captación y ejecución de los fondos europeos para la recuperación han seguido ocupando a las entidades locales, por lo que también ha habido algunas novedades destacables en este ámbito. Este informe pretende dar cuenta de todo ello.

2. EL RÉGIMEN LOCAL, EN GENERAL

En las Islas Baleares se ha producido una importante novedad legislativa este año con la *Ley balear 4/2022, de 28 de junio, de consejos insulares* (BOIB núm. 88, de 7 de julio de 2022). Esta ley establece el marco jurídico fundamental de los consejos insulares y de sus entidades dependientes en sustitución de la Ley 8/2000. En este sentido, dedica buena parte de su articulado a la regulación del estatuto de los miembros de los consejos insulares y a su organización, con especial atención a los órganos de gobierno y de administración. Asimismo, incorpora reglas sobre el sector público instrumental insular, el control de la acción de gobierno, el ejercicio de la potestad reglamentaria y los traslados competenciales. La ley cierra estableciendo un régimen específico para la isla de Formentera.

Aún en un plano general, la *Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura* (DOE núm. 55, de 21 de marzo de 2022) contiene numerosas previsiones para combatir la despoblación. Más allá de fijar los principios de la política demográfica regional, en lo que al régimen local interesa establece la implicación de las entidades locales, especialmente de las diputaciones provinciales, para preservar el modelo de vertebración territorial. Para ello prevé ciertas actuaciones a nivel local (tanto municipal como supramunicipal) dirigidas a la mejor prestación de servicios públicos en zonas rurales o despobladas, la promoción de agentes dinamizadores del territorio o el fomento de las agrupaciones de entidades locales para el desempeño de funciones públicas.

A nivel doctrinal también se han producido varias novedades, como la obra dirigida por A. LÓPEZ CASTILLO y A. ARROYO GIL (dirs.), *Garantías y límites de la autonomía local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2022. En ella se contienen trabajos relativos al significado constitucional y alcance de la autonomía local, el conflicto en defensa de la autonomía local o la garantía constitucional y legal de las haciendas locales, entre otros aspectos.

En relación con la autonomía local, destaca asimismo la monografía de G. MARTÍNEZ FAJARDO, *La autonomía local en la gobernanza europea. Una aproximación desde los servicios sociales*, Publicacions de la Universitat d'Alacant, Alicante, 2022. En ella, el autor parte de los servicios sociales municipales para construir el papel que las entidades locales deben desempeñar en un mundo globalizado.

Por último, merece una mención el trabajo dirigido por J. GIFREU I FONT y J. R. FUENTES I GASÓ (dirs.), *Régim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. La obra recorre todo el marco jurídico aplicable a las entidades locales

catalanas, desde su organización territorial y administrativa hasta su régimen económico, pasando por sus competencias propias, el régimen jurídico, las actividades administrativas y sus competencias sectoriales.

3. LOS ENTES LOCALES ANTE LOS FONDOS EUROPEOS DE RECUPERACIÓN

En 2022 se ha rebajado la atención legislativa y doctrinal sobre la gestión de fondos europeos para la recuperación en el marco de las entidades local, probablemente porque se ha tratado de un año en el que el foco se ha puesto en su ejecución. No obstante, se han producido algunas novedades doctrinales de interés.

La primera de ellas es la obra de R. RIVERO ORTEGA y V. MERINO ESTRADA, *La gestión de los fondos europeos por las entidades locales*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2022. La obra destaca por tratar todos los aspectos relativos a la gestión local de fondos de la recuperación. Parte de una descripción del marco jurídico europeo y nacional de estos fondos, para adentrarse después en la normativa autonómica y analizar la organización para la gestión de estos fondos, el diseño de proyectos y participación en convocatorias, el régimen de ejecución de los fondos y los controles y prevención de riesgos a los que se someten. En la misma línea, resulta de interés el estudio de T. FONT I LLOVET y M. VILALTA REIXACH, «La lenta vuelta a la normalidad. Los Gobiernos locales tras la pandemia... y ante los fondos NGEU», *Anuario de Gobierno Local 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 11-50.

En relación con los fondos europeos de recuperación también debe mencionarse el artículo de A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, 2022, pp. 30-63. El interesante planteamiento de este autor parte de la constatación de la importancia de los gobiernos locales intermedios a la hora de fomentar la digitalización de las entidades locales. Tras estudiar la incorporación de medios electrónicos en la prestación de servicios públicos que fomentan los gobiernos intermedios, analiza el papel que estos pueden tener en la transformación digital de las entidades locales en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

4. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO

4.1. Cargos electos locales

El régimen de los concejales es un ámbito proclive a las novedades jurisprudenciales y 2022 no ha sido una excepción. En primer lugar, procede mencionar la *STS de 10 de febrero de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:486)*. El asunto giraba en torno al derecho de información de los concejales derivado del art. 23

de la Constitución y su alcance. En particular, se planteaba si se refería únicamente a los asuntos sobre los que se debatirá en el pleno municipal o podía abarcar otras cuestiones distintas. Tras analizar la normativa y jurisprudencia sobre el tema, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que cualquier concejal tiene derecho de acceso a expedientes y documentos aunque no se trate de asuntos a debatir por el pleno, siempre que tengan que ver con los diversos servicios municipales.

También sobre el derecho de información gira la *STSJ de Andalucía de 20 de enero de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, ECLI:ES:TSJAND:2022:6519)*. Se plantea en ella la vulneración del derecho del art. 23 CE de una concejala, portavoz de grupo, que había solicitado el acceso al expediente correspondiente a las subvenciones otorgadas por el ayuntamiento para combatir los efectos económicos de la pandemia de covid-19. La alcaldesa contestó al requerimiento sin aceptarlo o rechazarlo, e indicando que la información estaba a disposición de la concejala previa cita en la oficina del interventor municipal. La concejala consideró que no se había atendido su petición y formuló recurso contencioso-administrativo. Tanto el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo como, en apelación, el Tribunal Superior de Justicia critican la actuación del ayuntamiento, que no sólo no había dado curso a la solicitud formulada por la concejala, sino que ni siquiera había seguido el procedimiento para esta marcado en el reglamento orgánico municipal.

En materia de convocatorias de plenos se pronuncia la *STS de 15 de junio de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:2423)*. En ella interesaba determinar si los puntos no tratados del orden del día de una sesión ordinaria del pleno debían incluirse necesariamente en la siguiente sesión, aun cuando esta fuera extraordinaria. El Tribunal considera que deben incluirse, independientemente de que el pleno siguiente sea ordinario o extraordinario. Lo contrario no sólo vulneraría lo dispuesto en el art. 87 ROF, sino también en el art. 23 CE. La única excepción podría consistir en la imposibilidad acreditada de incluir alguno de los puntos pendientes en el orden del día de la siguiente sesión.

También es pertinente la *STS de 9 de febrero de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:488)*. El asunto gira en torno a si forma parte del derecho de participación política del art. 23.1 CE se ve vulnerado porque no se tramite una enmienda parcial al presupuesto municipal. Tras recordar que se trata de un derecho de configuración legal y analizar la normativa aplicable, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que el derecho a presentar enmiendas en los plenos municipales forma parte del ejercicio del cargo de concejal y de su carácter representativo. Por ello, su inadmisión debe apreciarse restrictivamente y motivarse, dado que ello supone una restricción de derechos para el concejal y los vecinos.

Igualmente, es de interés la *STS de 26 de junio de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:2425)*. Esta sentencia resuelve un caso en el que se planteaba si la designación del portavoz del grupo político debe ir firmada por todos los miembros del grupo o si es suficiente con la firma de la mayoría. Partiendo del contenido constitucional del derecho del art. 23 CE y del núcleo de la función representativa, considera que la exigencia de unanimidad comportaría una restricción del derecho fun-

damental de los concejales que solamente puede realizarse por ley. Dado que ninguna norma exige esa unanimidad, confirma el fallo apelado y, con ello, que solamente es necesaria la mayoría para designar al portavoz del grupo.

En el ámbito doctrinal también se han producido varias novedades reseñables. La primera es el trabajo de L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, «Transfuguismo y coaliciones electorales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 17, 2022, pp. 31-55, donde se recorren en detalle las distintas fases y los antecedentes de los pactos antitransfuguismo y se estudian sus consecuencias haciendo alusión a casos concretos. Por su parte, G. GARCÍA-VILLANOVA ZURITA, «Una nueva valoración de la no adscripción a la luz del nuevo pacto antitransfuguismo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 18, 2022, pp. 199-2014, pone de relieve que el transfuguismo es un fenómeno que afecta más a las políticas locales que a los propios partidos políticos, y destaca la ausencia de rendición de cuentas frente al electorado por parte de los tráfugos.

Por último en relación con los concejales, destaca el trabajo de J. CLEMENTE MARTÍNEZ, «La incompatibilidad del artículo 178.2.b) LOREG entre los cargos de concejal y empleado de una misma entidad local: una difícil ponderación de intereses constitucionales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 60, 2022, pp. 270-294. En él, el autor analiza las condiciones normativas bajo las que puede compatibilizarse el ejercicio del cargo de concejal con el de empleado de la entidad local y señala los puntos críticos donde es especialmente problemática la ponderación constitucional entre el derecho a la participación política y la objetividad de la Administración.

4.2. Órganos de gobierno

El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados también ha sido objeto de atención en 2022. En este sentido, destaca la *Ley riojana 12/2022, de 18 de octubre, de reforma de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, para la admisión extraordinaria de la participación y la votación telemáticas* (BOR núm. 202, de 20 de octubre de 2022). La nueva norma prevé un régimen específico de participación telemática de sesiones de aquellas personas que se encuentren en alguna de las situaciones previstas. Asimismo, excluye de esta posibilidad ciertas sesiones, como el pleno de constitución de la entidad o la moción de censura.

En el plano doctrinal, resulta de utilidad el estudio de V. MERINO ESTRADA, «El funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las entidades locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, 2022, pp. 14-29. El trabajo se ocupa de los requisitos y circunstancias habituales para el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados y de otros aspectos relevantes, como la intervención y la votación digital en plenos presenciales.

En materia de competencias de los órganos de gobierno, un relevante pronunciamiento lo representa la *STS núm. de 13 de diciembre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:4547)*. El interés casacional objetivo apreciado en el recurso

de casación giraba en torno al órgano que ostenta la competencia, en los municipios de régimen común, para acordar la revisión de oficio de los actos dictados en materia de urbanismo por un concejal por delegación del alcalde. Igualmente, interesaba pronunciarse sobre el régimen de delegación de esa competencia. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo constata el vacío legal que se produce en materia urbanística en municipios de régimen común, al contrario de lo que sucede en el ámbito tributario o en municipios de gran población. Tras recorrer la normativa sobre la cuestión y llamar la atención sobre la cautela con la que debe tomarse el fallo, determina que la competencia para revisar de oficio actos del alcalde de contenido urbanístico corresponde al pleno municipal. En todo caso, precisa que se trata de una competencia indelegable del pleno.

4.3. Transparencia y participación ciudadana

2022 ha sido un año en el que la transparencia, el acceso a la información pública y la participación ciudadana han estado presentes a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal. En el primero, hay que mencionar el *Decreto-ley catalán 2/2022, de 15 de marzo, de modificación del art. 4 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana* (DOGC núm. 8626, de 15 de marzo de 2022). Esta norma pretende dar ahora cobertura a consultas no referendarias de ámbito supramunicipal, algo hasta entonces no previsto. La razón que señala la exposición de motivos del decreto-ley es la necesidad de disponer de forma urgente de un marco jurídico que permita llevar a cabo una consulta sobre la eventual candidatura para los Juegos Olímpicos y Paralímpicos de invierno de 2023 Pirineos Barcelona.

La *STS de 20 de septiembre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:3289)* resuelve un caso en el que se impugnaba un acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Reinosa relativo al conflicto palestino. Su contenido era variado: se adhería a una resolución del Parlamento Europeo que reconoce el Estado de Palestina, instaba a la Organización de las Naciones Unidas a garantizar la protección de la población de los territorios ocupados por Israel y a obligar a este último a cumplir la legalidad internacional, declaraba el Municipio de Reinosa «Espacio Libre de Apartheid Israelí» y ordenaba la inserción del sello correspondiente en la web del ayuntamiento, ordenaba que los procesos de contratación y compra municipales excluyeran a empresas cómplices de violaciones del Derecho internacional o que no acataran el derecho de autodeterminación del pueblo palestino, y fomentaba la cooperación con el movimiento «Boicot, desinversiones y sanciones». Resulta claro que el litigio giraba en torno a la naturaleza política o administrativa del acuerdo del Pleno y si, consiguientemente, podía o no rescindirse su impugnación ante el orden contencioso-administrativo. Tras recordar que el art. 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se refiere a los actos políticos de las entidades locales, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo señala que lo relevante a efectos de impugnación de esta clase de actos municipales es si cuentan o no con efectos jurídicos

vinculantes derivados de su contenido, del respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales de terceros. Ello le lleva a afirmar que se trata de un acto susceptible de control, pero inmediatamente distingue entre apartados por su diferente contenido. Como consecuencia, falla anulando una parte del acuerdo y estimando parcialmente el recurso.

En el plano de la participación ciudadana hay varios trabajos relevantes. Uno de ellos es el de D. B. ENTRENA RUIZ, «Derecho a la ciudad, obras públicas locales y participación ciudadana», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 17, 2022, pp. 94-108. En él, se explora la relación entre interés público, participación democrática y el derecho a la ciudad, y se analiza si el diseño y ejecución de obras públicas en el ámbito local garantiza la participación de los ciudadanos. También es interesante el artículo de M. MORENO LINDE, «El derecho a la ciudad: un intento de síntesis desde el Derecho administrativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122, 2022, pp. 307-354, que estudia la relación entre el derecho a la ciudad y la participación ciudadana y ensaya una reconstrucción del primero como principio jurídico.

4.4. Administración municipal

En el ámbito de la Administración municipal resulta de interés el planteamiento de los *recursos de inconstitucionalidad núms. 2059-2022 y 2192-2022 contra la disposición final primera de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022* (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2022), planteados por los Grupos Parlamentarios Popular y Vox del Congreso de los Diputados. Como es sabido, mediante esta disposición final se añadió un apartado 7 a la DA 2.^a de la Ley 7/2985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia de selección de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, la aprobación de la oferta pública de empleo, la convocatoria exclusiva para su territorio de los procesos de provisión para plazas vacantes, su nombramiento y la asignación del primer destino y las situaciones administrativas. Es de esperar que el TC se pronuncie próximamente sobre ello.

En relación con el padrón municipal es destacable la *STS de 25 de abril de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:1591)*. La cuestión de interés casacional objetivo es determinar si la exigencia de visado para el empadronamiento de menores procedentes de Nador en una Ciudad Autónoma constituye un trato discriminatorio respecto de menores españoles como respecto de otros menores extranjeros de distinta procedencia. El visado se exigía conforme a las «Instrucciones para la gestión del padrón municipal» de la Ciudad Autónoma. El TS se hace eco de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que es contundente al afirmar que tal cosa no es exigible, pues el padrón no tiene la finalidad de controlar la regularidad de la estancia de extranjeros en España. El TS añade a todo ello que la

exigencia de visado carece de cobertura legal y constituye un trato discriminatorio frente a los demás menores, tanto españoles como extranjeros de otras procedencias.

Sobre el funcionamiento electrónico de las entidades locales resulta de interés la obra coordinada por G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (coord.), *Blockchain y gobiernos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2022. El volumen contiene valiosas contribuciones de expertos en distintos ámbitos y que realizan, bajo el prisma del *blockchain*, aportaciones relativas a las ciudades inteligentes y el ejercicio de funciones públicas, el funcionamiento interno y la interacción con el ciudadano, transparencia y protección de datos, contratación pública, servicios locales, democracia local, subvenciones, gestión tributaria y presupuestos locales.

En materia de transparencia, debe hacerse mención del estudio de L. CASADO CASADO, «Deslinde entre los procedimientos de acceso a la información pública previstos en las regulaciones específicas y en la legislación de transparencia, con especial atención a los supuestos medioambientales», *Anuario de Transparencia Local 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 4, 2021, pp. 35-88. Igualmente, se han producido algunos análisis relativos a los lobbies en el ámbito local, entre los que destacan el de R. RUBIO NÚÑEZ y J. PEDREGAL TRUJILLO, «El *lobby* en el ámbito local: experiencias de su regulación», *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 105-132; el de M. FERNÁNDEZ FERRARONS, «Ordenanzas, grupos de interés y calidad normativa», *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 153-182, y el de J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, «Transparencia y registros de interés en el ámbito local, ante la necesidad de una regulación coherente, estatal y autonómica previa», *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 183-202.

Presta especial atención a los pequeños municipios R. GALINDO CALDÉS, «L'ocupació pública als petits municipis: especificitats i necessitats de regulació», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 65, 2022, donde se estudian las particularidades de los pequeños municipios en la materia, se ponen de manifiesto las dificultades para ejercer las competencias con las que cuentan y para prestar los servicios obligatorios y se aboga por una regulación específica que se ocupe de estas circunstancias.

5. SECTOR PÚBLICO LOCAL

En el plano del estudio del sector público local debe reseñarse la monografía dirigida por I. SARDÁ MARTÍ (dir.), *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022. En ella, se cubren los principales temas relativos a las formas de gestión de servicios, la colaboración interadministrativa, las mancomunidades, los consorcios locales, las fundaciones del sector público local, las áreas metropolitanas, las

comarcas y las asociaciones privadas de municipios. Además, se estudian pormenorizadamente las entidades que componen el sector público local, como los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles y las sociedades de economía mixta, al tiempo que se analizan los controles ejercidos sobre todas ellas.

En sede de consorcios hay que indicar la *STS de 22 de febrero de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:655)*. El interés casacional de la resolución reside en si los ayuntamientos están activamente legitimados para impugnar los estatutos de un consorcio del que no forman parte, pero sí se les ha dado intervención en vía administrativa y se relacionan con él a través de convenios de colaboración para la gestión de servicios de competencia municipal. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo señala que ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un asunto similar, cuya doctrina aplica también a este caso. Así, niega que el ayuntamiento recurrente haya acreditado la existencia de un interés legítimo, pues no se aprecia qué perjuicio o beneficio concreto se derivaría del fallo. De este modo, la simple intervención en el procedimiento administrativo de aprobación de los estatutos, sin ser miembro del consorcio, no es suficiente para reconocerle legitimación activa para impugnarlos.

En relación con los consorcios locales también resulta de interés la crónica de M.^a BALLESTER CARDELL, «La naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios en el ámbito local. La posición del Consejo Consultivo de las Illes Balears», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022, pp. 244-264.

6. ENTIDADES LOCALES INFRA Y SUPRAMUNICIPALES

Una novedad legislativa relevante en materia de entidades locales inframunicipales la representa la *Ley cántabra 3/2022, de 14 de junio, de Entidades Locales Menores (BOCT núm. 119, de 21 de junio de 2022)*. La norma contiene una regulación bastante acabada del marco jurídico de las entidades locales menores cántabras. Incluye reglas sobre las potestades y competencias, propias y delegadas, y sobre sus relaciones interadministrativas. Asimismo, prevé normas del funcionamiento de estas entidades tanto en sistemas de junta vecinal como de concejo, financieras y de transparencia. Por último, establece también el régimen electoral que les es de aplicación, con una regulación específica de la moción de censura.

En el plano jurisprudencial es relevante, en primer lugar, la *STC 19/2022, de 9 de febrero*. Esta sentencia resuelve una cuestión de constitucionalidad planteada en relación con el art. 74.2 de la Ley andaluza 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía. Este precepto disponía que la competencia para aprobar la modificación de estatutos de una mancomunidad corresponde al órgano de representación municipal de la mancomunidad, independientemente de si la modificación es sustancial o no. Esto contrasta con el procedimiento de aprobación de estatutos, regulada en el art. 44 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y atribuida

al pleno de cada municipio. El TC considera que la norma autonómica vulnera lo dispuesto en la legislación básica estatal. Asimismo, señala que sería desproporcionado que la única reacción posible de un municipio disconforme con una modificación estatutaria sustancial fuera el abandono de la mancomunidad. Esta posibilidad resulta demasiado gravosa y no se ajusta a la normativa básica, por lo que aprecia una afectación de la autonomía constitucionalmente garantizada a los municipios. Por todo ello, declara la inconstitucionalidad del citado art. 74.2, estimando con ello la cuestión de constitucionalidad planteada.

A este respecto, también es pertinente la *STS de 4 de abril de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:1252)*. Es el TS, en el marco de este asunto, quien había elevado la cuestión de constitucionalidad al TC y que desembocó en la STC 19/2022 que se acaba de citar. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo analiza el impacto de la STC 19/2022 y, tras rechazar las alegaciones de las recurrentes, confirma el fallo anulatorio recurrido.

Sobre esta cuestión se centra el análisis de M. CASINO RUBIO, «La aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios y la autonomía local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, que destaca las dificultades aplicativas de la normativa estatal y autonómica en la materia tras la STC 19/2022.

También se han dado novedades de interés en relación con las provincias y las diputaciones provinciales en una perspectiva histórica. En primer lugar, hay que destacar la obra de J. ECHÁNIZ SANS, A. GALÁN GALÁN, E. ORDUÑA REBOLLO y J. VILAMALA SALVANS, *200 años de la Diputación de Barcelona*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022. En ella, los autores recorren la trayectoria de la Diputación de Barcelona y analizan no sólo los doscientos años precedentes, sino también exploran las posibles líneas de desarrollo futuras de la institución provincial.

Asimismo, cumple mencionar el estudio de R. J. VERA TORRECILLAS, «El difícil encaje de las diputaciones provinciales en el modelo de organización territorial del Estado. Una aproximación histórica (1812-1925)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 17, 2022, pp. 155-173, en el que el autor analiza la evolución de las diputaciones provinciales desde 1812 hasta su consolidación en el Estatuto Provincial de 1925.

7. COMPETENCIAS MUNICIPALES

Este año también se han producido varias novedades relativas a las competencias de los municipios. A nivel legislativo entró en vigor la *Ley vasca 10/2021, de 9 de diciembre, de Administración Ambiental de Euskadi (BOPV núm. 262, de 31 de diciembre de 2021)*. En lo que hace a las entidades locales, la ley les atribuye competencias relativas a la ordenación, inspección y disciplina de las actividades con incidencia en el

medio ambiente y la salud de las personas, y prevé también que puedan asumir otras competencias que le atribuyan la normativa sectorial medioambiental o la de régimen local vasca.

En el plano jurisprudencial, es reseñable la *STS de 10 de octubre de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2022:3570)*, que gira en torno al alcance de la competencia municipal en materia de ordenación del tráfico en relación con la calificación de las infracciones locales en atención, entre otras circunstancias, a las características del concreto municipio. En particular, se trataba de dilucidar si era legal una ordenanza que tipificaba como infracción grave (con multa de 150 euros) el aparcamiento en zona de estacionamiento regulado sin el correspondiente título o tique. La legalidad de la norma se cuestionaba a la vista del régimen sancionador previsto en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, pues, conforme a este, la misma conducta sólo parece punible como infracción leve (con multa de hasta 100 euros). El TS confirma el fallo anulatorio de los órganos judiciales precedentes y aprecia que la ordenanza no puede apartarse de lo establecido en el Real Decreto Legislativo 6/2015, aun cuando se reconozcan unas amplias facultades normativas a las entidades locales. En este caso, además, el municipio alega, pero no justifica, una situación particular concreta que fundaría el establecimiento de un cuadro de infracciones y sanciones adaptado al municipio (Bilbao).

También se han publicado varios trabajos en relación con dos ámbitos en los que las entidades locales pueden encontrar cierto margen de actuación: el cambio climático y la vivienda. En el primer campo destaca, desde un punto de vista general, la contribución de A. PEÑALVER I CABRÉ, «El rol de los Gobiernos locales frente al cambio climático en el derecho internacional y en el derecho de la Unión Europea», *Anuario de Gobierno Local 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 51-90, que explora el posible papel que pueden desempeñar las entidades locales en el plano supranacional. También resulta de interés el trabajo de I. REVUELTA PÉREZ, «La actividad de los Gobiernos locales en el ámbito de la energía limpia: marco normativo», *Anuario de Gobierno Local 2021*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 171-202. En él, la autora se centra en la regulación de la energía no contaminante para fijarse en la actuación que llevan a cabo las entidades locales en esta materia.

En materia de vivienda hay que reseñar el artículo de F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022, pp. 35-64, donde se disecciona con precisión el estado actual de la atribución de competencias en este ámbito y los títulos competenciales concretos que sirven de cobertura a la actuación de los distintos niveles de gobierno. Asimismo, se clasifican las distintas competencias locales sobre vivienda: la promoción de suelo adecuado, la promoción directa de vivienda protegida y la protección de la promoción y adquisición de viviendas por entidades locales.

Por último, también es destacable el trabajo de M. VAQUER CABALLERÍA, «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022, pp. 96-119. Desde una perspectiva similar, analiza la acción local en materia de vivienda y su escasa cobertura competencial a la luz del citado proyecto de ley, cuyo trámite parlamentario ha proseguido durante los últimos meses.

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-4436-1855

Palabras clave: ordenanzas locales; normas jurídicas municipales; acto administrativo; procedimiento administrativo.

Keywords: local by-laws; administrative acts; administrative procedure.

SUMARIO: 1. NORMAS MUNICIPALES: 1.1. Sistema de fuentes del Derecho local: doctrina y legislación. 1.2. Jurisprudencia sobre normas municipales.—2. ACTO ADMINISTRATIVO: 2.1. Actos administrativos de la Administración local: doctrina y legislación. 2.2. Jurisprudencia sobre actos administrativos: 2.2.1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control. 2.2.2. Requisitos del acto administrativo. 2.2.3. Eficacia y ejecutividad del acto administrativo. 2.2.4. Eliminación del acto administrativo.—3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: 3.1. Procedimientos administrativos locales: doctrina y legislación. 3.2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo.

1. NORMAS MUNICIPALES

1.1. Sistema de fuentes del Derecho local: doctrina y legislación

A lo largo de 2022 se han publicado trabajos en relación con el sistema de fuentes de Derecho administrativo en general, pero también con referencia a la potestad normativa local,

entre los que se puede citar I. ARAGUÀS GÁLGERÀ, «Potestad reglamentaria y situaciones excepcionales. Normas de necesidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

Entre los trabajos publicados este año existen algunos relativos a la potestad normativa local y las competencias locales, se puede citar a F. VELASCO, «Reformas en el régimen local general: inicio de un nuevo ciclo», *Anuario de Derecho Municipal IDL-UAM*, 2021, núm. 15 (2022), que, en concreto, afirma que en las reformas normativas que se aborden tiene que estar muy presente la diversidad local y territorial de España y aconseja que esa regulación sea flexible y, en algunas materias, desplazable en su eficacia por las leyes autonómicas o las ordenanzas y reglamentos locales.

En relación con las competencias municipales, entre las que se incluyen, por supuestos, las normativas, merece ser destacada una iniciativa de reforma normativa: el 28 de noviembre de 2022 la alcaldesa de Barcelona presentó el informe de expertos para la reforma del régimen especial de Barcelona. A partir de las sugerencias que se contienen en el estudio propositivo barcelonés, se puede atisbar cuáles pueden ser las orientaciones futuras en la renovación del régimen legal de las grandes ciudades hoy contenido en el Título X de la LBRL. Sobre esta cuestión *vid.* F. VELASCO, «El Ayuntamiento de Barcelona inicia la reforma de su régimen especial, y sugiere innovaciones para otras grandes ciudades», *Blog IDL-UAM*, 14 de diciembre de 2022. Aunque menos formalizado, se ha publicado en prensa que el Ayuntamiento de Madrid, la Comunidad y el Gobierno de España trabajan, a petición municipal madrileña, en la creación de una comisión interadministrativa en la que se debata una revisión de la Ley de Capitalidad que se traduzca en una mayor autonomía para la ciudad en relación a cuatro competencias: seguridad, infraestructuras, fiscalidad y financiación.

También sobre competencias municipales en normativas en vivienda, aunque no se ha aprobado la Ley estatal de vivienda, sí que hay aportaciones doctrinales al respecto: F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59; M. VAQUER CABALLERÍA, «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, que analiza los instrumentos típicos (también los normativos) del desarrollo de políticas propias de vivienda por parte de los municipios.

Se ha publicado el libro de R. O. BUSTILLO BOLADO, *Régimen jurídico del paisaje: concepto, marco normativo, intervención administrativa y dimensión social*, Aranzadi, 2022, que incluye referencias a las competencias municipales sobre el paisaje.

Y, por último, relacionado con el procedimiento de elaboración de la normativa local, además de lo que se expone en el siguiente apartado que incluye jurisprudencia al respecto, se ha publicado, por M. CASINO RUBIO, «El régimen de aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios y la autonomía local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022. Y M. A. GARCÍA VALDERREY, «El procedimiento para la aprobación del Reglamento del Registro Electrónico de los Ayuntamientos», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2022.

1.2. Jurisprudencia sobre normas municipales

Durante 2022 se han producido pronunciamientos en relación con la competencia normativa local, sus límites, alcance, su relación con normas de rango legal y, en su caso, con el respeto a supuestos de reserva de ley. Así, sobre la competencia material de la entidad local para regular mediante ordenanza, la STSJ de Castilla y León, de 22 de julio de 2022 (rec. contencioso-administrativo núm. 964/2021), anula una Ordenanza Reguladora del Vertido de Purines, Estiércoles y otros Residuos Procedentes de Fuentes de Origen Ganadero en la zona municipal de una entidad local menor. El TSJ precisa que las Administraciones locales tienen potestad reglamentaria que no es absoluta o universal, y viene definida por dos grandes limitaciones: el ámbito de su competencia y el respeto a la ley y, con ello, a las disposiciones de rango superior; fuera de esos ámbitos la actuación reglamentaria no es posible entenderla como ajustada a derecho. A partir de ese argumento, el TSJ considera que la normativa existente, europea, estatal y autonómica, imponen una «muy clara limitación, si no exclusión en muchos ámbitos, del actuar de la Administración local en atención a la actuación conferida a la Administración estatal y autonómica, bajo la regulación, a su vez, de las directrices comunitarias europeas, que impiden en muy buena medida la aplicación de las disposiciones de la Administración local, sobre todo en cuestiones como las tratadas en la disposición ahora considerada, en que inciden intereses de más amplio ámbito territorial, que no pueden contradecirse por la normativa local en consideración a la atribución de competencias que establece el ordenamiento jurídico y que no se encuentran debidamente justificados, como sucede en el presente supuesto. Todo ello determina que, en presente supuesto no quepa sino acoger la impugnación estudiada y decretar la nulidad de lo actuado al contradecirse con ello la normativa vigente».

En relación con la impugnación por el cauce especial de protección de derechos fundamentales y potestad reglamentaria, la STS de 8 de abril de 2022 (rec. contencioso-administrativo 379/2020) reitera que «al disponer el art. 121.2 LJCA que la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, actuación o acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento, incluida la desviación de poder, y el resultado sea la vulneración de un derecho fundamental, la distinción establecida inicialmente por la jurisprudencia entre cuestiones de alcance o contenido constitucional y aquellas de legalidad ordinaria ha quedado sumamente relativizada. Y, en todo caso, para resolver si determinan o no la infracción de un derecho fundamental será necesario, establecer primero si existe o no dicha infracción a fin de determinar después, caso de que la haya, si la vulneración de la legalidad ha sido condición necesaria para que se produzca». En el caso concreto, se impugna la ausencia de audiencia y motivación en la norma.

Aunque se refiere específicamente a una ordenanza, resulta de interés la STS de 4 de abril de 2022 (rec. contencioso-administrativo núm. 300/2020) que recuerda que ante la impugnación de una norma reglamentaria el análisis judicial debe comenzar por las cuestiones procedimentales, ya que, si concurre algún vicio procedimental, la consecuencia será la nulidad de la norma reglamentaria. El Tribunal recuerda que el ejercicio de la potestad reglamentaria debe incorporar una necesaria motivación, ya que el art. 129 LPAC «exige

el cumplimiento de esos principios, es indudable que el legislador está imponiendo que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se debe justificar esa necesidad, eficacia, proporcionalidad, transparencia y eficiencia que debe concurrir en la norma que se aprueba, es decir, no sólo se requiere de manera expresa la motivación de la norma que se pretende aprobar, sino que esa motivación debe abarcar dichos principios. Y ello sin olvidar que el ejercicio de dicha potestad está condicionada, como se dispone en el art. 128 de la citada Ley, al principio de jerarquía normativa que es quizá el más relevante —de ahí su exigencia individualizada— y que también requiere una justificación de dicha potestad; esto es, la necesidad de la motivación de los reglamentos. Obviamente dicha motivación no puede plasmarse en el articulado del reglamento, sino que es en el procedimiento de elaboración donde debe constar, adquiriendo una especial relevancia a estos efectos la MAIN, cuya finalidad es precisamente dicha justificación de la norma que se pretende aprobar; debiendo trasladarse sus consideraciones más relevantes a la misma Exposición de Motivos».

En cuanto al procedimiento de elaboración de las ordenanzas municipales, la STS de 21 de julio de 2022 (rec. de casación núm. 4675/2021) establece como doctrina con interés casacional objetivo que el informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo a que se refiere el art. 35 de la Ley General de Telecomunicaciones resulta preceptivo para la aprobación de una ordenanza municipal reguladora de aspectos materiales relativos al paisaje urbano. Se trata de una ordenanza transversal, dictada en ejercicio de competencias municipales medioambientales y urbanísticas, con determinaciones muy concretas y variadas, sin interdependencia entre ellas, con marcada finalidad de mejora estética y regulación de actividades (publicidad). De ahí que, si incorpora esas regulaciones materialmente urbanísticas, deba contar con tal informe.

Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de julio de 2022 (rec. contencioso-administrativo núm. 692/2020) analiza el recurso frente a la Ordenanza reguladora del funcionamiento del Área Territorial de Prestación Conjunta de Valladolid y su Entorno (ATPCVA) para los servicios de transporte público de viajeros en autotaxi. El TSJ rechaza que en el procedimiento de aprobación de ordenanzas municipales deba incorporarse en la Memoria de Impacto Normativo la referencia al impacto que la ordenanza pueda tener en la familia.

Por su parte, la STSJ de Galicia de 21 de julio de 2022 (rec. contencioso-administrativo núm. 4144/2021) desestima el recurso frente a la Ordenanza municipal de regulación de valados, parcelas vexetais e plantación de sebes, arbustos e árboles ornamentais de Burela. El recurso aduce la nulidad por falta de sometimiento de la ordenanza al trámite de información pública. El TSJ de Galicia rechaza el recurso por no resultar vulnerado el procedimiento de elaboración de la ordenanza, al acogerse a una excepción normativamente prevista y no justificar que la aprobación persiga un resultado contrario al declarado con ocasión de su elaboración y exteriorizada en el preámbulo y en los informes, por lo que tampoco incurre en la alegada desviación de poder.

Y, por último, sobre el procedimiento de derogación de las ordenanzas municipales, la STSJ de Galicia de 22 de julio de 2022 (rec. de apelación núm. 7084/2022), señala,

frente a la pretensión municipal, que «la aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al procedimiento establecido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 del Real Decreto Legislativo 781/1986, que también establece que «para la modificación de las ordenanzas y reglamentos deberán observarse los mismos trámites que para su modificación». Se trata del ejercicio de las potestades reglamentaria y de autoorganización, que incluye la potestad de derogar reglamentos —art. 4 LBRL— en procedimiento tramitado al efecto en el que se motive adecuadamente la necesidad de la derogación. El argumento del recurso de apelación —«basta la mera declaración de voluntad», esto sí es contrario al «sentido común»—, también este, carece manifiestamente de sustento legal». Por ello, considera nulo el acuerdo del Pleno municipal por el que se pone a disposición de un grupo político un despacho adecuado en el ayuntamiento y se procede a la derogación del Reglamento Orgánico Municipal.

2. ACTO ADMINISTRATIVO

2.1. Actos administrativos de la Administración local: doctrina y legislación

A lo largo de 2022 se han publicado numerosos trabajos en relación con la implantación de la Administración electrónica, aunque la doctrina comienza a prestar una especial atención a las nuevas tecnologías, la inteligencia artificial y los desafíos que implica la extensión del metaverso. De estas aportaciones se da cuenta en el apartado siguiente, sobre «Procedimiento Administrativo».

En cuanto a las novedades normativas en este ámbito, destacan los Acuerdos de 26 de abril de 2022 del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por los que se aprueba el Reglamento 7/2022, de 26 de abril, por el que se establece el régimen de las Entidades Colaboradoras Urbanísticas de Verificación, Inspección y Control, así como la Ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid. En relación con estas normas se han publicado trabajos que las analizan, entre los que destaca A. CASADO, «El nuevo modelo de control urbanístico en el Ayuntamiento de Madrid. La ordenanza de licencias y declaraciones responsables urbanísticas», *Anuario de Derecho Municipal IDL-UAM*, núm. 15, pp. 51-76. Sobre actuación comunicada, H. M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «La renuncia a las declaraciones responsables», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2022.

También sobre el control de actividades, desde una perspectiva ambiental, se ha aprobado la Ley estatal 9/2022, de 23 de noviembre, de régimen jurídico y de procedimiento de las actividades sujetas a autorización ambiental integrada y, por su parte, la Comunidad de las Islas Baleares ha aprobado la Ley 9/2022, de 23 de noviembre, de régimen jurídico y de procedimiento de las actividades sujetas a autorización ambiental integrada. También se ha aprobado el Decreto 134/2022, de 21 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regulan los requisitos para la autorización de los espectáculos con uso de artificios pirotécnicos en la Comunidad Autónoma de

Aragón; y el Decreto 67/2022, de 8 de junio, por el que se regula el procedimiento de concesión de autorizaciones con carácter extraordinario para la celebración de espectáculos públicos y actividades recreativas, singulares, excepcionales o no reglamentadas distintas de las amparadas por la correspondiente licencia de apertura y funcionamiento o por cualquier otro título que habilite la apertura y funcionamiento del establecimiento. Y Castilla-La Mancha ha aprobado el régimen administrativo del juego, a través del Decreto 5/2022, de 25 de enero, y del Decreto 15/2022, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de aplicación de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza. Y la Región de Murcia aprueba medidas urgentes en materia de régimen sancionador de establecimientos públicos, espectáculos públicos y actividades recreativas ocasionales o extraordinarias. Sobre esta cuestión, *vid. Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2022.

Y hay numerosas publicaciones relativas a la nueva Ley de Residuos que, en lo que aquí interesa, afecta al régimen de autorización y comunicación. Entre los trabajos publicados: Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, «El ¿nuevo? régimen de autorización y comunicación de las actividades de producción y gestión de residuos (arts. 33 a 36 LRSCEC)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 21, 2022; J. A. MARTÍNEZ NAVARRO, «La gestión de los residuos municipales al amparo del nuevo modelo de economía circular. A propósito del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 17, 2022; A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, «Previsiones para el ámbito local contenidas en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 253, 2022; A. GÓMEZ EXPÓSITO, «El papel de las entidades locales en la nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales*, núm. 256, 2022.

En cuanto a los tipos de actos administrativos y su distinción de otras categorías: M.^a C. SIBINA VIDAL, «Delimitación entre contrato, convenio y subvención», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, 2022.

En relación con la impugnabilidad del acto administrativo, destaca el trabajo de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El control judicial de la Administración ante algunas cuestiones problemáticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022.

Y, sobre ejecutividad del acto administrativo, J. R. CHAVES GARCÍA, «El apremio más castigo que premio», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2022; *id.*, «El camino procesal para atajar la inexecución de actos administrativos firmes», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2022.

En general, sobre nulidad del acto administrativo, A. PICÓN ARRANZ, *Las causas de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Configuración legal y aplicación práctica*, Aranzadi, 2022. La nulidad referida al silencio administrativo y la resolución tardía: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «¿Incurre en nulidad de pleno derecho la resolución administrativa tardía opuesta al sentido del silencio positivo?», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2022. Y, sobre motivación del acto administrativo, D. E. RAMÍREZ FRUTOS y

L. I. CABRERA GUERRA, «La motivación del acto administrativo. Elementos para su configuración desde el orden teórico», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2022; C. HERRERO POMBO, «El difícil encaje jurídico de las propuestas de acuerdo “políticas” presentadas por los grupos municipales a la luz de la doctrina del tribunal supremo (Sentencias de 26 y 28 de junio de 2019)», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2022, que considera nulos o anulables los acuerdos que se adopten fuera de las materias asignadas por la ley al municipio y que, además, no están atribuidas al pleno.

Sobre revisión del acto administrativo, en general, o referido a actos concretos: F. LÓPEZ MENUDO, «La revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022; J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ, «Revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho: la composición paritaria de las comisiones de selección en el empleo público», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2022; A. M. SANGÜESA CABEZUDO, «Revisión de oficio en procedimientos selectivos: respeto a los actos propios, principios de seguridad jurídica e igualdad», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2022; M. M. CONTRERAS ORTIZ, «Doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la inadmisión de la revisión de oficio: comentarios al Dictamen 84/2022 del Consejo Jurídico y a la doctrina casacional fijada en la STS 694/2021, de 24 de febrero», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59, 2022.

Sobre los límites y efectos de la revisión de oficio de actos administrativos, ha merecido una especial atención para la doctrina las cuestiones relativas a la nulidad del impuesto de plusvalías (*vid.* también la jurisprudencia que se cita en el siguiente apartado): D. MARÍN-BARNUEVO FABO, «La actuación de los ayuntamientos tras la declaración de inconstitucionalidad de la plusvalía municipal», *Anuario de Derecho Municipal IDL-UAM*, núm. 15, pp. 77-114; F. PLEITE GUADAMILLAS, «Efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del impuesto de plusvalía. Puertas que se cierran», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2022; A. I. MARTÍN VALERO, «La revocación de los actos tributarios delimitación de su ámbito de aplicación según reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2022; S. GONZÁLEZ DE LARA MINGO, «Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre las solicitudes de revocación y devolución de ingresos indebidos», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2022; A. M. BARRRACHINA ANDRÉS, «¿Qué efectos tiene la STC 182/2021 sobre las resoluciones que, habiendo agotado la vía administrativa, se encuentran en plazo para ser impugnadas en vía judicial?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2022; J. CALVO VÉRGEZ, «Los procedimientos especiales de revocación y de nulidad como posibles vías para articular la devolución de ingresos indebidos de la plusvalía municipal», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 252, 2022.

2.2. Jurisprudencia sobre actos administrativos

En cuanto a la jurisprudencia relativa a actos administrativos dictados por la Administración local, se exponen brevemente, a continuación, pronunciamientos referidos a

actos adoptados por la Administración local, junto a sentencias que, aunque no específicamente sobre el ámbito local, se refieren a la interpretación y aplicación de preceptos que también han de ser aplicados a y por la Administración local.

2.2.1. *Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control*

La STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/996), en relación con la impugnación por los ayuntamientos de los Estatutos de los Consorcios, cuando no forman parte del mismo, pero se relacionan con él a través de convenios de colaboración para la gestión de servicios de competencia municipal, declara el reconocimiento de legitimación activa siempre que acrediten verse afectados por sus disposiciones, en la medida en que su anulación les suponga una ventaja real cierta o les evite un perjuicio igualmente concreto y efectivo, sin que la mera intervención en el procedimiento administrativo de aprobación o modificación de dichos estatutos o la suscripción de convenios de colaboración sea suficiente a efectos de reconocimiento de dicha legitimación.

En relación con la tipología de los actos administrativos, la STS de 19 de septiembre de 2022 (JUR 2022/300313) aborda la clásica cuestión de la distinción entre reglamentos (disposiciones generales) y actos administrativos generales (actos plúrimos). Y lo hace en relación con una orden por la que se aprueban las bases generales por las que han de regirse los procesos selectivos para el acceso a la función pública, así como las normas generales del curso de capacitación y su plan de estudios. El Tribunal considera que esta orden no establece pautas y criterios para una determinada convocatoria, sino las prescripciones para todas las convocatorias y todos los cursos de esta índole que se celebren en el futuro y, en esa medida, tienen un innegable carácter reglamentario. En definitiva, dado su contenido y sus características, se trata de un reglamento o disposición general. El Tribunal recuerda que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe hablar de un *tertium genus* de actos de la Administración con una pluralidad indeterminada de destinatarios, distintos de los reglamentos y de los actos administrativos generales. Dado que la orden impugnada no siguió tal procedimiento correspondiente a las disposiciones generales y no lo fue, es claro que toda ella está aquejada de un vicio procedimental invalidante.

En 2022 se han pronunciado varias sentencias relativas al alcance del derecho de acción a la información pública. Sobre la solicitud de información por miembros de una corporación local; más en concreto, el alcance del derecho de acceso a la información pública, la STS de 10 de marzo de 2022 (JUR 2022/112775) recoge la doctrina del propio tribunal dictada al respecto. Afirma que procede la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esto es, la procedencia de la solicitud de información por miembros de las corporaciones locales, conforme a lo previsto en la DA 1.ª2 de la Ley 19/2013: aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio. El hecho de que en la normativa de régimen local exista una regulación espe-

cífica, en el plano sustantivo y procedimental, del derecho de acceso a la información por parte de los miembros de la corporación en modo alguno excluye que, con independencia de que se haga uso, o no, del recurso potestativo de reposición, contra la resolución que deniegue en todo o en parte el acceso a la información, el interesado pueda formular la reclamación que se regula en el art. 24 de la Ley 19/2013. Y, de otra parte, se establece que la reclamación prevista en la normativa sobre transparencia y buen gobierno sustituye al recurso de alzada allí donde estuviese previsto (lo que no es el caso del ámbito local al que se refiere la presente controversia), dejando en cambio a salvo la posible coexistencia de dicha reclamación con el recurso potestativo de reposición. En definitiva, no es admisible que se pretenda excluir la aplicación supletoria de la Ley estatal 19/2013 a la Ley de Bases del Régimen Local con el afán de situar a los representantes públicos, elegidos por los ciudadanos, en una situación de inferioridad por lo que se refiere a la aplicación y garantía de los derechos de acceso a la información pública cuando, por otro lado, la jurisprudencia expresamente manifiesta que justamente por su cargo, el acceso a la información tendría la consideración de cualificado.

La STS de 2 de junio de 2022 completa y matiza la jurisprudencia sobre los presupuestos y requisitos de aplicación de las causas de inadmisión de solicitudes de acceso a la información pública, en particular cuando el solicitante no ostenta la condición de interesado en el procedimiento administrativo, ni la condición de miembro integrante de la corporación local. Y la STS de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022/861) que también conoce del alcance del derecho de acceso a la información pública pero esta vez no se refiere al ámbito local, puesto que tiene por objeto la denegación de una solicitud de entrega de documentación por parte de los diputados del Congreso.

2.2.2. Requisitos del acto administrativo

En relación con el alcance de la exigencia de motivación de los actos administrativos, en concreto, en un proceso selectivo de acceso a la función pública, la STS de 4 de noviembre de 2022 (JUR 2022/354243) reconoce que la evaluación realizada por el Tribunal calificador sobre la calidad de las resoluciones presentadas por el recurrente no se limita a la simple plasmación numérica de su parecer, sino que ha considerado que las mismas son de calidad aceptable. No hay una total y absoluta falta de motivación. Otra cosa es que dicha motivación merezca la consideración de «suficiente». El Tribunal considera que la justificación que recoge el informe del tribunal calificador del proceso selectivo resulta tautológica, porque, volviendo a examinar las resoluciones, se ratifica en su parecer. Esto le parece al TS que resulta claramente insuficiente desde la óptica de la motivación, lo que le lleva a estimar la demanda en este punto. Ahora bien, si se acordara retrotraer el procedimiento para que el tribunal calificador diera una justificación motivada de la puntuación, y aún en el caso de que al recurrente se le diera la máxima puntuación posible en ese apartado, resulta que el recurrente no conseguiría alcanzar una puntuación que le ubicara entre los seleccionados. Por ello, el TS limita los efectos de la sentencia a una estimación parcial y a reconocer la motivación insuficiente a la

hora de valorar el mérito en cuestión, pero no ordena retrotraer las actuaciones. Sobre la motivación en el procedimiento administrativo de acceso a funciones y cargos públicos, también, la STS de 8 de noviembre de 2022 (JUR 2022/360435).

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de julio de 2022 (JUR 2022/270570) reitera la doctrina jurisprudencial asentada que exige la motivación suficiente de la concurrencia de la culpa al imponerse una sanción tributaria que viene determinada, entre otros, por los arts. 211 LGT y 24 del Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario. Sólo cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, procede exigir al acusado que pruebe la existencia de una causa excluyente de responsabilidad. Y, por supuesto, reitera la sentencia que los déficits de motivación de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidas ni por los Tribunales Económicos Administrativos, ni por el órgano judicial, porque la competencia para imponer las sanciones tributarias corresponde exclusivamente a la Administración tributaria. En este mismo sentido, téngase en cuenta también, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de julio de 2022 (JUR 2022/270570). En igual sentido, *vid.* la STSJ de Madrid de 22 de junio de 2022 (JUR 2022/245947), que afirma que no se puede inferir la culpabilidad del mero incumplimiento de la norma tributaria. Así mismo, la STSJ de Madrid de 22 de junio de 2022 (JUR 2022/246423) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de junio de 2022 (JUR 2022/267952).

La STS de 5 de abril de 2022 (RJ 2022/131109) considera que en el caso enjuiciado no hay causa de nulidad de pleno derecho de clase alguna: el hecho de que las liquidaciones giradas a la interesada han infringido un plazo esencial lo que, aun siendo cierto, conduciría a la anulabilidad del acto, pero no a la nulidad radical, conforme a lo establecido en el art. 48.3 LPAC. Por otro lado, nada tiene que ver la adopción de una resolución impugnada fuera del tiempo establecido para ello con la infracción total y absoluta del procedimiento, que es lo que se acuerda en la sentencia de instancia impugnada. Tampoco es procedente invocar la causa prevista en el art. 217.1.g) LGT.

La STS de 22 de marzo de 2022 (JUR 2022/124835) se pronuncia acerca de quién tiene derecho a solicitar y obtener la devolución de ingresos indebidos (instada al no haberse realizado el hecho imponible) en supuestos en el que el dueño de una construcción, instalación u obra ha abonado la liquidación provisional por el concepto de ICIO, pero, posteriormente, ha vendido o transmitido la construcción, instalación u obra que pasa a ser propiedad de un nuevo titular, siendo este el que insta la devolución. A partir de ahí, se plantea si en el caso en que el ayuntamiento hubiera ordenado la devolución al nuevo dueño de la construcción, instalación u obra estaríamos en presencia de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. El Tribunal concluye que no se da ninguno de los requisitos y no concurre la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el art. 217.1.f) LGT.

Por su parte, la STSJ de Madrid de 22 de junio de 2022 (JUR 2022/246423) resume la doctrina jurisprudencial referida a la causa de nulidad de pleno derecho de los

actos administrativos: «Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», estableciendo lo que sigue: «La expresión “prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello” debe reservarse a supuestos en los que se aprecien vulneraciones de la legalidad con un mayor componente antijurídico, debiendo ser la omisión clara, manifiesta y ostensible, sin que baste el desconocimiento de un mero trámite que no pueda (ni deba) reputarse esencial. La utilización de un procedimiento distinto del establecido expresamente en la ley puede asimilarse a la ausencia absoluta de procedimiento; pero puede también no integrar el supuesto de nulidad cuando en el seno de ese procedimiento diferente se hayan seguido los trámites esenciales previstos en el regulado *ad hoc*, lo que excluiría, además, toda forma de indefensión. Prescindir de un trámite esencial del procedimiento constituye, de suyo, una infracción que acarrea la nulidad radical, especialmente si ese trámite es el de audiencia, que es capital, fundamental para que el acto no produzca indefensión al interesado y este pueda atacarlo desde el inicio mismo del procedimiento».

La STS de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022/2912) parte del entendimiento, conforme con la jurisprudencia asentada del Alto Tribunal, de que los supuestos de nulidad de pleno derecho legalmente tasados en el art. 47 LPAC no pueden ser interpretados con laxitud, pues ello equivaldría a socavar el valor central que la firmeza de los actos administrativos tiene en el entero sistema del Derecho administrativo. La revisión de oficio de los actos administrativos es, así, una vía excepcional.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de junio de 2022 (JUR 2022/263001), en consonancia con la jurisprudencia asentada, afirma que el principio de buena fe y protección de la confianza legítima es un principio imperativo de actuación de las Administraciones públicas [art. 3.1, letra e) LRJSP]. En definitiva, comportan que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

Sobre subsanación de trámites, en las SSTSJ de Madrid de 20 de octubre de 2022 (JUR 2022/361016) y de 24 de octubre de 2022 (JUR 2022/369546). El Tribunal asume que la subsanación cabe y se prevé legalmente para supuestos de defectos formales de que adolezca una determinada solicitud, por ejemplo, si no se hubiera presentado el resguardo de la garantía, pero esta sí se hubiera efectivamente presentado. Sólo son subsanables los defectos, no los incumplimientos, entendiéndose por defectos aquellos fallos u omisiones corregibles por su naturaleza que pueda contener un documento presentado en plazo y forma, no pudiendo conceptuarse como defectos subsanables las actuaciones de parte dirigidas a suplir la presentación misma del documento o requisito.

2.2.3. *Eficacia y ejecutividad del acto administrativo*

Sobre la práctica de la notificación, la STS de 3 de febrero de 2022 (RJ 2022/741) concluye afirmando la validez de la notificación del acto administrativo. En concreto, se

trata de un acuerdo municipal por el que se declara la innecesaria de reparcelación de varios polígonos de actuación en el que, por tanto, hay concurrencia de una pluralidad de propietarios y terceros afectados. La notificación se lleva a cabo a través de su publicación en un periódico y por edicto en el tablón de anuncios del ayuntamiento, sin que sea precisa la notificación individual a cada uno de los propietarios.

La STS de 21 de noviembre de 2022 (RJ 2022/360448), siguiendo doctrina propia anterior, se centra en la interpretación de los arts. 14.2 y 41.1 LPAC, a los efectos de determinar cuáles son las consecuencias que se derivan de una notificación efectuada a una persona jurídica en formato papel y no a través de medios electrónicos. En actuaciones anteriores dentro del mismo procedimiento administrativo la entidad interesada había recibido y admitido que se practicaran notificaciones en papel y no hay dudas acerca de que tuvo conocimiento de la resolución sancionadora notificada por esa vía. Recuerda el Tribunal que el art 41.1 LPAC establece que son válidas «con independencia del medio utilizado», las notificaciones «que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad del remitente y destinatario de la misma». En definitiva, concluye el Tribunal que no cabe afirmar que se haya causado indefensión a la recurrente y el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (art. 48.2 LPAC). El recurrente también afirmaba que la presunción de conocimiento por parte del destinatario de las notificaciones practicadas en papel en la empresa y recibidas por terceros está prevista en el art. 42.2 LPAC para notificaciones en papel y no puede aplicarse a supuestos en los que se notifica a personas jurídicas que tienen la obligación de recibirlas por medios electrónicos. Frente a esto, el Tribunal concluye afirmando que es obvio que la previsión del art. 42.2 LPAC carece de sentido en relación con las notificaciones electrónicas de que se trata, pues, por su propia configuración, siempre serán recibidas por un representante de la persona jurídica sin que sea necesario arbitrar previsiones alternativas a la no recepción de la comunicación por el interesado, dado que dicha notificación se entiende realizada cuando se acceda a su contenido. En este caso, la notificación se produjo en papel y no de forma electrónica, por lo que las previsiones de dicho precepto resultan aplicables. Lo mismo afirma el Tribunal frente a la infracción que se alega del art. 40.3 LPAC: no es posible afirmar que la notificación en papel no produjo efecto alguno y, por tanto, no comenzó a correr el cómputo de los plazos para interponer el recurso. Sobre esta cuestión, también las SSTs de 21 de noviembre de 2022 (RJ 2022/367662) y de 18 de noviembre de 2022 (RJ 2022/360025).

La STS de 15 de marzo de 2022 (JUR 2022/111095) establece doctrina jurisprudencial conforme a la cual la suspensión automática de la ejecutividad de las sanciones establecida en el art. 212.1 LGT no es aplicable a las sanciones objeto de una derivación de responsabilidad *ex* art. 42.2 LGT, sin perjuicio de solicitar y pedir la suspensión frente al acuerdo de declaración de responsabilidad solidaria, en el caso del art. 42.2 LGT, conforme a las reglas generales que disciplinan tal suspensión.

La STS de 8 de marzo de 2022 (JUR 2022/104096) se pronuncia sobre la ejecución de una resolución estimatoria parcial por motivos formales del Tribunal Económico-Administrativo Central por falta de motivación en la valoración de determinados bienes y la correspondiente orden de retroacción de las actuaciones para que el órgano administrativo efectúe una nueva comprobación de valores debidamente motivados. El Tribunal concluye, con remisión también a sentencias anteriores, afirmando que la Administración tributaria no puede, en ejecución del deber de motivar el valor de determinados bienes (o de otros deberes formales) una vez ordenada la retroacción de las actuaciones a tal efecto, dictar una liquidación provisional a cuenta de la que finalmente resulte, ni antes ni después de realizar la valoración motivada o de cumplir lo ordenado en la retroacción. La Administración tributaria incurre en exceso ilícito, determinante de la nulidad de sus actos, cuando adopta por su cuenta medidas distintas o ajenas a las directamente encaminadas a dar cumplimiento a lo ordenado en sede económico-administrativa, en este caso motivar sus propios actos, sin que la liquidación provisional guarde relación alguna, ni con la retroacción, ni con la actividad que debe realizarse al efecto.

Las SSTS de 1 de junio de 2022 (RJ 2022/2766) y de 27 de octubre de 2022 (JUR 2022/349510) afirman que los actos administrativos que ponen fin a un proceso selectivo declarando derechos en favor de los interesados, dictados en sustitución y desarrollo de otros previos anulados judicialmente y que determinaron la expulsión de aspirantes de aquel, comportan eficacia retroactiva a los efectos del art. 39.3 LPAC. Por ello puede entenderse que en esos aspirantes concurren los supuestos de hecho necesarios ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del mismo acto. Y, en segundo lugar, estos aspirantes deben tener la misma posición jurídica que los demás aspirantes que superaron el mismo proceso selectivo. La STS de 20 de enero de 2022 (RJ 2022/716), como en sentencias anteriores recientes, reconoce el derecho de la recurrente a ser nombrada personal estatutario con efectos administrativos desde la toma de posesión de los inicialmente aprobados y económicos desde la fecha que en ejecución de sentencia fije la Sala de instancia.

La STS de 27 de septiembre de 2022 (JUR 2022/315265) reitera doctrina jurisprudencial anterior en relación con la ejecución de resoluciones económico-administrativas que estiman en parte las reclamaciones formuladas frente a actos derivados de actuaciones inspectoras que han sido anuladas por razones materiales o de fondo, con aplicación del plazo de un mes previsto en los arts. 239.3 LGT y 66.2 del Reglamento General de Revisión en vía administrativa. Hay que tomar en consideración que esta sentencia cuenta con el Voto Particular del magistrado don Francisco José Navarro Sanchís que sostiene, de manera argumentada.

La STS de 16 de noviembre de 2022 (RJ 2022/360086) sienta doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación de las DDAA 3.^a y 4.^a del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. La sentencia afirma que sólo determina la suspensión de los plazos (eficacia demorada) de los procedimientos administrativos. La norma no establece la paralización de la actividad administrativa.

Y por ello, esa suspensión no afecta, en principio, a la validez de las actuaciones administrativas realizadas durante la vigencia del estado de alarma y, por tanto, tampoco a la notificación practicada en ese mismo periodo de una resolución dictada con anterioridad a este, sin perjuicio de que su eficacia quede demorada hasta el momento de la cesación del estado de alarma o de sus prórrogas, a partir del cual se reanudará el cómputo de los plazos. Atendiendo a lo previsto en la DA 4.^a del citado real decreto, durante el estado de alarma quedará en suspenso el plazo de caducidad de cualesquiera acciones o derechos.

La STS de 3 de noviembre de 2022 (JUR 2022/377127), de conformidad con lo previsto en el art. 93.1 LJCA, afirma que corresponde al reclamante en la vía económico-administrativa y al recurrente en la vía jurisdiccional, la carga de acreditar el alcance material tanto de un previo procedimiento de comprobación e investigación de carácter parcial, como de una previa solicitud de rectificación de su autoliquidación relativa a un determinado elemento de la obligación tributaria en relación a un concepto y periodo impositivo concretos, de cara a oponer los efectos preclusivos de talas actuaciones, frente a un posterior procedimiento de regularización de carácter general, en particular, para determinar si en el procedimiento posterior se aplican elementos tributarios del procedimiento inicial.

La STS de 17 de octubre de 2022 (JUR 2022/339700) afirma que el legislador de la LPAC es consciente de la asimilación de la declaración responsable y la comunicación como formas «de inicio de procedimientos» y lo pone de manifiesto en el art. 69 LPAC: facilita la existencia de estos dos mecanismos y permite que el legislador sectorial opte entre uno u otro. Lo que sí proscribde de manera general es que pueden exigirse los dos. Ambos medios tienen el efecto de autorizar el ejercicio de actividades o derechos, de conformidad con la normativa específica que regule el derecho o actividad que se pretende ejercer, la cual puede establecer un régimen diferenciado entre una y otra modalidad, en cuanto a sus requisitos y presupuestos. A la luz de la normativa sectorial (y casuística), la doctrina ha llegado a la conclusión de que la declaración responsable, que parece reforzada en la misma definición legal, quedaría reservada para aquellas actividades de mayor rigor en cuanto a su ejercicio, por afectar más intensamente a los bienes o intereses públicos; en tanto que la comunicación previa quedaría reservada para las de menor afectación a dicho interés.

2.2.4. *Eliminación del acto administrativo*

En cuanto a la eliminación del acto administrativo a través de los mecanismos de revisión de oficio, en concreto, en los casos en los que media la solicitud del interesado, las SSTS de 24 de febrero de 2022 (RJ 2022/975) y de 25 de febrero de 2022 (RJ 2022/998) concluyen considerando que, en el caso enjuiciado, no concurre ninguna de las razones que, según el art. 110 LPAC, pueden justificar la exclusión de la revisión de oficio pretendida por la solicitante. Incluso aunque no se produjo la inadmisión de la

solicitud de revisión de oficio, sino que fue desestimada por silencio. La estimación del recurso contencioso-administrativo no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, para su tramitación posterior ante la propia Administración, sino que el Tribunal podrá entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea. Por último, el Tribunal afirma que los efectos de la declaración de nulidad de las resoluciones afectadas por ella han de producirse desde el momento en que fueron dictadas sin perjuicio de los límites establecidos por la ley en materia de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública. Sobre esta cuestión, también la STS de 4 de febrero de 2022 (JUR 2022/102482).

La STS de 6 de julio de 2022 (JUR 2022/240405) analiza un supuesto en el que, tras dictar un acto definitivo y firme de un reintegro parcial de una subvención concedida, la Administración realiza un control posterior que culmina con una resolución que acuerda el reintegro total del importe de dicha subvención. Posteriormente no cabe iniciar un nuevo procedimiento de reintegro que además culmina con una resolución acordando el reintegro total. Dicho de otro modo, siendo cierto que la Intervención puede ejercer sus facultades de control financiero, y como resultado de estas cabe el inicio del correspondiente procedimiento de reintegro, lo que no es posible es que la propia Administración desconozca el acto administrativo anterior consistente en el reintegro parcial. Este acto de reintegro parcial debe vincular a la Administración sin que el control financiero ulterior pueda proceder a una reconsideración del mismo y a un nuevo expediente que culmina con una declaración de reintegro total, pues ello viene a ser un supuesto de revisión de oficio, que podría calificarse de atípico al no haberse utilizado las vías previstas en la LPAC.

La STS 56/2022, de 24 de enero, afirma que, si la Administración inadmite la revisión de oficio de actos administrativos, por haber rechazado en el fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, la estimación del recurso contra dicha decisión de inadmisión no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión para su tramitación posterior ante la propia Administración.

Sobre los límites o imposibilidad de revisión, hay que tener en cuenta que, por STC 182/2021 se declara nulo el método de cálculo del impuesto de Plusvalía. Dicha STC, en su FJ 6.º, excluye que puedan ser revisadas, con fundamento en la misma, las liquidaciones tributarias firmes. Ante este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la STS de 3 de junio de 2022 (RJ 2022/2768) determina que las liquidaciones respecto de las que se solicitó la devolución de ingresos indebidos, por disconformidad en el método de cálculo de la base imponible, fueron giradas a lo largo del año 2010 y no fueron impugnadas, pese a que fueron notificadas y oportunamente abonadas a lo largo del año 2010 y 2011, y la solicitud de devolución de ingresos indebidos fue presentada el 10 de enero de 2014. Por tanto, la solicitud de devolución de ingresos

indebidos se realiza respecto liquidaciones firmes: «La solicitud de apertura de un expediente de devolución de ingresos indebidos de liquidaciones es referida a liquidaciones tributarias firmes». Y el «pretendido error en la fórmula de cálculo de la base imponible», no altera condición de acto firme. Y dicho carácter firme de las liquidaciones excluye la posibilidad de aducir ahora, como cuestión nueva, la revisión de estas liquidaciones firmes como consecuencia de la STC 182/2021, dada la limitación de efectos que, precisamente para este caso, incorpora el pronunciamiento del TC. También la STS de 31 de enero de 2022 (RJ 2022/824) recuerda, con algún matiz, la jurisprudencia dictada por la propia Sala 3.^a repetidamente establecida en asuntos de semejante naturaleza. Y la STS 71/2022, afirma que la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 107.1 y 107.2.a) de la Ley de Haciendas Locales y del art. 110.4 del mismo texto legal no determina que las liquidaciones firmes del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Las SSTS 99/2022, de 31 de enero, y la de 23 de noviembre de 2022 (JUR 2022/372634), con cita de reiterada doctrina jurisprudencial, se pronuncian sobre la solicitud de revisión de actos firmes por causa de nulidad de pleno derecho, amparada en la declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017. La declaración de inconstitucionalidad de los arts. 107.1 y 107.2.a) TRLHL no determina que las liquidaciones firmes del impuesto giradas que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho del art. 217 LGT. Tales actos tributarios no lesionan derechos susceptibles de amparo constitucional; tampoco han prescindido completamente del procedimiento legalmente establecido; no han otorgado potestades al solicitante de las que carecía; ni, en fin, puede identificarse una ley que, específicamente, determine su nulidad como efecto de la declaración parcial de inconstitucionalidad de la ley que le sirve de fundamento. No hay infracción del principio de igualdad y no discriminación por el hecho del diferente régimen impugnatorio y plazos según se accione frente a liquidaciones municipales o autoliquidaciones del impuesto.

La STS de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2022/373582) reitera jurisprudencia anterior que no permite revisar en favor del contribuyente los actos de liquidación que han quedado firmes por haber sido consentidos, al no haber sido recurridos en tiempo y forma, en casos en los que las liquidaciones se dictaron de forma extemporánea, lo que no constituye una infracción de nulidad radical. El régimen de los actos afectados por la existencia de un plazo que se supera determina, en virtud de la naturaleza del plazo, bien la anulabilidad, bien la existencia de una mera irregularidad no invalidante (art. 48 LPAC), no así la nulidad de pleno derecho por vicio absoluto del procedimiento (art. 47 LPAC). También la STS de 5 de abril de 2022 (RJ 2022/131109).

Para la STS de 2 de noviembre de 2022 (JUR 2022/354635) resulta claro que, cuando el acto definitivo modifica un acto provisional, no hay revocación, sino la culminación de un único procedimiento administrativo. La declaración de voluntad de la Administración sólo se perfecciona con la actuación definitiva, por lo que la actua-

lización provisional no deja de ser un trámite o acto preparatorio, inevitablemente expuesto a posibles cambios. Como es bien sabido, incluso en aquellos ámbitos donde la aplicación retroactiva de las normas es constitucionalmente lícita, la retroactividad es la excepción, no la regla general. Tiene que estar prevista por la propia norma, sin que la autoridad llamada a aplicarla pueda acordar efectos retroactivos por su sola voluntad (arts. 9 CE y 2 CC). En esto radica la ilegalidad del acto recurrido: haber aplicado una norma reglamentaria a un procedimiento administrativo en curso, sin justificar que la nueva norma reglamentaria exigía tal eficacia retroactiva. Si a todo ello se añade que existe una importante línea de pensamiento según la cual el margen de posible irretroactividad del reglamento es más estrecho que el de la ley, sólo cabe concluir que las sentencias recurridas son ajustadas a Derecho y que el recurso de casación no puede prosperar.

Sobre la revocación de los actos administrativos, la STS de 15 de marzo de 2022 (RJ 2022/129774) conoce de la impugnación de una revocación de un nombramiento como funcionario interino.

Siguiendo con la jurisprudencia relativa a la revocación de los actos administrativos, conforme a la Ley 1/2014, de 17 de noviembre, de Transporte de Viajeros por Carretera, en cuyo art. 36, en relación con las licencias de autotaxi, delega en los entes locales la determinación del número de licencias es competencia del ayuntamiento. Conforme a este precepto un ayuntamiento revoca dos licencias de autotaxi, pero inmediatamente las adjudica a otras dos personas. Ante este supuesto la STSJ de Cantabria de 28 de junio de 2022 (JUR 2022/264471) afirma que «no puede hablarse de licencias de autotaxi vacantes». La consecuencia inmediata de la caracterización que precede es que, «revocada una licencia de autotaxi, la Administración no puede conceder la misma licencia a otra persona».

Sobre rectificación de errores materiales o de hecho, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de junio de 2022 (JUR 2022/244478) parte del hecho que un error de hecho puede cometerlo tanto el sujeto obligado a cotizar como la propia Administración.

En relación con la impugnación de la actuación administrativa, en concreto, sobre el agotamiento de la vía administrativa previa y el recurso de reposición preceptivo del art. 14.2 TRLHL, la STS de 23 de noviembre de 2022 (JUR 2022/372634) no se pronuncia sobre el ámbito objetivo de la exigencia del recurso de reposición preceptivo previsto en el art. 14.2 TRLHL, referido a que, en «los casos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho público de las entidades locales, sólo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula». La razón por la que no entra el Tribunal a resolver esta cuestión es porque se estima el recurso sobre el fondo. Evaluar previamente si se agotó o no la vía administrativa «sería tanto como sustituir lo más, esto es, una sentencia estimatoria de fondo, [...] por lo que otorga menos, es decir, una sentencia formalmente estimatoria con retroacción de actuaciones para que se agotase la vía previa, una vez comprobada su irrelevancia porque el proceso posterior

seguiría los mismos derroteros, lo que incluso podría causar una dilación indebida en sentido constitucional (art. 24 CE)» (FD 2.º, *in fine*). Además, el ayuntamiento no ofreció pie de recurso en la notificación del acto dictado, con la preceptiva indicación de los recursos legales perceptivos, con lo que no parece muy acorde con la buena fe que luego excepcione en el proceso la falta de agotamiento de la vía administrativa que él mismo ha provocado.

La STS de 22 de diciembre de 2022 (JUR 2022/25291) determina el cauce procesal a seguir en la impugnación de actos dictados en cumplimiento de una previa actuación administrativa confirmada por sentencia desestimatoria. Se plantean las siguientes opciones: i) a través del incidente de ejecución de sentencia, o ii) por el contrario, son susceptibles de impugnación autónoma, dependerá de si se plantean o no cuestiones jurídicas nuevas o inéditas. La determinación de si la ejecución del acto administrativo confirmado judicialmente se acomoda o no a los términos de la sentencia forma parte de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado y, por consiguiente, tales cuestiones habrán de ventilarse en el incidente de ejecución de sentencias sin necesidad de iniciar una nueva impugnación frente a dicha actuación administrativa de ejecución de la sentencia.

Aunque referida a la impugnación de la actuación administrativa ante la Jurisdicción contenciosa-administrativa, merece ser reseñada aquí la STS de 10 de mayo de 2022 (núm. 552/2022, rec. 1874/2021), que se pronuncia sobre el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo cuando el acto recurrido se notificó durante el mes de agosto. El Tribunal de instancia resuelve haciéndose eco de esa jurisprudencia consolidada al interpretar el art. 128.2 LJCA: «Cuando la notificación de la actuación administrativa se produce en agosto, el plazo bimensual para la interposición del recurso contencioso administrativo debe empezar a computarse el 1 de septiembre». Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia consideró extemporáneo el recurso interpuesto. Interpretó así que el último día del plazo era el 31 de octubre y que, como mucho, el recurso podía haberse interpuesto hasta las quince horas del 2 de noviembre. Al haberse presentado ese día, pero más tarde, confirma la inadmisión acordada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El TS, sin embargo, asume la tesis contraria. En primer lugar, invoca extensamente el principio *pro actione* y su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, que obliga a interpretar restrictivamente las causas de inadmisión del recurso. Seguidamente, retoma la jurisprudencia fijada en su Sentencia 910/2020, que establecía como primer día del plazo el 1 de septiembre. Y, dado que el plazo se computa de fecha a fecha, concluye que el último día debería ser el 1 de noviembre, que, al ser inhábil, prorroga el plazo hasta el 2 de noviembre (incluso hasta las quince horas del día 3, con el «plazo de gracia»). Rechaza por tanto la interpretación de la sentencia recurrida y confirma la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de la asociación. Ha publicado un comentario crítico a esta sentencia J. CASTILLO, «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el último día del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra actos notificados en agosto», *Blog IDL-UAM*, de 26 de octubre de 2022.

Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2022 (JUR 2022/133885) se plantea el alcance de la legitimación activa de los partidos políticos. Aunque se refiere a la impugnación de disposiciones administrativas, las conclusiones a las que llega son aplicables a la legitimación de toda la actuación administrativa y al acceso a los recursos administrativos. La sentencia se remite a jurisprudencia anterior del TS. Considera el TS que no puede sostenerse el reconocimiento general de la acción procesal a los partidos políticos, por muy relevante que sea su función constitucional pues, de hacerlo, estaríamos ante una legitimación universal para impugnar cualquier acto que tuviera naturaleza, incidencia o repercusión política. La conclusión que se alcanza, continúa el Tribunal, sobre la falta de legitimación del partido político recurrente no supone la creación de zonas de «impunidad». En este caso concreto, la falta de interés legítimo en el presente recurso se hace patente por el hecho de que se invoquen como motivos del recurso cuestiones que afectan a derechos fundamentales de las personas e intereses como la protección de la salud de la que sólo son titulares las personas físicas, siendo así que el partido político recurrente no tiene asignadas la defensa colectiva de este tipo de intereses superiores.

La STS de 19 de enero de 2022 (RJ 2022/713) fija, como doctrina legal, que en los supuestos del art. 201 LGT, para determinar la cuantía de las reclamaciones económico-administrativas a los efectos de interponer el recurso de alzada ordinario, debe estarse a los distintos periodos de liquidación del impuesto, respecto de los que se aprecia la conducta sancionada.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Procedimientos administrativos locales: doctrina y legislación

Durante 2022 continúa siendo muy numerosa la publicación de trabajos relativos a la simplificación administrativa y la implantación o extensión de la Administración electrónica y su impacto (más o menos directo) sobre el procedimiento administrativo, además de aprobarse normativa al respecto. Destacan las modificaciones introducidas en la LPAC por la nueva Ley General de Telecomunicaciones. En concreto, *vid.* «Identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo: tabla comparativa de modificaciones introducidas por la nueva Ley General de Telecomunicaciones», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2022. Igualmente, ante la escasez de datos de participación de las pymes en la contratación pública, la Ley 14/2022, de 8 de julio, modifica la Ley 9/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el objetivo de hacer pública esa información estadística referida a tales categorías de empresas. Sobre esta cuestión *vid.* *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2022.

Sobre buena administración y buen gobierno, se incluye una regulación al respecto en la Ley 4/2022, de 28 de junio, de Consejos Insulares de las Islas Baleares, en relación con el funcionamiento de los mismos. También se ha aprobado la Ley 3/2022, de 12 de mayo,

del Sector Público Vasco, una norma que establece las líneas generales de la organización, la estructura, el funcionamiento y el régimen jurídico del sector público, con el objetivo de afrontar los retos del nuevo modelo de gobernanza pública para organizar, racionalizar y modernizar todo el sector público y eliminar duplicidades. El texto recoge las fórmulas de atención a la ciudadanía y participación de la misma, pone el acento en los procesos de evaluación de la gestión, así como nuevas medidas en favor de la eficacia y la cercanía en servicio de la Administración a la ciudadanía. Sobre esto, *vid.* «El País Vasco refuerza su apuesta por la administración electrónica en su Ley del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2022. Extremadura aprueba la Ley 5/2022, de 25 de noviembre, de medidas de mejora de los procesos de respuesta administrativa a la ciudadanía y para la prestación útil de los servicios públicos. Sobre esto, *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2022.

Vinculado con los principios de buen gobierno, buena administración, transparencia y acceso a la información, se han publicado numerosos trabajos, entre los que podemos citar: R. JIMÉNEZ ASENSIO, «Sistema de integridad institucional y planes de medidas antifraude en los gobiernos locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. extra 1 (abril), 2022; en el mismo número de la revista, G. MANOTAS RUEDA, «Transparencia como eje de la rendición de cuentas»; E. GUICHOT REINA, «La supletoriedad de la normativa general sobre transparencia respecto a las regulaciones especiales de acceso a la información», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022; M. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, *El derecho de acceso a la información: un tortuoso camino. O, cómo convertir la carretera de la transparencia en una autopista*, Fragua, 2022; R. ANDREU LLOVET, *El acceso a la información pública en España: ¿truco o trato?*, Tirant lo Blanch, 2022; A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, «La aplicación de la Ley de transparencia a los sujetos puramente privados. El alcance del deber de suministrar información», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

Vinculado con lo anterior, también se aprueba la Resolución de 14 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el «Acuerdo Marco para una Administración del siglo XXI». Según se afirma en el Preámbulo de este Acuerdo, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante PRTR), aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, «incorpora una importante agenda de inversiones y reformas estructurales, que se interrelacionan y retroalimentan». Las Administraciones públicas y su modernización no han quedado al margen de este ambicioso programa de reformas y se incluye, en uno de los cuatro ejes que conforman el PRTR, la transformación digital. En este eje se incardina la política palanca «Una Administración para el siglo XXI», que tiene como objetivo «una modernización de la Administración para responder a las necesidades de la ciudadanía y la economía en todo el territorio. Se basa en la digitalización de los servicios y del funcionamiento de la Administración, y la transición energética de la infraestructura y parque público, por su efecto arrastre sobre el resto de la economía».

En 2022 también se ha aprobado normativa para la gestión de los *fondos Next Generation EU*, creados por la Unión Europea para la recuperación y la transformación económica tras la epidemia de covid-19, que requieren de una ingente actividad admi-

nistrativa de los Estados miembros. No sólo de la Administración estatal, sino también las Administraciones autonómicas y locales. Así, la Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; y la Orden del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana 354/2022, de 25 de abril, por la que se modifica la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto, por la que se aprueban las bases reguladoras para el Programa de ayudas a municipios para la implantación de zonas de bajas emisiones y la transformación digital y sostenible del transporte urbano, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba y publica la convocatoria correspondiente al ejercicio 2021. Correlativamente, se han publicado numerosas aportaciones doctrinales sobre este tema, entre las que se pueden citar: A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «La digitalización en los Gobiernos locales intermedios y la contribución al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2022; J. FONT, «El sistema de gestión y control del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, 2022; R. RIVERO ORTEGA, «¿Cumplen el Derecho Europeo y estatal las normas autonómicas sobre la gestión de los fondos de recuperación?», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 58, 2022.

El ámbito de aplicación de estas medidas es muy diverso: algunas se aplican a todas las Administraciones públicas; otras sólo a la Administración estatal. Se plantea a partir de aquí en qué medida las distintas normas del Real Decreto-ley 36/2020 son directa o supletoriamente aplicables a las entidades locales, cuando ejecuten proyectos financiados con los fondos *Next Generation EU*. Y, sobre esto, la doctrina se sigue pronunciado en numerosos estudios. Entre ellos: A. GALÁN GALÁN, «Los gobiernos locales ante el reto de los fondos europeos de recuperación», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 63; S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La transparencia de los fondos de apoyo temporal a empresas para afrontar la pandemia del covid-19», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2022.

La Unión Europea ha aprobado un Reglamento para proteger los derechos de los usuarios en el entorno digital: el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, de Servicios Digitales (*DOUEL* de 27 de octubre de 2022). Y, relacionado con esto, se han publicado diversos trabajos doctrinales. Así, A. CERRILLO I MARTÍNEZ y M. A. MORO CORDERO, «El Reglamento de Gobernanza de Datos y su impacto en las Administraciones públicas», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 8, 2022; N. CONFORTO ALBERTI y A. ORTIZ DE ZÁRATE, «Navegando hacia Data Ítica: fundamentos para la gobernanza de datos en ayuntamientos», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. extra 1, 2022; M. GARRIGA PORTOLA, «Apertura de datos en España: llegó la hora del pacto para el impacto», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2022.

Y, como buena práctica administrativa vinculada a las nuevas tecnologías, J. I. CUBERO MARCOS, «Neutralidad de la red. Interconexión y acceso a las redes a la luz del código europeo de comunicaciones electrónicas. Carencias y retos de futuro», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022; J. RODRÍGUEZ-ARANA y J. ÁLVAREZ

BARBEITO, «La interoperabilidad en la e-Administración», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2022; A. EXPÓSITO GÁZQUEZ, «El principio de interoperabilidad como base para las actuaciones y los servicios administrativos personalizados, proactivos y automatizados», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122, 2022; M. A. GARCÍA VALDERREY, «La creación de una sede electrónica asociada», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2022; M. ALGUACIL SANZ, «Gestión de la confianza en la web3 y posteriores, uno de los desafíos al alcance del sector público», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2, 2022; M. C. CAMPOS ACUÑA, «La digitalización de los procedimientos en los Gobiernos locales: una tarea pendiente», 2022; J. J. RASTROLLO SUÁREZ, «El Plan de recuperación, transformación y resiliencia como oportunidad para impulsar la administración digital, con especial atención a la administración local», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 248, 2022.

Sobre la utilización de nuevas herramientas y aplicaciones tecnológicas para articular la comunicación de la Administración, P. B. MARTÍN MOLINA, «WhatsApp para absolutamente todo, ¿también en el sector público?», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2022.

Han merecido una especial atención las cuestiones relativas a la inteligencia artificial, el metaverso y la ciberseguridad, vistos como amenazas, pero, también, como una oportunidad en el funcionamiento de las Administraciones públicas. Entre los abundantes trabajos publicados, baste aquí, para dar una muestra, los siguientes: M. FUERTES, *Metamorfosis del Estado: maremoto digital y ciberseguridad*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022; E. MONTALVÁ MEDINA, J. PLAZA GARCÍA, K. DÍAZ BIZKARGUENAGA y L. LÓPEZ, «Consideraciones para una propuesta de buenas prácticas para una IA inclusiva aplicada por la Administración pública. Especial atención a las mujeres con discapacidad», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2022; L. DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, «Que el metaverso nos pille confesados», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2022; S. HERNÁNDEZ IBABE y B. COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, «El metaverso como amenaza o como oportunidad para el sector público», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. extra 1, 2022; V. MORENO BONILLA, «La Ciberseguridad no lo es todo, es lo único... y empieza a ser sólo un deseo», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. extra 1, 2022; A. MORENO FONTARROSA, «Ciberseguridad en las Administraciones públicas: visión práctica», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2022; E. MOTA SÁNCHEZ, «Las nuevas tecnologías como herramientas y motor de innovación en la transformación digital de la Administración pública y de su control interno, inteligencia artificial y auditoría algorítmica», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 249, 2022; A. VILLANUEVA TURNES, «La inteligencia, artificial: regulación y límites en el sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022.

En general, sobre inicio y tramitación del procedimiento administrativo, M. RUIZ CENICEROS, «La cita previa y el derecho al plazo», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2022; E. V. PAVE, «El derecho de acceso al procedimiento administrativo en trámite: el dilema entre interesados y terceros», *Revista Vasca de Administración Pública*,

núm. 122, 2022; F. M. BASTARDO YUSTOS, «Aplicación del Real Decreto-ley 3/2022 a las comunidades autónomas y a las entidades locales», *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8, 2022; J. R. CHAVES GARCÍA, «La maravillosa retroacción administrativa», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4, 2022; A. BAÑÓ VALLALTA, «De la necesaria resolución de la petición de prórroga antes del vencimiento del plazo inicial y de la aplicación analógica de los arts. 23 y 24 LPAC», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2022; V. ÁLVAREZ GARCÍA y M. F. ARIAS APARICIO, «El procedimiento administrativo ante las situaciones excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022.

En relación con la terminación el procedimiento; M. A. GARCÍA VALDERREY, «Sobre el procedimiento para la declaración de la terminación del expediente por imposibilidad de continuar por desaparición del objeto del procedimiento», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, 2022; B. MORENO SERRANO, «A vueltas con el silencio administrativo», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7, 2022. Y, sobre caducidad del procedimiento administrativo urbanístico, H. M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «Caducidad de los procedimientos urbanísticos en los supuestos de notificación electrónica: intento y práctica», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2022.

Y, por último, sobre el silencio administrativo, J. R. CHAVES GARCÍA, «El silencio administrativo positivo: tocata legal y fuga jurisprudencial», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 10, 2022; E. LLOPIS REYNA, «El silencio administrativo no interrumpe la prescripción de las obligaciones de la hacienda pública», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 251, 2022; A. D. LEIVA LÓPEZ, «El régimen legal del silencio administrativo en las licencias urbanísticas. Especial referencia a los efectos del silencio positivo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

Sobre procedimientos administrativos concretos, se ha aprobado la Ley 12/2022, de 18 de octubre, de reforma de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, para la admisión extraordinaria de la participación y la votación telemáticas. En Navarra, se han aprobado varias leyes forales con impacto sobre determinados procedimientos administrativos: la Ley Foral 7/2022, de 22 de marzo, por la que se establece la distribución y reparto del fondo de participación de las entidades locales en los tributos de Navarra por transferencias corrientes; la Ley Foral 8/2022, de 22 de marzo, reguladora del Plan de Inversiones Locales; la Ley Foral 5/2022, de 22 de marzo, por la que se modifica la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, en relación con la venta de productos maderables y leñosos y la realización de obras públicas o privadas de reconocida urgencia y que afecten al interés público, así como en situaciones de reconocida urgencia declaradas como tales por el Gobierno de España o el Gobierno de Navarra; la Ley Foral 6/2022, de 22 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra; la Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética.

Sobre la potestad sancionadora y el procedimiento administrativo sancionador: F. J. GALICIA MANGAS, «La minoría de edad en derecho administrativo sanciona-

dor», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022; A. C. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Algunas consideraciones sobre la práctica de la notificación en el procedimiento administrativo sancionador», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2022; F. J. BAUZÁ MARTORELL, «Inmediación y contradicción en la práctica de prueba por videoconferencia. Un análisis desde el derecho administrativo sancionador», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022; A. I. MARTÍN VALERO, «El principio *non bis in idem* en el ámbito administrativo», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2022; J. M. BAÑO FOS, «La nulidad del procedimiento sancionador por inactividad tras las diligencias previas», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 248, 2022; C. A. AMOEDO-SOUTO, «El régimen sancionador en situaciones excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022; J. GARCÍA LUENGO, «La reducción de las sanciones administrativas por reconocimiento de la responsabilidad o pago voluntario», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022; A. PASCUAL MORCILLO, «Carácter no vinculante del acto administrativo firme que sirve de presupuesto para la imposición de una sanción», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 249, 2022; J. A. TARDÍO PATO, «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022.

3.2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo

A lo largo de 2022, en relación con los procedimientos administrativos, junto a los pronunciamientos jurisprudenciales específicos del ámbito local, también pueden reseñarse sentencias que se refieren a la interpretación y aplicación de preceptos que también han de ser aplicados a y por la Administración local y, por esta razón, son aquí enunciadas a continuación.

Sobre el inicio del procedimiento, en relación con la representación de las personas jurídicas ante la Administración, la STS de 28 de septiembre de 2021 (RJ 2021/4775) afirma que el administrador único de una sociedad anónima ostenta la representación externa de la misma, por lo que puede actuar como representante de dicha entidad ante la Administración pública sin necesidad de disponer de un poder específico para ello, dado que su representación la ostenta *ex lege* mientras esté vigente su nombramiento. Además, el administrador único que ha obtenido del organismo certificador competente un certificado de firma electrónica que le habilita para actuar telemáticamente en representación de una persona jurídica, no necesita aportar, mientras esté vigente dicho certificado, un poder de representación de la sociedad con motivo de cada actuación concreta ante la Administración. En el mismo sentido, la STS de 25 de octubre de 2021 (JUR 2021/337445). También la STS de 8 de marzo de 2022 (RJ 2022/151) se pronuncia acerca de la representación de las personas jurídicas y afirma que el administrador único de sociedad limitada ostenta el poder de representación de la sociedad sin necesidad de poder específico. Se puede acreditar dicha representación mediante certificado

de firma electrónica. Sobre la acreditación de la representación también la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 2022/1255).

Sobre los requisitos formales de las solicitudes presentadas ante la Administración, la STS de 10 de marzo de 2022 (RJ 2022/1320) afirma que a las solicitudes que han omitido la «firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio» les es aplicable la previsión de subsanación del art. 68 LPAC. Esto es, la Administración tiene el deber de dar un plazo de diez días para la subsanación. En este sentido, también, la STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022/980).

En lo que hace a la tramitación del procedimiento, sobre la omisión del trámite de audiencia, la STS de 15 de marzo de 2022 (RJ 2022/129774). No obstante, la Sala considera que habiendo interpuesto el demandante recurso de reposición y haber sido resuelto el mismo, si bien no puede confundirse con el trámite de audiencia, es lo cierto que una anulación y retroacción de las actuaciones administrativas ninguna utilidad va a reportar al demandante, pues es fácil que la solución a adoptar sea la misma.

La STS de 10 de marzo de 2022 (RJ 2022/1411) recoge la doctrina del Tribunal relativa a la prueba de convivencia a efectos del procedimiento de reconocimiento de pareja de hecho y afirma que, en el caso, la convivencia *more uxorio* ha quedado acreditada por las pruebas practicadas en el procedimiento y permite computar ese plazo para suplir la falta del tiempo que resta a los dos años de matrimonio: el requisito de la convivencia estable y notoria al menos en los cinco años previos al fallecimiento del causante, exigido por el art. 38.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado puede ser acreditado, además de mediante el certificado de empadronamiento, por cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que la demuestre de manera inequívoca.

La relevante STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022/2179) dirime en casación si la Administración puede ampliar el alcance de sus actuaciones de comprobación limitada comunicándolo únicamente con carácter «previo» a la apertura del plazo de alegaciones o, por el contrario, es asimismo pertinente y legalmente válido efectuar la ampliación del alcance comprobatorio de manera «coetánea» a la apertura del plazo de alegaciones. Esta última posibilidad fue admitida por la sentencia de instancia tras interpretar el art. 164.1 del Real Decreto 1065/2017, de 27 de julio, por el que se aprueba el reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. A tenor de dicho precepto «con carácter previo a la apertura del plazo de alegaciones, la Administración tributaria podrá acordar de forma motivada la ampliación o reducción del alcance de las actuaciones. Dicho acuerdo deberá notificarse al obligado tributario». Pues bien, la sentencia ahora recurrida en casación consideró que la expresión «con carácter previo», a la que alude dicho precepto, permite también que esa ampliación lo sea «con carácter simultáneo», entendiendo además que en el caso analizado no se produjo indefensión al comprobado por lo que, en su caso, la infracción existente sería considerada una irregularidad

no invalidante. Sin embargo, el TS rechaza tal interpretación y concluye así que, en garantía de los derechos del contribuyente reconocidos en los arts. 34.1.ª) y 137 LGT, la Administración tributaria sólo podría ampliar el alcance de sus actuaciones de comprobación limitada, con motivación singularizada en cada caso, cuando ello se comunique con carácter previo a la apertura del plazo para puesta de manifiesto y para efectuar alegaciones a la propuesta de liquidación. Por el contrario, cuando dicha comunicación se realice de forma simultánea o posterior a la apertura de dicho plazo, el acto que ponga fin al citado procedimiento de gestión será nulo.

La STS de 23 de diciembre de 2022 (JUR 2022/27030) recuerda que la valoración de la prueba, en el proceso, le corresponde al propio Tribunal judicial, que no tiene que quedar vinculado por las reglas que rigen en el procedimiento administrativo.

La STS de 21 de octubre de 2021 (RJ 2021/4745) establece la doctrina siguiente, que refuerza y complementa la establecida ya anteriormente: «1. En interpretación de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 135 LGT, el plazo para promover la tasación pericial contradictoria, cuando se haya reservado tal derecho al tiempo de presentar recurso administrativo contra una liquidación tributaria, se inicia en el momento de dictarse el acto administrativo (resolución en curso) que pone fin a la vía administrativa. En particular, ese plazo no se ve alterado por el hecho de la existencia de un remedio procedimental con una cierta naturaleza impugnatoria, el recurso de anulación, de suerte que el agotamiento de la vía administrativa no debe entenderse producida una vez finalice el plazo de quince días previstos en el art. 241 *bis* LGT, antes el art. 239.6 LGT, aplicable al caso, para interponer el expresado recurso de anulación, máxime cuando esa vía invalidatoria, meramente potestativa, no ha sido intentada por el interesado».

La STS de 20 de diciembre de 2021 (JUR 2022/4594) recuerda la jurisprudencia y la doctrina constitucional en las que se examina el valor de las actas de la inspección tributaria en relación con el procedimiento administrativo sancionador: en vía judicial no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas.

En lo que hace a la terminación del procedimiento, la STS de 6 de octubre de 2022 (JUR 2022/329618) se pronuncia en relación con el pago voluntario de la sanción propuesta con reducción de la multa y recuerda la necesidad de dictar resolución expresa, por tener trascendencia a los efectos de la caducidad. Precisamente a efectos de la caducidad, el cómputo se realiza desde la resolución que inicia el procedimiento hasta la notificación de la resolución sancionadora.

Sobre caducidad del procedimiento, la STS 14/2022, de 12 de enero, afirma que en un procedimiento sancionador o de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen, y habiendo transcurrido su plazo reglado de tramitación sin

haber resuelto de forma expresa el mismo, la resolución de la Administración en que se acuerde la caducidad tiene meros efectos declarativos, de constatación de la caducidad producida y conllevará, con carácter general, la finalización del procedimiento y el archivo de las actuaciones.

Contratación local

Fernando DE LA PEÑA PITA
Abogado del Estado
Abogacía General del Estado
ORCID ID: 0000-0001-5680-6618

Palabras clave: contratación pública; entidades locales.

Keywords: public procurement; local entities.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DISPOSICIONES GENERALES.—3. LAS PARTES: 3.1. Prohibiciones de contratar. 3.2. Capacidad y solvencia.—4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN: 4.1. Procedimiento en caso de advertir indicios fundados de posibles prácticas colusorias. 4.2. Procedimientos de adjudicación. 4.3. Las denominadas cláusulas sociales.—5. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN: 5.1. Novedades en materia de lucha contra la morosidad en la contratación pública. 5.2. Revisión de precios. 5.3. Otras cuestiones destacables.—6. MEDIDAS RESTRICTIVAS SOBRE RU-SIA.—7. PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

En 2022, la contratación pública ha estado marcada por el incremento de los precios de las materias primas, en parte provocado por la guerra de Ucrania, lo que ha generado notables dificultades para la ejecución de un número significativo de contratos públicos, especialmente en el caso de los de obras. Esto ha motivado la regulación de un régimen excepcional de revisión de precios en dichos contratos, a través del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

Por otro lado, la situación internacional ha provocado que el Consejo de la Unión Europea modificara en varias ocasiones el Reglamento (UE) 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación de Ucrania, lo que ha tenido su impacto también en el ámbito de la contratación pública.

Por su parte, la pandemia originada por la covid-19 ha mantenido su relevancia en el sector, dando lugar a cambios puntuales en las especialidades en materia de contratación contenidas en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR).

Asimismo, debe señalarse que tanto la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, como la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, han llevado a cabo reformas de diversos aspectos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Cabe destacar que la legislación sectorial también ha tenido su impacto en esta materia. En este sentido, mención especial merece la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, que ha modificado los arts. 216 y 217 LCSP para incrementar la tutela de los subcontratistas por parte de los órganos de contratación.

Además, tanto el TJUE como el TS han dictado importantes sentencias en relación con la lucha contra la morosidad en el ámbito de la contratación pública, así como sobre la legitimación para interponer recursos por parte del licitador excluido, y diversas cuestiones en relación la ejecución de los contratos.

Por último, en el ámbito consultivo que le es propio, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE, en adelante) ha emitido informes de vital importancia para el funcionamiento de las Corporaciones Locales, como los relativos a la composición y funcionamientos de sus mesas de contratación.

De todas estas cuestiones se da cuenta a continuación.

2. DISPOSICIONES GENERALES

Dentro de las disposiciones generales de la LCSP, se han producido reformas que han afectado a la redacción del art. 29, en relación con la duración de los contratos.

Así la DF 2.^a de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, ha introducido un nuevo párrafo en el apartado 7 del art. 29 LCSP para establecer que los contratos de servicios complementarios de un contrato menor de obras se puedan tramitar como contratos menores aunque su duración sea superior a un año, pero inferior a treinta meses, cuando esto venga justificado por la duración del periodo de garantía establecido en el contrato de obras principal y por los trabajos relacionados con la liquidación de este.

Por su parte, la DF 27 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha introducido un inciso final en el apartado 4 del art. 29 LCSP, aclaratorio sobre el modo en que ha de arbitrase la prórroga de un contrato cuando a su vencimiento no se hubiera formalizado el nuevo, cuando se trate de un contrato basado en un acuerdo marco o un contrato específico en el marco de un sistema dinámico de adquisición.

Por otro lado, destaca la STS 1359/2022, de 24 de octubre, que ha recordado que las normas de derecho transitorio establecidas en las sucesivas leyes dictadas en materia de contratación pública son normas de derecho necesario que no pueden quedar desplazadas por el contenido del pliegos ni tampoco por el principio de libertad de pactos.

En materia de invalidez, la STS 444/2022, de 8 de abril, ha declarado que el art. 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actual art. 42 LCSP), debe interpretarse en el sentido de que en los supuestos en que se declare la nulidad de un acto de adjudicación de un contrato administrativo, la obligación de indemnizar los perjuicios que haya sufrido el adjudicatario no comporta que se incluya el lucro cesante en el *quantum* indemnizatorio. Ha sido comentada en N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, «La compleja cuestión de los efectos de los contratos nulos parcialmente ejecutados: Comentario a la STS 444/2022, de 8 de abril», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2022.

En relación con los recursos en materia de contratación pública, no puede dejar de mencionarse la STJUE de 9 de febrero de 2023 (asunto C-53/22) que niega legitimación para impugnar la adjudicación y formalización de un contrato a una empresa a la que se impidió participar en una licitación por no cumplir los requisitos de capacidad y solvencia y cuyo recurso contra la inclusión de dichos requisitos en el anuncio de licitación por este motivo había sido desestimado por sentencia firme con fuerza de cosa juzgada. Recuerda la sentencia que lo que determina la legitimación de un licitador excluido para impugnar la adjudicación de un contrato es el carácter no definitivo de la decisión sobre su exclusión.

La figura del recurso especial en materia de contratación ha sido nuevamente objeto de atención por parte de la doctrina científica en F. TOSCANO GIL, «La naturaleza jurídica particular de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales ¿administrativa, judicial o cuasijurisdiccional?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022; M. VILALTA REIXACH, «Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 18, 2022, pp. 119-136; y, más centrada en su funcionamiento en un ámbito específico de competencia de las entidades locales, en L. BARTRA CELDRÁN, «Análisis de recursos especiales en la contratación de los servicios de recogida de residuos urbanos y limpieza viaria», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 178, 2022, pp. 17-28.

Y, en lo que atañe al ámbito de aplicación de la LCSP y a la calificación de los contratos, destacan, por su interés en el ámbito local, el Informe 29/2021 de la JCCPE, que resuelve una consulta sobre si la ocupación de bienes de dominio público con sillas y tribunas durante las fiestas locales debe hacerse a través de una concesión demanial o a través de un contrato de servicios; y el Informe 84/2021 de la JCCPE, en el que se anali-

za la naturaleza jurídica de los contratos de festejos taurinos, concluyendo que habrán de considerarse contratos privados de servicios si no implican la traslación del riesgo operacional de la actividad al contratista o como concesiones de servicios en caso contrario.

También es digno de mención el Informe 9/2022 de la JCCPE en la que se concluye que el art. 174.2.b) del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, veda la posibilidad de celebrar contratos de servicios con duración superior a un año si no se ha acreditado previamente que no pueden ser estipulados o resultan antieconómicos por un año. No obstante, el interés de este informe radica en que, al hilo de lo anterior, la entidad local consultante pregunta si, acreditado el carácter antieconómico de la tramitación de la contratación por el procedimiento ordinario, podía tramitar sucesivos contratos menores cada año. La JCCPE aclara que el adjetivo antieconómico, a los efectos del art. 174.2.b) TRLHL, ha de predicarse del contrato, no del procedimiento de licitación. En consecuencia, tratándose de una prestación reiterada en el tiempo que constituye el objeto de un contrato público de servicios, en el que existe unidad funcional y operativa, no procede su división a efectos de tramitar sucesivos contratos menores cada año sobre la base de que la tramitación por el procedimiento ordinario resulta antieconómica o que la tramitación de sucesivos contratos menores resulta más eficiente económicamente.

Por último, no puede dejar de mencionarse la relevante STJUE de 14 de julio de 2022 (asunto C-436/20), que ha enjuiciado la legislación autonómica valenciana que reservaba a entidades sin ánimo de lucro la prestación de servicios sociales, mediante concierto. El TJUE declara que los arts. 76 y 77 de la Directiva 2014/24, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, no se oponen a la normativa valenciana que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en el art. 77, siempre y cuando, por una parte el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, previsto en el art. 75 de la Directiva. Sin embargo, el TJUE considera disconforme con el Derecho de la Unión que se establezca un criterio de selección que obligue a los licitadores a estar implantados en la localidad donde vayan a prestarse los servicios sociales, desde el momento de la presentación de sus ofertas. Este criterio se juzga desproporcionado por el TJUE, toda vez que la finalidad pretendida (garantizar la proximidad y accesibilidad de los servicios sociales) puede alcanzarse por medios menos gravosos e igualmente eficaces como, por ejemplo, estableciendo la obligación de cumplir con este requisito de implantación únicamente en la fase de ejecución del contrato.

La doctrina ha prestado atención también a cuestiones transversales relativas a la contratación del sector público, pudiendo mencionarse a M. M. RAZQUIN LIZARRAGA,

«La motivación en la contratación pública: Análisis de la reciente jurisprudencia europea y española», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122, 2022, pp. 185-227; J. M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022; D. GORDO CANO, «La regulación y aplicación práctica de la compra pública precomercial en España», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, pp. 321-350; S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M. PÉREZ MONGUIÓ, «Los encargos a medios propios ¿recurso ordinario o excepcional?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022; L. ABAD ALCALÁ e I. SERRANO MAILLO (dirs.) y A. GONZÁLEZ MORO (coord.), *La integridad en la Administración: contratación y lucha contra la corrupción*, Aranzadi, 2022; A. CANALES GIL, J. A. HUERTA BARAJAS, P. CANALES MENÉS y C. HUERTA MÉRIDA, *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público: Enfoque científico-práctico*, Boletín Oficial del Estado, 2022; J. PINTOS SANTIAGO (dir.), *Cinco años de la Ley de Contratos del sector público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Aranzadi, 2022.

3. LAS PARTES

Las modificaciones normativas más importantes en lo que se refiere a la regulación de las partes en los contratos públicos han afectado a la regulación de las prohibiciones de contratar y la clasificación de empresas.

3.1. Prohibiciones de contratar

En cuanto a las prohibiciones de contratar, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha reformado el art. 71.1.*d*) LCSP, de manera que no cumplir con la obligación contar con un plan de igualdad constituye prohibición de contratar para las empresas que tengan 50 o más trabajadores, frente a los 250 establecidos con anterioridad. Esto se debe a que ya ha transcurrido el periodo transitorio fijado en la DT 12 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en relación con la redacción dada por este al art. 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

Asimismo, la DF 6.^a de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, ha dado nueva redacción al art. 71.1.*b*) LCSP, para determinar que incurran en prohibición de contratar las personas que hubieran sido sancionadas por las infracciones muy graves previstas en dicho texto legal. Sin embargo, esta redacción fue derogada tácitamente, antes de llegar a entrar en vigor, por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuya DF 17 dio nueva redacción al art. 71.1.*b*) LCSP para incluir como prohibición de contratar el hecho de haber sido sancionado por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por

razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, obviando la modificación introducida por la Ley 2/2023 apenas una semana antes. Este error u olvido del legislador ha sido finalmente corregido por la DF 7 de la Ley 11/2023, de 18 de mayo.

A nivel doctrinal, resulta de interés el trabajo de N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, «El inicio de la ejecutividad de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia conforme a la doctrina de la STS de 14 de septiembre de 2021», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2022.

3.2. Capacidad y solvencia

En materia de clasificación de empresas, debe recordarse que la STC 68/2021, de 18 de marzo, declaró inconstitucional el inciso «que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la comunidad autónoma que las haya adoptado, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras» del art. 80.2 de la redacción original de la LCSP. Esta declaración de inconstitucionalidad se fundó en motivos competenciales, al entender el TC que, existiendo una legislación estatal común, no quedaba justificada la exclusión del reconocimiento de las decisiones de clasificación autonómicas fuera del ámbito de la Administración autonómica que las hubiera adoptado o de las entidades locales incluidas en su ámbito de aplicación. De este modo, el TC obligaba a interpretar el art. 80.2 LCSP en el sentido de que la decisión de clasificación de una comunidad autónoma puede hacerse valer en los procedimientos de contratación de cualesquiera Administraciones públicas.

En este contexto, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha operado una reforma completa del art. 80 LCSP para adaptarlo a dichas exigencias constitucionales. De este modo, los acuerdos sobre clasificación de empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por las Comisiones Clasificadoras de la JCCPE y los órganos equivalentes de las comunidades autónomas. Además, se establecen varias reglas para evitar los problemas que pudieran derivarse de que una empresa contara simultáneamente con clasificación otorgada por diversas autoridades. En este sentido, se fija como cláusula de cierre del nuevo sistema que, cuando por cualquier circunstancia una empresa ostentase simultáneamente clasificación como contratista de obras o como contratista de servicios otorgada por las Comisiones Clasificadoras de la JCCPE y por una o más comunidades autónomas, o por dos o más comunidades autónomas, prevalecerá la otorgada en fecha más reciente, careciendo las demás de valor y efectos. Téngase en cuenta que, sobre este punto, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha introducido también una nueva DT 6.^a LCSP.

En relación con la acreditación de la solvencia técnica, resulta de interés la STS 376/2022, de 25 de marzo. Esta sentencia declara, como cuestión de interés casacional, que tanto los certificados de garantía de origen fijados en la Orden ITC/1522/2017, de 24 de mayo, por la que se establece la regulación de la garantía de origen de la elec-

tricidad procedente de fuentes de energía renovables y cogeneración de alta eficiencia, como el sistema de etiquetado de la electricidad contemplado en la Circular 1/2008, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de Energía (actual CNMC), de información al consumidor sobre el origen de la electricidad consumida y su impacto sobre el medio ambiente, son medios adecuados para acreditar la solvencia técnica a los efectos del art. 89.1.a) LCSP. Sin embargo, esta sentencia anula el requisito de solvencia técnica consistente en que la electricidad suministrada el año anterior por el licitador fuera de origen 100 por 100 renovable, por considerar que no resulta proporcionado en relación con el objeto del contrato de suministro de energía eléctrica (art. 74.2 LCSP), en la medida en que excluye de forma injustificada y desproporcionada a empresas que, teniendo capacidad para suministrar a la Administración contratante energía de origen 100 por 100 renovable, hubieran comercializado el año anterior también energía de fuentes no renovables. Este requisito —señala la sentencia— tampoco funciona como incentivo para la comercialización de energía de origen 100 por 100 renovable, porque no asegura que la empresa que haya comercializado el año anterior a la licitación toda la electricidad de fuentes renovables lo vaya a hacer el año siguiente.

En cuanto a la acreditación de la capacidad y la solvencia de los operadores, la STJUE de 10 de noviembre de 2022 (asunto C-631/21) ha venido a aclarar la exigencia del documento europeo único de contratación (DEUC), en los casos en los que, para ejecutar un contrato, una empresa pretenda recurrir, además de a sus propios medios personales y materiales, a los medios propios de algunos de sus socios.

Finalmente, cabe llamar la atención sobre el art. 14 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas que, bajo la rúbrica de «Fomento de la compra pública innovadora para empresas emergentes», contiene un mandato a las Administraciones públicas para que tengan en cuenta las características de las empresas emergentes a la hora de precisar los requisitos de capacidad y solvencia en los procedimientos de contratación, para no crear obstáculos a su participación en la licitación y, en particular, las conmina a incluir requisitos de capacidad y solvencia y criterios de adjudicación que faciliten el acceso en condiciones de igualdad a las empresas emergentes ubicadas en zonas escasamente pobladas. Igualmente se indica que se promoverá la utilización de productos locales, ecológicos y las energías renovables. Si bien, como en otras normas que contienen declaraciones de intenciones semejantes, habría sido deseable que el legislador hubiera facilitado la labor de los operadores jurídicos, pues no es sencillo cohonestar estos mandatos legales con la exigencia, también legal, de que se respeten los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación que han de regir en la contratación pública.

La doctrina ha estudiado también la figura de la compra pública de innovación en M. P. BATET JIMÉNEZ, «La compra pública de innovación», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 177, pp. 7-29.

Sobre la importancia de definir correctamente los criterios de solvencia, cabe destacar el artículo de F. J. VÁZQUEZ MATILLA, «Pautas prácticas para evitar la ineficiencia y falta

de concurrencia por la inadecuación de la solvencia», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 177, pp. 92-109.

4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

4.1. Procedimiento en caso de advertir indicios fundados de posibles prácticas colusorias

En relación con los procedimientos de adjudicación de contratos, debe llamarse la atención sobre la reforma operada en el art. 150.1 LCSP por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre. Una de las novedades que introdujo la LCSP de 2017 fue la posibilidad de que la mesa de contratación o el órgano de contratación suspendieran el procedimiento en caso de advertir indicios de conductas colusorias, para dar cuenta de tales indicios a la CNMC o a la autoridad de competencia autonómica. Estableció el legislador entonces que reglamentariamente se regularía este procedimiento sumárisimo y, en virtud de la DF 16 LCSP, esta previsión del tercer párrafo del art. 150.1 LCSP no entraría en vigor hasta la aprobación de dicho desarrollo reglamentario.

La falta de desarrollo reglamentario ha sido solventada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, que ha dado una nueva redacción al art. 150.1 LCSP, incorporando directamente en el texto legal dicho procedimiento. Así las cosas, cuando durante la tramitación del procedimiento de contratación de un contrato sujeto a regulación armonizada se apreciaren indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará a la CNMC o a la autoridad autonómica de competencia, con suspensión de la licitación, con el fin de que en el plazo de veinte días hábiles emitan informe sobre el carácter fundado de los indicios.

Resulta importante destacar que el órgano de contratación debe mantener en todo momento la confidencialidad de estas actuaciones. Si el informe emitido concluye que no existen indicios fundados de conductas colusorias, se alzarán la suspensión y se continuará el procedimiento de contratación, lo que no será objeto de notificación ni publicación.

En caso de que el informe apreciase indicios fundados, entonces el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en el plazo de diez días hábiles efectúen las alegaciones que tengan por convenientes en defensa de sus derechos. Tras ello, el órgano de contratación puede recabar nuevamente informe de la CNMC o de la autoridad autonómica de competencia, que deben emitirlo en el plazo improrrogable de tres días hábiles. A la vista de estos informes el órgano de contratación resolverá: si aprecia que existen indicios fundados de conductas colusorias, excluirá del procedimiento a los licitadores afectados, continuando el procedimiento con los restantes; y, en otro caso, continuará el procedimiento de adjudicación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

4.2. Procedimientos de adjudicación

Dentro de las novedades normativas en materia de procedimientos de adjudicación, debe destacarse la nueva redacción dada al art. 159.4 LCSP, sobre el procedimiento abierto simplificado, por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre.

Como es sabido, la redacción original del art. 159.4.a) LCSP exigía que, en el procedimiento abierto simplificado, todos los licitadores estuvieran inscritos en el ROLECE. Dado el retraso en la tramitación de las solicitudes de inscripción en el ROLECE, la JCCPE emitió la famosa Recomendación de 24 de septiembre de 2018 en la que, por razón de dicha situación coyuntural y para no limitar la concurrencia, señalaba que no debía entenderse que dicho requisito fuera exigible, hasta que se resolviera la coyuntura.

Esta recomendación, que iba a ser estrictamente temporal, hubo de extenderse más de lo inicialmente previsto, hasta que finalmente el legislador ha optado añadir un nuevo inciso final al art. 159.4.a) LCSP de manera que la exigencia de inscripción en el ROLECE se entiende también cumplida mediante la acreditación por parte del licitador de haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas.

Esta reforma ha dejado obsoleta la Recomendación de 24 de septiembre de 2018 de la JCCPE, lo cual ha motivado que dicho órgano consultivo emita una Nota Informativa dejándola sin efecto, con fecha de 5 de abril de 2022.

Por su parte, la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, ha efectuado una modificación de detalle en el art. 168.2.a) LCSP, permitiendo que se acuda al procedimiento negociado sin publicado cuando las obras, los suministros o los servicios sólo puedan ser encomendados a un empresario determinado cuando el contrato tenga por objeto una «actuación artística única».

Asimismo, puede mencionarse que los arts. 183 y 187 LCSP, relativos a los concursos de proyectos, han sido modificados parcialmente por la Ley 9/2022, de 14 de junio, para indicar algunos aspectos que se pueden tomar en consideración para considerar que un proyecto reviste especial complejidad.

Por otro lado, en este punto, resulta de interés el Informe 1/2022 de la JCCPE que, analizando las particularidades de los procedimientos restringido y de licitación con negociación, concluye que cuando en los mismos se limite el número de candidatos invitados a presentar una oferta, resulta procedente que los órganos de contratación exijan a los licitadores, además del DEUC, la presentación la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares para acceder a la fase de presentación de las proposiciones. Esto ha de ser así —explica el informe— porque, tratándose de procedimientos caracterizados por una primera fase dirigida a cribar a aquellos licitadores que cumplan una serie de condiciones predefinidas, no tendría sentido y resultaría contrario al principio

de seguridad jurídica que dicha criba se hiciese sobre la base de una mera declaración responsable.

De especial interés para las entidades locales resulta el Informe 88/2021 de la JCCPE que aclara las dudas interpretativas que podrían haber surgido para aquellas a raíz del Informe 31/2021 sobre la presidencia de las mesas de contratación, en el que se concluyó que el titular del órgano de contratación no podía formar parte de la mesa de contratación. Pues bien, la traslación de este criterio al ámbito local se concreta en las siguientes pautas fijadas por la JCCPE: 1) en aquellos supuestos en que el alcalde asuma la condición de órgano de contratación, no deberá formar parte de la mesa de contratación; 2) en el supuesto de que la condición de órgano de contratación corresponda al Pleno de la Corporación, el alcalde podrá formar parte de la mesa de contratación; 3) en los supuestos en que el alcalde haya delegado su competencia como órgano de contratación en otro órgano (Junta de Gobierno Local), no podrá formar parte de la mesa de contratación, y 4) en los casos en que la Junta de Gobierno Local asuma las competencias del órgano de contratación por atribución legal, el alcalde podrá formar parte de la mesa de contratación.

También, es relevante el Informe 86/2021 de la JCCPE que concluye que la constitución de la mesa de contratación resulta preceptiva en las Corporaciones locales en los mismos supuestos que para el resto de Administraciones públicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 326.1 LCSP.

Y también relacionado con los anteriores, debe mencionarse el Informe 42/2022 de la JCCPE que analiza la composición de las mesas de contratación de las entidades locales, concluyendo que deberán tener un secretario que habrá de ser funcionario de la Corporación o, en su defecto, personal laboral, pero en ningún caso podrá estar la mesa integrada por personal eventual.

Los criterios del órgano consultivo sobre esta cuestión han sido objeto de crítica en P. MOYA ÁZNAREZ, «Una reflexión sobre la mesa de contratación y la doctrina reciente de la Junta Consultiva de Contratación del Estado», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 179, 2022.

En 2022, la jurisprudencia ha tenido la ocasión de resolver algunas cuestiones problemáticas en relación con la fase de preparación y adjudicación de los contratos. Destaca, en primer lugar, la STJUE de 15 de septiembre de 2022 (asunto C-669/20) ha declarado que, en caso de sospecha de que una oferta presenta un carácter anormalmente bajo, los poderes adjudicadores están obligados a verificar si es así teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes de la licitación y del pliego de condiciones. Esta obligación sólo nace cuando la fiabilidad de una oferta resulte dudosa *a priori*, esto es, cuando el órgano de contratación albergue sospechas de que una oferta es anormalmente baja. Sólo en este caso, pedidas las aclaraciones oportunas, debe el poder adjudicador adoptar una decisión motivada para admitir o rechazar una oferta por esta razón. Por ello, dice el TJUE que el hecho de que una oferta no sea considerada anormalmente baja sin proporcionar una motivación específica no puede dar lugar, por esta razón, a la anulación del procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que los licitadores que se consideren

perjudicados puedan interponer un recurso contra la decisión de adjudicación fundado en el carácter anormalmente bajo de una oferta.

En este sentido, y ligado en parte a la problemática de las ofertas anormalmente bajas, pueden traerse la colación los trabajos de J. M. GIMENO FELIÚ, «A propósito de la (in)adecuación a los principios de la contratación pública de las ofertas a pérdidas en la contratación pública y en los negocios concesionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2022; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Ofertas agresivas a precio cero o precio simbólico en los contratos públicos, ¿son admisibles?», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, pp. 91-134.

También resulta de interés la STS 523/2022, de 4 de mayo, que resuelve la cuestión de cómo ha de procederse ante la infracción por parte de un licitador del deber de secreto de las proposiciones en el caso de que el contenido de uno de los sobres anticipe o permita anticipar el contenido del sobre relativo a la oferta económica. En concreto, se analiza si la infracción debe dar lugar a la exclusión automática de la empresa licitadora o si, por el contrario, en virtud del principio de proporcionalidad, debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación, mostrándose el Alto Tribunal partidario de esta segunda tesis. Por ello, casa y anula la sentencia recurrida considerando que, en el caso examinado, la exclusión del contratista había sido desproporcionada respecto a la trascendencia de la supuesta vulneración de la confidencialidad que se le imputaba.

Por otro lado, la STS 714/2022, de 9 de junio, fija como doctrina casacional que la renuncia a la celebración del contrato acordada por el órgano de contratación, con anterioridad a la adjudicación del contrato, debe ampararse en razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, sin que deba concurrir inexorablemente el presupuesto de que las razones invocadas deban tener un carácter sobrevenido o exógeno al propio procedimiento de licitación, en la medida en que lo que resulta determinante es que dichas razones de interés público persistan antes de la culminación del procedimiento de adjudicación del contrato. Esta doctrina jurisprudencial se elabora en interpretación del art. 155.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRL CSP), cuyo contenido se corresponde con el actual art. 152.3 LCSP.

Por último, el Informe 56/2022 de la JCCPE recuerda que no es posible acudir a la modificación del contrato antes de su adjudicación y formalización y que, si se ha determinado incorrectamente el presupuesto base de licitación, lo procedente será decidir no adjudicar el contrato o desistir del procedimiento de contratación, conforme a lo previsto en el art. 152 LCSP.

4.3. Las denominadas cláusulas sociales

Desde la entrada en vigor de la LCSP, una de las cuestiones más problemáticas en su aplicación ha sido la de definir criterios de adjudicación y condiciones especiales de

ejecución de carácter social o medioambiental que cumplan con los requisitos de vinculación al objeto del contrato y con los principios de igualdad y no discriminación.

En este sentido, como novedad en el plano normativo, cabe destacar el art. 37.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que faculta a las Administraciones públicas para que puedan establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad de trato y no discriminación y para que fomenten la inclusión de criterios cualitativos en la contratación pública que faciliten la participación de miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas para la ejecución del contrato. Se aclara que ello ha de hacerse «de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público», lo que de nuevo plantea la necesidad de coherencia este mandato con la necesidad de que tales criterios y condiciones guarden vinculación con el objeto del contrato y no resulten discriminatorias.

En esta misma línea, la Ley 4/2023 introduce un nuevo apartado 3 *bis* en el art. 122 LCSP, en cuya virtud las Administraciones públicas incorporarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, insistiendo una vez más en que ello se hará «siempre que exista vinculación con el objeto del contrato».

Sobre esta problemática, puede destacarse el Informe 38/2022 de la JCCPE que examina la validez como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución de una cláusula por cuya virtud se fijaría una jornada laboral de treinta y cinco horas semanales, frente a la jornada laboral de treinta y nueve horas semanales recogida en el convenio colectivo de aplicación. La JCCPE niega que esta cláusula en cuestión cumpla con los requisitos antedichos. Recuerda que la vinculación con el objeto del contrato de este tipo de cláusulas sociales sólo concurre cuando contribuyen a la mejora de la prestación del contrato, concluyendo que el hecho de que determinados trabajadores realicen una jornada inferior a la prevista en el convenio colectivo aplicable no implica una mejora automática de la prestación. Además, entiende la JCCPE que una cláusula como la examinada sería discriminatoria al impedir acceder a la licitación a empresas que cumplieran escrupulosamente la normativa aplicable en materia de jornada laboral. Por último, vuelve a recordar este informe que los contratos públicos no pueden convertirse, mediante la introducción de este tipo de cláusulas, en instrumentos para realizar una regulación de las condiciones laborales de los trabajadores.

La doctrina también ha seguido prestando atención a esta problemática. Destacan los trabajos de M. ALMODOVAR INESTA, «Los criterios sociales de adjudicación: especial referencia a la doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2022; S. MARTÍNEZ, «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 45, 2022, pp. 183-201; J. A. MORENO MOLINA, *Compra pública socialmente responsable: inclusión de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2022.

5. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

5.1. Novedades en materia de lucha contra la morosidad en la contratación pública

En el campo de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos del sector público, destaca en el plano normativo la reforma de los arts. 216 y 217 LCSP llevada a cabo por el art. 4 de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de las empresas, con el fin de aumentar la protección de los subcontratistas frente a la morosidad. La reforma permite que, en caso de que el subcontratista o suministrador haya ejercitado contra el contratista acciones dirigidas al abono de las facturas pendientes, el órgano de contratación proceda a la retención provisional de la garantía definitiva. Igualmente el impago a los subcontratistas o suministradores podrá dar lugar a la imposición de penalidades.

A nivel jurisprudencial, resulta imprescindible la cita de la STJUE de 20 de octubre de 2022 (asunto C-585/2020), relativa a la aplicación de la normativa en materia de lucha contra la morosidad en el ámbito de la contratación pública. Esta sentencia declara que la cantidad mínima de 40 euros, en concepto de compensación por costes de cobro, debe abonarse por cada operación comercial no pagada a su vencimiento, acreditada por medio de factura, incluso en el caso de que la factura se reclame conjuntamente con otras facturas en vía administrativa o judicial.

Además, ha señalado que no es conforme al Derecho de la Unión Europea una normativa nacional que establece con carácter general un plazo de pago de una duración máxima de sesenta días naturales, incluso cuando este plazo esté compuesto por un periodo inicial de treinta días para el procedimiento de aceptación o comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un periodo adicional de treinta días para el pago. Señala el TJUE que la posibilidad de extender el plazo de pago al máximo de sesenta días, contemplado en el art. 4 de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, es excepcional y debe limitarse a supuestos bien definidos, lo cual pugna con la redacción vigente del art. 198.4 LCSP.

Y el otro aspecto relevante de la STJUE de 20 de octubre de 2022 es que declara que el concepto de cantidad adeudada incluye el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que figure en la factura con independencia de si, a la fecha en que se produce la demora en el pago, el sujeto pasivo ya ha abonado dicha cantidad a la Hacienda Pública o no. Este pronunciamiento del TJUE ha provocado un cambio de criterio en la jurisprudencia del TS que venía exigiendo la acreditación del pago del IVA hasta la STS 1614/2022, de 5 de diciembre, que ha sido seguida ya por otras posteriores dictadas en el primer trimestre de 2023.

La doctrina también ha estudiado el problema de la demora en el pago de los contratos públicos. Entre otros cabe citar a J. MARTÍNEZ HELLÍN, «Pago del precio y demora en la contratación pública: una aproximación desde la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 177, 2022, pp. 31-47; M. A. ANDRÉS LLAMAS, «La morosidad de la Administración en la contratación pública: mecanismos de control y tendencias jurisprudenciales», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 180, 2022, pp. 7-22.

5.2. Revisión de precios

Como se advertía al inicio de esta crónica, en el plano legislativo, la novedad más importante ha sido la regulación del mecanismo de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras, aprobado por el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 marzo, que ha sido objeto de dos reformas posteriores, operadas por los Reales Decretos-leyes 6/2022, de 29 de marzo, y 14/2022, de 1 de agosto.

Esta medida excepcional y temporal se justifica por el alza extraordinaria e inesperada del coste de determinadas materias primas que ha dificultado notablemente la ejecución de los contratos de obra pública. Se regula en los arts. 6 a 9 del Real Decreto-ley 3/2022.

Esta revisión excepcional de precios solamente puede aplicarse a los contratos públicos de obras, tanto administrativos como privados, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2022 o cuyo anuncio de licitación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de dicho real decreto-ley. También comprende los contratos públicos de obras que se someten al régimen del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero (los denominados sectores excluidos). Sobre cómo debe interpretarse este ámbito de aplicación, se pronuncian los Informes 14/2022 y 40/2022 de la JCCPE.

Para que pueda reconocerse la procedencia de la revisión excepcional de precios, debe acreditarse que el incremento del coste de los materiales empleados ha tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización. Si bien el art. 7 del Real Decreto-ley 3/2022 únicamente hace mención a los materiales siderúrgicos, los materiales bituminosos, el aluminio y el cobre, debe tenerse en cuenta la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, que permite también tener en cuenta el incremento del coste del cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio. En todo caso la revisión no puede ser superior al 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato. En cuanto al modo de efectuar los cálculos para determinar el importe de la revisión de precios, resulta de interés el Informe 13/2022 de la JCCPE. El art. 7 del Real Decreto-ley 3/2022 es también objeto de exégesis en los Informes 31/2022 y 32/2022 de la JCCPE.

Se establece un procedimiento ágil para el reconocimiento de la revisión excepcional de precios y, una vez reconocido, es importante destacar que el contratista queda obligado a repercutir en los subcontratistas la parte proporcional de la cuantía de la revisión de precios que corresponda a la porción de obra subcontratada, así como a ajustarse a un nuevo programa de trabajo. También resulta destacable que, en caso de que el contratista hubiera interpuesto reclamaciones o recursos por razón del incremento del coste de los materiales, el pago de la cuantía resultante de la revisión de precios quedará condicionado a que acredite fehacientemente que ha desistido de ellos, lo que evoca en cierto modo los problemas que planteó en su día la renuncia al pago de los intereses que exigía el mecanismo de pago a proveedores regulado por el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, sobre el que se ha pronunciado de nuevo la STS 1644/2022, de 13 de diciembre.

Quizá la cuestión más controvertida del mecanismo excepcional de revisión de precios se encuentra en el art. 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022 que establece que el mismo será aplicable en el ámbito de las comunidades autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden. Los problemas interpretativos que plantea este apartado es que a pesar de tratarse de normativa básica, conforme indica la DF 1.^a del Real Decreto-ley 3/2022, no es de obligado cumplimiento para las comunidades autónomas, sino que estas pueden decidir libremente si aplican o no este sistema de revisión excepcional de precios. Atribuir carácter dispositivo a la legislación básica, dejando a las comunidades autónomas la decisión sobre si la aplican o no, es algo poco habitual y que ha sido objeto de debate. Por otro lado, surgieron dudas acerca de la aplicación de este sistema por las Corporaciones Locales, debiendo señalarse que estas quedan, a estos efectos, vinculadas por la decisión que sobre este punto adopte su comunidad autónoma. Se examina detenidamente esta cuestión en el Informe 27/2022 de la JCCPE.

También examinan esta regulación los Informes 35/2022, 36/2022 y 45/2022 de la JCCPE.

Este sistema excepcional de revisión de precios ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, siendo posible mencionar los trabajos de M. PÉREZ DELGADO y R. P. RODRÍGUEZ PÉREZ, «Carácter básico de la disposición contenida en el artículo 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 181, 2022, pp. 97-98; C. LÓPEZ IBARRA, «Contratos públicos de obra: revisión excepcional de precios y afecciones en su ejecución», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2022; *id.*, «Límites de la modificación de los contratos administrativos por causas sobrevenidas e imprevisibles como alternativa a la revisión extraordinaria de precios», *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2022; F. M. BASTARDO YUSTOS, «Aplicación del Real Decreto-ley 3/2022 a las comunidades autónomas y a las entidades locales», *Actualidad Administrativa*, núms. 7-8, 2022.

Por último, cabría mencionar que la Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, regula en su DA 2.^a

un sistema de revisión excepcional de precios en los contratos de suministro de material ferroviario rodante y componentes necesarios para su fabricación y funcionamiento.

En el ámbito autonómico, ha de hacerse mención al Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón, que extendió en su ámbito territorial la revisión excepcional de precios algo más allá de los términos fijados en la normativa básica establecida en el Título II del Real Decreto-ley 3/2022. Por esta razón, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad núm. 26-2023, promovido por el presidente del Gobierno, contra los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del referido Decreto-ley aragonés. Dichos preceptos fueron inicialmente suspendidos al haberse hecho uso de la facultad prevista en el art. 161.2 CE (*BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 2023). Mediante ATC de 23 de mayo de 2023 se ha acordado alzar la suspensión, salvo la del art. 5 que se mantiene.

Y también podemos mencionar el Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania, que dedica el Capítulo V a regular medidas para asegurar el equilibrio económico de los contratos, con expresa advertencia, recogida en el art. 15.4, de que las mismas resultan incompatibles con la revisión excepcional de precios regulada en el Real Decreto-ley 3/2022.

5.3. Otras cuestiones destacables

También resulta de interés la reforma operada en el art. 229 LCSP por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, en relación con la posibilidad de las entidades del sector público de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada.

Además, la Ley 31/2022 también ha dado una nueva redacción a la DA 3.^a LCSP en relación con el modo de llevar a comprobación material de la inversión en los contratos de las entidades locales. Además, en relación con quienes pueden actuar como representantes de la Administración en la recepción de una obra pública se pronuncia el Informe 77/2021 de la JCCPE, haciendo un especial hincapié en las particularidades de las entidades locales.

Por otro lado, debe también destacarse la STS 1693/2022, de 19 de diciembre, que interpreta el art. 200 LCSP y concluye que en la contratación pública no cabe la cesión de créditos futuros, sino que únicamente tienen efectos traslativos frente a la Administración los acuerdos de cesión de derechos de cobro, esto es, una vez que el derecho de crédito ya se ha consolidado mediante la emisión de la certificación de obra o la acreditación documental de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o los servicios prestados.

En otro orden de cosas, sobre el principio de riesgo y ventura, ha tenido ocasión de pronunciarse la STS 1423/2022, de 2 de noviembre, declarando que las causas de incre-

mento del plazo de ejecución de la obra no imputables al contratista sino a una Administración pública que debe intervenir en la ejecución de la obra, no quedan, en principio, comprendidas en el riesgo y ventura del contrato. También declara esta sentencia que es admisible para determinar los costes indirectos aplicar un porcentaje estimativo sobre los gastos generales, siempre que dicho porcentaje esté justificado de forma suficiente y razonable.

Sobre el cómputo del plazo de prescripción en la reclamación del importe de las obras realizadas, cabe citar las SSTs 451/2022, de 19 de abril, y 675/2022, de 6 de junio, que señalan que el *dies a quo* comienza con la conclusión o la extinción de la relación contractual.

En cuanto a la resolución de los contratos, interesa destacar la STS 417/2022, de 4 de abril, que concluye que, conforme al art. 71.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el procedimiento de resolución de contratos, debe considerarse formalizada oposición por el contratista (lo que determina la necesidad de recabar con carácter preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente), aunque la oposición se formule fuera del plazo concedido al efecto, siempre que lo haga antes de la notificación de la resolución del contrato. También merece mención la STS 325/2022, de 14 de marzo, que fija como doctrina de interés casacional que el instituto de la caducidad es aplicable a los procedimientos de liquidación de contratos en los que se incluya la determinación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

En otro orden de cosas, en relación con el reequilibrio económico de los contratos de concesión, destaca la STS 644/2022, de 24 de mayo, que acota el concepto de fuerza mayor, fijando la recta interpretación del concepto de «fenómenos naturales» a que se refiere el art. 239 LCSP. Esta sentencia ha sido objeto de comentario en B. LOZANO CUITANDA, «El alcance de la “fuerza mayor” por catástrofes ambientales en la contratación administrativa», *Diario La Ley*, núm. 10.134, 2022.

En materia de reequilibrio económico, también debe hacerse referencia a la STS 105/2022, de 25 de enero, en relación con el contrato de concesión de transporte de viajeros. Y tampoco puede dejar de mencionarse la STS 1038/2022, de 19 de julio, que desestima el recurso de una concesionaria de autopistas fundado en la pretendida inconstitucionalidad de varios apartados del art. 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, en relación con el régimen de reequilibrio económico de los contratos de concesión de autopistas de peaje.

En el ámbito académico, sobre esta cuestión cabe citar los estudios de E. PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, *Covid-19 y contratos de concesión de servicios: el reequilibrio económico tras la suspensión del contrato*, Tirant lo Blanch, 2022; *id.*, «El reequilibrio económico tras la suspensión ad hoc de los contratos de servicios de restauración en tiempos de covid-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2022.

6. MEDIDAS RESTRICTIVAS SOBRE RUSIA

La invasión de Ucrania por parte de Rusia ha llevado a la Unión Europea a adoptar sucesivamente a lo largo del año 2022 nuevas medidas restrictivas dentro del Reglamento (UE) núm. 833/2014, del Consejo, de 31 de julio, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.

En particular, cabe destacar que por el Reglamento (UE) núm. 2022/576, del Consejo, de 8 de abril, se introdujo en el citado Reglamento (UE) núm. 833/2014 un nuevo art. 5 *duodecies*, en cuya virtud queda prohibido adjudicar, o continuar ejecutando con ellos, cualquier contrato público o de concesión incluido dentro del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública a: *a)* nacionales rusos, personas físicas residentes en Rusia o personas físicas o jurídicas, entidades u organismos establecidos en Rusia; *b)* personas jurídicas, entidades u organismos cuyos derechos de propiedad pertenezcan, directa o indirectamente, en más del 50 por 100 a una de las entidades anteriores, o *c)* personas físicas o jurídicas, entidades u organismos que actúen en nombre, por cuenta o bajo la dirección de una de las entidades ya mencionadas.

Aunque se contemplan varias excepciones en las cuales los Estados miembros pueden autorizar la adjudicación de contratos con dichas personas o la continuación de su ejecución, deben comunicarlo a la Comisión y a los demás Estados miembros.

7. PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

En relación con las especialidades normativas que afectan a los contratos celebrados en el marco del PRTR, cabría mencionar que la DF 31 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, ha ampliado el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 36/2020, añadiendo un nuevo apartado 5 al art. 2, en virtud del cual las especialidades en materia de contratación son aplicables a cualesquiera actuaciones relacionadas con el Instrumento Europeo de Recuperación, aunque no se financien con fondos europeos. Se aclara, además, que por «relación» se entienden las actuaciones de gestión, soporte, apoyo y asistencia técnica a los procedimientos de contratación financiados con fondos europeos. Igualmente ha modificado los arts. 49 (excepción del requisito de la autorización para contratar del art. 324 LCSP) y 50 (tramitación de urgencia) del Real Decreto-ley 36/2020 para extender su ámbito de aplicación no solamente a los contratos y acuerdos marco, ya contemplados, sino también a los sistemas dinámicos de adquisición. También afectó esta reforma al art. 58 del Real Decreto-ley 36/2020, para atribuir carácter urgente y preferencia absoluta a la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación que afecten a contratos financiados con fondos del PRTR.

Por su parte la DF 2.^a de la Ley 9/2022, de 14 de junio, ha introducido en el Real Decreto-ley 36/2020 un nuevo art. 52 *bis*, para permitir la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras. Semejante previsión se ha incluido en el art. 308.4 LCSP.

Resulta también de interés la Nota de la JCCPE sobre identificación de los subcontratistas en los contratos públicos financiados con fondos procedentes del PRTR (expediente 006/22), que resuelve algunas dudas interpretativas generadas en la aplicación del art. 8 de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del PRTR. E igualmente es relevante el Informe 41/2022 de la JCCPE sobre el modo de proceder cuando se obtiene una subvención con cargo al PRTR en relación con un contrato ya adjudicado.

La doctrina ha analizado también la problemática relativa a los contratos celebrados para ejecutar el PRTR en J. PINTOS SANTIAGO (dir.), *El nuevo instrumento* Next Generation EU, Aranzadi, 2022; J. E. CANDELA TALAVERO, «Ejecución y gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: efectos en la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 177, pp. 48-70; I. GALLEGO CÓRCOLES, «Doctrina del TACRC sobre la aplicación de las especialidades en materia de contratación para la gestión de los Fondos Europeos», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mes 10-11 (octubre-noviembre), 2022; J. M. GIMENO FELIU, «Los fondos *next generation* y el rol de los órganos de control externo», en S. REGO (dir.), *Auditoría y control de la respuesta al covid-19 y de la implementación de la iniciativa* Next Generation UE, Aranzadi, 2022; J. M. GIMENO FELIÚ, «Contratación pública en situaciones excepcionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022. Especial atención a los planteamientos de medidas antifraude, exigidos por la normativa comunitaria, se presta en J. C. GARCÍA MELIÁN, «El conflicto de interés en el Plan de Medidas Antifraude. Fondos *Next Generation*», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 179, pp. 65-68; *id.*, «El fraude y la corrupción en el plan de medidas antifraude. Fondos *Next Generation*. Un esquema de los conceptos y el círculo antifraude», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 180, pp. 52-56.

Por último, cabe tener en cuenta la Guía Básica del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia elaborada por la OIRESCON y actualizada a 3 de marzo de 2023.

Tributos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-4715-9062

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-2887-4039

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-8408-0938

Palabras clave: Haciendas locales; impuestos locales; Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Keywords: Local finance; local taxes; property tax.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES.—3. INGRESOS DE LAS HACIENDAS LOCALES: 3.1. Ingresos tributarios: 3.1.1. Impuestos: 3.1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. 3.1.1.2. Impuesto sobre Actividades Económicas. 3.1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica. 3.1.1.4. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. 3.1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. 3.1.2. Tasas: 3.1.2.1. Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. 3.1.2.2. Tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas. 3.1.3. Contribuciones especiales. 3.2. Otros ingresos.—4. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL.

1. INTRODUCCIÓN

En 2022 no se han producido modificaciones normativas de especial relevancia en los tributos locales más allá de la obligatoriedad del establecimiento de una tasa de gestión de residuos sólidos urbanos encaminada a cubrir los costes de la prestación de este servicio. Sin perjuicio de ello, en este año se han producido importantes avances derivados de la actividad de nuestros órganos jurisdiccionales que han determinado, entre otros, la declaración de incompatibilidad de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas aplicables a los servicios de telefonía móvil, la aclaración de algunos extremos derivados de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana o la determinación de quién debe ser considerado el dueño de una obra en los casos en que exista diferencia en la titularidad del inmueble y de una infraestructura.

Además de estos aspectos, en el presente informe analizamos las restantes novedades normativas, jurisprudenciales y doctrinales acaecidas en 2022 en materia de tributos locales, así como en relación con otros ingresos de naturaleza no tributaria.

2. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES

En relación con los principios de ordenación de las Haciendas locales, durante 2022 no se han producido novedades de especial relevancia. Debe destacarse el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo (TS) a través del *Auto de 1 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:33004)* en relación con la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de Regulación del Sector Eléctrico Canario. En el Auto se plantea la infracción del art. 6.3 de la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), por referencia a la extensión del hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Este asunto ha sido analizado por el Tribunal Constitucional (TC) en este 2022, por lo que nos remitimos al apartado correspondiente a ese tributo.

El TS también ha reiterado la jurisprudencia constitucional acerca de la coincidencia de hechos imponibles entre el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el Impuesto sobre Viviendas Vacías de Cataluña en varias ocasiones en 2022. Así ha sucedido en las *Sentencias de 3 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2131)* y de *21 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2526)*.

En relación con la actividad de la doctrina, deben señalarse los siguientes trabajos sobre los principios de autonomía y suficiencia de las Haciendas locales: J. Á. GÓMEZ REQUENA, «Una visión alternativa a los ingresos tributarios para garantizar el principio de suficiencia financiera: Las operaciones de crédito de las haciendas locales», *Tributos Locales*, núm. 157, 2022, pp. 125-175; T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «Dos cuestiones en la reciente jurisprudencia constitucional: las condiciones de la coordinación y la suficiencia financiera

de las diputaciones provinciales (STC 82/2020, de 15 de julio)», en A. LÓPEZ CASTILLO y A. ARROYO GIL (dirs.), *Garantías y límites de la autonomía local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 243-262; J. F. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Autonomía local y tutela financiera», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. extra 3, 2022.

3. INGRESOS DE LAS HACIENDAS LOCALES

3.1. Ingresos tributarios

3.1.1. Impuestos

3.1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Durante el ejercicio 2022, no se han producido modificaciones legislativas relevantes en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI). En este sentido, para dicho ejercicio 2022, como ya expusimos en el *Anuario de Derecho Municipal 2021* (p. 274), la *Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022* no prevé la aplicación de coeficientes de actualización de los valores catastrales de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 32.2 del *Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario* (TRLRHL). Esa misma situación se produce respecto de la *Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023* (en adelante, LPGE 2023), que tampoco prevé la aplicación de estos coeficientes para el ejercicio 2023.

Por su parte, como se recoge en el *Anuario de Derecho Municipal 2021* (p. 274), el art. 25.1 del *Real Decreto-ley 20/2021, de 5 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo para la reparación de los daños ocasionados por las erupciones volcánicas y para la reconstrucción económica y social de la isla de La Palma* prevé una exención de las cuotas del IBI de los bienes inmuebles afectados por las erupciones volcánicas de la Isla de La Palma. Pues bien, este real decreto-ley fue objeto de convalidación mediante la *Resolución del Congreso de los Diputados de 25 de enero de 2022*. Asimismo, debemos indicar que este real decreto-ley fue objeto de modificación mediante el *Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad*. Particularmente, debemos destacar que su art. 93 prorroga la exención del IBI prevista en el art. 25.1 del *Real Decreto-ley 20/2021 para el ejercicio 2022*. Además, el art. 94 del *Real Decreto-ley 20/2022* establece una exención respecto de las cuotas del IBI de aquellos bienes inmuebles afectados por los incendios forestales que tuvieron lugar en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Illes Balears, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Región de Murcia, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco y La Rioja, durante los meses de junio, julio y agosto de 2022.

En la misma línea de esta exención, el *art. 5 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía* estableció una exención respecto de los bienes inmuebles de naturaleza rústica, si bien este precepto fue derogado con efectos 1 de noviembre de 2022 por el *Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía*.

De hecho, un aspecto tratado por la doctrina son los beneficios fiscales. Una sentencia interesante en esta materia ha sido la *STS de 9 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:489)* que sigue la jurisprudencia emanada por las *SSTS de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3133)* y *de 18 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2894)*, ya citadas en el *Anuario de Derecho Municipal 2021* (pp. 274 y 275). En todas ellas se concluye que la exención del IBI recogida en el *art. 62.1.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL)* es aplicable a los bienes inmuebles de los que es concesionaria la empresa pública Navantia. A este respecto, resultan de interés los trabajos de R. FRAILE FERNÁNDEZ, «La exención del IBI de los inmuebles afectos a la defensa cedidos a Navantia (análisis de la STS núm. 156/2022, de 9 de febrero, núm. rec. 1570/2020)», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2022, pp. 271-280; A. COSTA BOIRA COSTA BOIRA OLMEDA, «El IBI y la defensa nacional. La STS de 9 de febrero de 2022 y la visión objetiva del concepto de «interés para la defensa»», *Diario La Ley*, núm. 10039, 2022.

Respecto de la exención relativa a entidades sin fines lucrativos, debemos tener en cuenta que requiere una comunicación en la que conste que la entidad está acogida al régimen fiscal especial. A este respecto, la *STS de 4 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3582)* ha determinado que se trata de una comunicación y no de una solicitud. Asimismo, la exención en el IBI debe reconocerse desde el periodo impositivo en el que se realiza esa comunicación, pese a que la inscripción en el registro especial de entidades sin fines lucrativos y la comunicación al ayuntamiento sean posteriores al devengo del citado impuesto.

También resulta de interés la *STSJ de Galicia de 19 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:2865)*, que reconoce la facultad del ayuntamiento de comprobar la actividad realmente ejercida a la hora de otorgar la exención relativa a servicios educativos. Esta sentencia ha sido objeto de análisis en R. FRAILE FERNÁNDEZ, «La prevalencia de la realidad material sobre la catastral en las exenciones del IBI. Análisis de la sentencia TSJ de Galicia, núm. 279/2022, de 19 de abril, rec. 15001/2022», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2022, pp. 281-290.

Asimismo, el TS deberá pronunciarse sobre si «a la luz de la STJUE de 27 de junio de 2017, que interpreta el art. 107.1 TFUE, si la percepción de rentas de alquiler provenientes de inmuebles afectos a la actividad del epígrafe 861.2 (alquiler de locales industriales), por tanto, no afectos a una actividad estrictamente religiosa, debe considerarse

o no rentas exentas del Impuesto sobre Sociedades y, por tanto, exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y, en consecuencia, si la jurisprudencia del TS, en particular la STS de 4 de abril de 2014 (rec. 653/2013) queda o no superada por la citada doctrina del TJUE». Así se recoge en el *ATS de 6 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:13933A)*, que ha admitido a trámite un recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Barcelona. A este respecto, resulta de interés M. GONZÁLEZ APARICIO, «Los tributos locales y su aplicación a las confesiones religiosas: Situación actual y retos en el marco comunitario», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 97-135.

Respecto del sujeto pasivo del IBI, se ha pronunciado la *STS de 12 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4896)*, que analiza la concurrencia de un usufructuario sobre el 20 por 100 del inmueble con ocho plenos propietarios del resto del inmueble. En este caso, el TS argumenta que el usufructuario sólo debe abonar la deuda tributaria de la parte del bien inmueble sobre la que ostenta el derecho real de usufructo y no sobre la totalidad del mismo. Por otro lado, la *STS de 25 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1618)* considera que la comunidad autónoma debe recibir la consideración de sustituto del contribuyente a efectos del IBI, cuando tiene adscrito un bien inmueble titularidad de la Administración General del Estado (en concreto, de la Tesorería General de la Seguridad Social). Debemos destacar que esta misma cuestión se ha planteado respecto de la determinación del sujeto pasivo de la Tasa por Prestación de Gestión de Residuos Urbanos de Actividades, como recoge el *ATS de 16 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3590A)*.

En cuanto a la determinación de la base imponible del IBI, el *ATS de 20 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:12095A)* ha admitido a trámite un recurso de casación cuya finalidad es la de establecer si puede utilizarse el valor del bien inmueble fijado en un procedimiento de comprobación de valores ajeno al IBI como base imponible del mismo. A este respecto, debemos mencionar el trabajo de R. CASTILLO BADAL, «Sustitución del valor catastral a efectos del IBI: alternativas a la ponencia de valores», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2022.

Respecto de los recargos sobre el IBI, resulta de interés la *STS de 10 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:990)*. Esta sentencia considera que, pese a que las áreas metropolitanas tienen potestad para aprobar y regular recargos sobre el IBI, los mismos no pueden excluir a algunos municipios por considerar que no disponen de los mismos servicios que el resto, pues el legislador no ha previsto este tipo de diferenciaciones, al tratarse de un recargo que tiene el mismo hecho imponible que el IBI.

En el plano doctrinal, debemos mencionar la *DGT núm. 17/2022, de 24 de octubre de 2022*. Esta consulta considera que, si se exige una deuda del IBI mediante la figura de la hipoteca legal tácita, no es necesaria la declaración de deudor fallido ni realizar ninguna derivación de responsabilidad.

Finalmente, debemos destacar diversos trabajos doctrinales publicados a lo largo del ejercicio 2022 en relación con este impuesto. A este respecto, debemos citar los trabajos de M. E. MANZANO SILVA, «Los tipos diferenciados en el impuesto sobre bienes inmue-

bles: ¿incrementados y/o reducidos?», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 119-145; I. MERINO JARA, «Hecho imponible, exenciones y sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles», *Tributos Locales*, núm. 158, 2022, pp. 21-51; R. FRAILE FERNÁNDEZ «Las garantías del IBI ante transmisiones y concurrencia», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 213-251; F. J. GARCÍA VERA, «Los principios constitucionales y la permeabilidad de procedimientos en el IBI. Paralelismo con la inconstitucionalidad en el IIVTNU», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 185-211.

3.1.1.2. Impuesto sobre Actividades Económicas

En el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), las principales modificaciones normativas en este 2022 han venido de la mano de la *LPGE 2023*. En su art. 70, la *LPGE 2023* establece diversas modificaciones en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las Tarifas y la Instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas (Tarifas del IAE). La principal modificación es la equiparación de las cuotas nacionales del grupo 761 para los servicios de telefonía móvil a las correspondientes a la telefonía fija de conformidad con la doctrina del TS que analizaremos a continuación. Por otro lado, se crea un nuevo grupo en la Sección 1.^a de las tarifas para los servicios de «oficina flexible, “*coworking*” y centros de negocios» (grupo 848). En la Sección 2.^a se añaden dos nuevos grupos (864 y 869) para las actividades de escritores y guionistas, y otros profesionales relacionados con las actividades artísticas y culturales, respectivamente, adaptándose las denominaciones de la agrupación 86 y del grupo 861, y se añade un nuevo grupo 889 para las actividades de guía de montaña. Finalmente, en relación con la Sección 3.^a, se añade un nuevo grupo 034 que incluye las actividades de compositores, letristas, arreglistas y adaptadores musicales.

Por otro lado, la *LPGE 2023* identifica las distintas actividades y eventos que tendrán la consideración de acontecimiento de excepcional interés público a los efectos de lo previsto en el art. 27 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Dicho precepto prevé la bonificación del 95 por 100 de las cuotas y recargos del IAE en relación con estos acontecimientos. Las declaraciones de acontecimientos de excepcional interés público se encuentran en las DDAA 58 a 69 de la *LPGE 2023*.

El art. 93 del ya mencionado *Real Decreto-ley 20/2022* extiende la prórroga de los beneficios fiscales para la isla de la Palma también al IAE. Junto a ello y de modo similar a lo que acontece en el caso del IBI, en el art. 94 de este Real Decreto-ley también se establece una reducción del IAE, así como de los recargos autorizados, «correspondiente al ejercicio 2022 a las industrias de cualquier naturaleza, establecimientos mercantiles, marítimo-pesqueros, turísticos y profesionales cuyos locales de negocio o bienes afectos a esa actividad hayan sido dañados como consecuencia directa», como consecuencia de los incendios forestales ocurridos en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Illes Balears, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia,

Madrid, Región de Murcia, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco y La Rioja durante los meses de junio, julio y agosto de 2022. La aplicación de esta reducción requiere que se haya procedido al cierre temporal como consecuencia de estos incendios. La reducción se aplica en proporción a los días de cierre obligado, salvo en el caso de cierres definitivos, que determinan la reducción del IAE por todo el periodo impositivo.

En relación con la actividad de nuestros tribunales, debemos comenzar destacando la *STS de 14 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3080)*. En esta sentencia, el TS cambia su criterio en relación con la compatibilidad de la tarifa del IAE aplicable a las empresas de telefonía móvil con la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización). Tradicionalmente, el TS había excluido que el IAE se encontrara incluido dentro del ámbito de aplicación de la directiva autorización en tanto no se trataba de un canon referido a elementos constitutivos de la actividad autorizada. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su *Sentencia de 6 de octubre de 2020 (asunto C-442/19)*, sin embargo, conduce al TS a reconsiderar su posición e identificar al IAE como canon a efectos del art. 13 de la Directiva. Dicho precepto excluye la aplicación de cánones que sean considerados discriminatorios, no transparentes, injustificados, desproporcionados o que no tengan en cuenta los fines previstos en la Directiva 2002/21/CE. El TS considera que las tarifas aplicables a los servicios de telefonía móvil son discriminatorias frente a otros competidores y que obstaculizan el desarrollo del sector al aplicarse sobre las antenas de telefonía móvil, consideradas como elementos fundamentales para su despliegue. De este modo, el TS declara el epígrafe 761.2 de las tarifas del IAE contrario al Derecho de la Unión. La AN ha tenido la oportunidad de aplicar este criterio en las *Sentencias de 7 de octubre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:4529)*, *de 25 de octubre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:5085)*, *de 3 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:5286)*, *de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:5276)* o *de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:6454)*.

Por otro lado, debe destacarse el *ATS de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:14262A)* en el cual se admite a trámite un recurso de casación relativo a la realización del hecho imponible del IAE como consecuencia de suspensión o limitación de actividad durante el periodo de 2020 en la cual estuvo vigente la situación de estado de alarma. En relación con este extremo, el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) ha emitido dos resoluciones el pasado 18 de mayo de 2022 (RG 00/00461/2021 y RG 00/03084/2022) en las que se considera aplicable la Regla 14.4 de las Tarifas del IAE en relación con las cuotas nacionales del IAE, determinando la reducción de las cuotas si se prueba la paralización total de la actividad en proporción a la de duración de dicha paralización. Sin perjuicio de ello, en el caso de las cuotas municipales, el TEAC no se ha considerado competente para pronunciarse sobre este extremo, tal y como se señala en dos *Resoluciones de 22 de marzo de 2022 (RG 00/00639/2022 y RG 00/07130/2021)*. Esta cuestión se plantea en otros dos ATS fechados el 27 de octubre de 2022.

Este aspecto ha despertado gran interés en la doctrina durante 2022, que ha analizado este aspecto con bastante profusión. Así pueden destacarse los trabajos de B. MO-

RENO SERRANO, «Devolución del IAE por las restricciones derivadas de la pandemia», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 3, 2022; C. V. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ y L. J. RUIZ GONZÁLEZ, «¿Se pueden exigir el IAE y la tasa del juego tras la suspensión de la actividad económica decretada para luchar contra el covid-19?», *Actum Fiscal*, núm. 181, 2022, pp. 62-67; R. FRAILE FERNÁNDEZ, «La justicia material como valor supremo y causa para la devolución de cuotas del IAE (a la luz de varias sentencias de Juzgados y TSJ)», *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2022, pp. 245-256; C. JERICÓ ASÍN, «¿Cómo opera el IAE durante el cierre temporal de la hostelería por la pandemia?: Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia 9/2002, de 11 de enero (JUR 2022, 29795)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2022.

Han sido también admitidos varios recursos de casación en relación con la inclusión en el epígrafe 833.2 de la Sección 1.^a de las Tarifas del IAE (promoción de edificaciones) de la transmisión de inmuebles realizada directamente por entidades financieras que los hayan adquirido como consecuencia de la ejecución de garantías hipotecarias sobre los créditos concedidos al amparo de su actividad crediticia y financiera. Esta cuestión se ha planteado en los *AATS de 19 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:83A)* y de *18 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:7522A)*.

Finalmente, la *STS de 16 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4646)* aplica la doctrina de la *STS de 12 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2011)* relativa a la inclusión de las actividades de comercialización de electricidad a consumidores finales antes de la inclusión del epígrafe 151.6 a las Tarifas del IAE. Dicha sentencia ya fue examinada en la edición anterior de este *Anuario* (p. 278). Sobre estos aspectos puede verse el trabajo de A. MOLINA LEBRÓN, «El desafortunado y tardío encuadre de las comercializadoras de energía eléctrica en el impuesto sobre actividades económicas: Cuestiones pendientes», *Tributos Locales*, núm. 157, 2022, pp. 177-201.

Es también de interés la *SAN de 21 de junio de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:3075)*. En esta sentencia, la AN analiza la consideración de sujeto pasivo de un despacho de notarios constituido como sociedad civil. La AN confirma que es la sociedad civil la que debe ser considerada como sujeto pasivo del IAE y no los notarios que la integran en tanto que su actividad se presta a través de la citada sociedad que es la que expide las facturas a los clientes y se encuentra dada de alta en el censo de empresarios y profesionales.

En el ámbito administrativo, cumple destacar tres contestaciones a consultas tributarias vinculantes de la Dirección General de Tributos (DGT). En primer lugar, en la de *11 de abril de 2022 (V0773-22)* se analiza el supuesto de un «influencer» que realiza las actividades de «realización de fotografías y vídeos para su posterior publicación en la plataforma, con la finalidad de obtener ingresos de la plataforma a través de las suscripciones mensuales de los clientes a su contenido o bien a través de la realización de fotografías y vídeos de contenido personalizado dentro de la misma plataforma». La DGT afirma que estas actividades deben incluirse en los epígrafes 961.1 [Producción

de películas cinematográficas (incluso vídeos)] y 973.1 (Servicios fotográficos) de la Sección 1.ª de las Tarifas del IAE.

Por otro lado, en la *Consulta vinculante de 22 de julio de 2022 (V1763-22)* se analiza la aplicación de las exenciones recogidas en el art. 82.1 letras *b)* y *c)* TRLRHL en aquellos casos en que se comienza a desarrollar nuevas actividades por parte de entidades integradas en un grupo de empresas y de entidades que comienzan a desarrollar sus actividades en territorio español. Finalmente, en la *Consulta vinculante de 21 de diciembre de 2022 (V2586-22)* en que se analiza en qué lugar se debe entender que se realizan las actividades comerciales en el caso de una empresa dedicada a la intermediación comercial en la cual sus trabajadores operan desde sus propios domicilios. La DGT excluye a estos efectos que se pueda considerar que los domicilios de los teletrabajadores puedan considerarse como locales de la empresa, ni los establecimientos de los clientes.

Además de los anteriores trabajos, deben destacarse los de L. GÓMEZ-FERRER BAYO, «El recargo provincial del IAE como recurso de las Diputaciones Provinciales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2022; A. DELGADO MERCÉ, «La reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas en la ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal», en P. CHICO DE LA CÁMARA y J. GALÁN RUIZ (dirs.), *Comentarios a la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 715-729; L. M. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas: lecciones del estado de alarma», *Libro blanco para la reforma fiscal en España: una reflexión de 60 expertos para el diseño de un sistema fiscal competitivo y eficiente*, Instituto de Estudios Económicos, 2022, pp. 819-828.

Por último, debe destacarse que en la propuesta 38 del *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria* elaborado por el Comité de Personas Expertas para Elaborar el Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria y publicado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública en 2022, se planteaba la eliminación de este impuesto. A estos efectos, el Comité de personas expertas planteaba la posibilidad de que las corporaciones locales exploraran el empleo de otras figuras tributarias para gravar las actividades económicas realizadas en su territorio de acuerdo con los principios de generalidad y no discriminación.

3.1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica

Aunque en 2022 no ha habido novedades legislativas en relación con el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), en el *Libro Blanco para la Reforma Tributaria* sí se ha incluido una propuesta de modificación de la estructura del impuesto para penalizar las tecnologías más contaminantes. Con toda probabilidad, esta será una línea de reforma futura del impuesto.

En relación con la actividad de nuestros tribunales y juzgados, se pueden destacar dos sentencias de nuestros juzgados. En primer lugar, en la *sentencia del Juzgado de*

lo Contencioso-Administrativo (JC-A) núm. 1 de Tarragona, de 22 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:JCA:2022:3387) se analiza un supuesto en que una empresa revirtió varios vehículos a favor de un ayuntamiento antes del devengo del impuesto sin haber procedido a instar el cambio de titularidad en el permiso de circulación. El Juzgado considera que, al seguir constando la empresa recurrente como titular de los vehículos en el momento del devengo por la inactividad de la propia empresa, debe seguir siendo considerada sujeto pasivo del impuesto, pese a las alegaciones planteadas en relación con la existencia de un enriquecimiento injusto y el principio de buena administración. En segundo lugar, en la *SJC-A núm. 10 de Barcelona de 11 de enero de 2022* (ECLI:ES:JCA:2022:93), se examina la competencia para llevar a cabo un procedimiento de inspección en relación con el IVTM y la existencia de fraude de ley o simulación en un supuesto de domiciliación de vehículos en un municipio en el que no se realizan actividades económicas, pero con un gravamen por el IVTM inferior al del domicilio donde se realizan las actividades de la empresa. En relación con la competencia en materia de gestión sobre este impuesto, debe tenerse en cuenta la contestación a *Consulta vinculante de la DGT de 14 de febrero de 2022 (V0276-22)* en que se determina qué ayuntamiento es competente para la exacción del IVTM.

En el ámbito administrativo deben destacarse algunas consultas de la DGT. En la contestación a *Consulta general de 23 de junio de 2022 (0010-22)*, la DGT analiza los efectos retroactivos del reconocimiento de la exención para personas con movilidad reducida. Estos mismos aspectos se examinan en las contestaciones a *Consultas generales de 1 de julio de 2022 (0012-22)* y de *22 de julio de 2022 (0013-22)*.

En relación con la actividad doctrinal, cumple destacar los trabajos de R. FRAILE FERNÁNDEZ, «Hacienda Local. La compensación a los entes locales por la exención del IVTM pactada en el Convenio para la defensa suscrito entre EE. UU. y España (análisis de la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2022, rec. 423/2021)», *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, 2022, pp. 269-279; y de S. NÁÑEZ ALONSO y Á. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «Análisis jurídico-económico sobre el incentivo fiscal aplicable a los vehículos “ecológicos” en el IVTM: el caso de Castilla y León y sus principales municipios», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 56, 2022, pp. 143-191.

3.1.1.4. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

Durante 2022 el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) no ha sufrido ninguna modificación normativa. Tampoco se han propuesto modificaciones de este impuesto en el *Libro Blanco sobre la Reforma Tributaria*. Sin embargo, sí ha sido sujeto de pronunciamientos jurisprudenciales de relevancia.

En primer lugar, debe destacarse la *STC 133/2022, de 25 de octubre de 2022*. En esta sentencia, el TC declara inconstitucional el último inciso del art. 6 *bis*, apartado 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de Regulación del Sector Eléctrico Canario tras su modificación por la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de

26 de enero. Dicha norma establecía la equivalencia a efectos de la realización del hecho imponible del ICIO de una autorización especial prevista en la normativa autonómica con los actos de control urbanístico municipal previstos en el art. 100.1 TRLRHL. A efectos prácticos, esta norma suponía una extensión del hecho imponible del ICIO. El TC considera que dicha extensión del hecho imponible mediante una norma autonómica supone una invasión de la competencia exclusiva del Estado para regular los tributos locales prevista en el art. 149.1.14 CE, declarando su inconstitucionalidad y nulidad. Sin perjuicio de ello, debe notarse que la sentencia incluye una importante limitación de efectos.

En relación con los actividad de nuestros tribunales ordinarios, deben destacarse varios pronunciamientos del TS. En primer lugar, en la *STS de 4 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:865)* se analiza la necesidad de acudir a la vía de la revocación en sede administrativa en casos en que se anula judicialmente un reglamento que había constituido el fundamento para la liquidación del ICIO. En el supuesto de hecho, el Arzobispado de Zaragoza solicitó la devolución de ingresos indebidos como consecuencia de la anulación de la Orden EHA/2841/2009. La liquidación afectada había devenido firme y en vía jurisdiccional se solicitó la revocación de la liquidación. En vía contenciosa se consideró que concurrían los motivos para proceder a la revocación por existir causas sobrevenidas que afectaba a la situación individual del recurrente. El TS confirma que en estos supuestos no es necesaria la devolución de las actuaciones a la vía administrativa para proceder a la revocación. Sobre estos aspectos, puede verse el comentario de T. CALVO SALES, «De nuevo a vueltas con la exención de la iglesia católica en el ICIO», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2022, pp. 42-48.

En la *STS de 22 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1289)* se analiza quién tiene derecho a instar la devolución de ingresos indebidos derivados de la liquidación provisional del ICIO en casos en que se vende la construcción, instalación u obra a un nuevo titular y, si, en el caso de que la devolución se realizara al nuevo dueño, podría considerarse la nulidad de pleno derecho del acto de ordenación de la devolución por haber adquirido el nuevo dueño un derecho sin reunir los requisitos esenciales para ello. El TS señala que, en estos supuestos, al producirse el desistimiento de una obra comenzada y no terminada por parte del nuevo adquirente, se produce una sucesión *ope legis* en la situación tributaria a favor del nuevo dueño de la obra como consecuencia de la transmisión de la licencia de obra con conocimiento y aprobación municipal. Lógicamente, el TS declara que no concurre una causa de nulidad cuando la devolución de ingresos indebidos se haya realizado a favor del nuevo dueño de la obra. Sobre estos aspectos pueden verse los trabajos de R. PÉREZ SÁEZ, «La devolución parcial del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras debe hacerse a favor de quien sea el sujeto pasivo, aunque la liquidación provisional haya sido abonada por quien le transmitió la licencia», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 6, 2022, pp. 181-186; R. PÉREZ SÁEZ, «La devolución parcial del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras debe hacerse a favor de quien sea el sujeto

pasivo, aunque la liquidación provisional haya sido abonada por quien le transmitió la licencia», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 6, 2022, pp. 181-186, o H.M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «Relación con el ICIO de terceros distintos al solicitante de la licencia», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 9, 2022.

Mayor interés tiene la *STS de 30 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1260)*, en que se plantea quién debe ser considerado dueño de la obra en el caso de infraestructuras previstas en el art. 100.2 TRLRHL y si la exención prevista en dicho precepto se puede extender a las obras gestionadas por empresas públicas. En relación con la consideración de quién es el dueño de la obra en estos supuestos, se cuestionaba si debía tener tal consideración, cuando no coinciden la condición de propietario del inmueble y de la de dueño de la obra, quien vaya a ser finalmente el propietario de la obra o quien soporta los gastos que comporta su realización. El TS aclara que en los casos previstos en el art. 100.2 TRLRHL lo relevante es atender a quién va a ser finalmente el propietario de la obra, debiendo considerarse como tal al titular demanial. Por otro lado, la inclusión de las empresas públicas dentro del ámbito de la exención dependerá de las reglas autoorganizativas de la Administración competente toda vez que la referencia a la gestión por organismos autónomos en este precepto no debe entenderse literalmente, sino realizada a que el bien sea de dominio público y que el servicio público se preste a través de un ente público instrumental perteneciente a una Administración institucional.

Finalmente, en la *STS de 11 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1613)*, el TS reitera el carácter de acto susceptible de recurso e impugnación autónoma de la liquidación provisional del ICIO. Como señala el TS, esta liquidación incorpora un acto de voluntad administrativa que incorpora un acto de gravamen, sin que pueda ser considerada como un mero acto de trámite o gestión.

En el ámbito de los tribunales inferiores, cumple destacar dos sentencias de nuestros TSJ. En primer lugar, en la *STSJ de Catilla y León (Burgos) de 8 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1470)* se analiza la discrecionalidad en la aplicación de la bonificación a obras de especial interés o utilidad municipal. Frente a la posición del ayuntamiento recurrente, el TSJ aclara que la «decisión relativa a si una determinada construcción o edificación reviste un especial interés o utilidad municipal, en los términos expuestos, no tiene un contenido estrictamente discrecional que incumba exclusivamente a la Corporación Municipal y que no pueda ser revisado o suplido por los órganos judiciales, por cuanto estamos ante un concepto jurídico indeterminado susceptible de ser integrado con criterios jurídicos o de experiencia en sus facetas no taxativas, y sometido al control jurisdiccional y no a la mera discrecionalidad de la Administración». Por otro lado, en la *STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:387)* se analiza la determinación de la base imponible del ICIO por un ayuntamiento sin descontar determinados gastos. El TSJ anula la liquidación al considerar que se había realizado aplicando el método de estimación indirecta por parte del ayuntamiento sin haberse desvinculado previamente de los gastos aportados por el contribuyente.

Por lo que respecta a la actividad de nuestros órganos administrativos, debe destacarse la contestación a *Consulta vinculante de la DGT de 3 de febrero de 2022 (V0173-22)*. En esta consulta, la DGT qué gastos pueden incorporarse a la base imponible del ICIO. En concreto se plantea si se pueden incorporar los costes derivados de la adquisición de maquinaria a instalar en una obra de ampliación de una nave industrial. De acuerdo con la DGT, el coste de la maquinaria no puede ser objeto de incorporación, aunque sí podría serlo el coste de la instalación, ya que las máquinas «no son elementos técnicos inseparables de la obra, ni están integrados en el proyecto para el que se solicita la respectiva licencia de obras o urbanística y no forman parte consustancial de la obra, ni son elementos esenciales para la habitabilidad o utilización de la nave industrial». Sobre los aspectos relativos a la determinación de la base imponible en el ICIO, J. CALVO VÉRGEZ, «A vueltas con la determinación de los elementos que han de formar parte de la base imponible del ICIO», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 249, 2022, pp. 72-91.

Finalmente, en lo que respecta a la actividad de la doctrina, destacan, además de los anteriores, los trabajos de M. BASTIDA PEYDRO y P. CIRUELOS LARA, «Las instalaciones de producción de energía fotovoltaica en el ámbito de la tributación local», *Tributos Locales*, núm. 154, 2022, pp. 57-93; H. M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «La base imponible en la tasa e ICIO por la implantación de instalaciones fotovoltaicas», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 6, 2022, pp. 98-101; A. FERNÁNDEZ CARBALLAL, «Un aspecto del derecho urbanístico financiero: la gestión recaudatoria de tributos locales de exigencia potestativa vinculada al urbanismo, en especial el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, ICIO», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 56, núm. 357, 2022, pp. 77-108; I. BILBAO CASTRO, «¿Cabe un “segundo disparo” tributario por razones de forma en materia de ICIO y tasas urbanísticas?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2022; F. SERRANO ANTÓN, «Una vuelta de tuerca a la devolución del ICIO: la devolución en virtud de pacto o contrato, legitimidad y paralelismo con el IIVTNU», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 29-69.

3.1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

La normativa del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU) ha sufrido algunas modificaciones durante el ejercicio 2022. En concreto, el art. 3 de la *Ley Orgánica 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de la violencia de género* ha modificado el segundo párrafo del art. 104.3 TRLRHL para añadir un nuevo supuesto de no sujeción respecto de las transmisiones relativas a bienes inmuebles como consecuencia del fallecimiento de una mujer víctima de violencia contra la mujer. Dichas transmisiones lucrativas deben realizarse a favor de las hijas, los hijos, menores o personas con discapacidad sujetas a patria

potestad, tutela o con medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, para el ejercicio 2023, el art. 71.4 LPGE 2023 modifica los importes máximos de los coeficientes incremento del valor de los terrenos previstos en el art. 107.4 TRLRHL.

Además, debemos destacar que la propia normativa del IIVTNU recogida en el *Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del TC respecto del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana* ha sido objeto de dos recursos de inconstitucionalidad núms. 735-2022 y 825-2022. También debemos tener en cuenta que esta normativa ha sido objeto de aclaración mediante la *Consulta vinculante de la DGT núm. V0983/2022, de 4 de mayo de 2022*.

Las implicaciones de esta normativa han sido ampliamente estudiadas por la doctrina a lo largo del ejercicio 2022. Así, debemos destacar los trabajos de A. BERGAS FORTEZA, «Comentarios a la STC 182/2021, de 26 de octubre y su consecuente RDL 26/2021, de 8 de noviembre: antecedentes, propuestas de reforma y situación actual del IIVTNU», *Quincena Fiscal*, núm. 1-2, 2022; A. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLIVA y P. C. ZURITA GUZMAN, «Las consecuencias de la STC 182/2021 y la reforma del IIVTNU. Especial referencia a los municipios canarios», *Hacienda Canaria*, núm. 57, 2022, pp. 89-119; D. MARÍN-BARNUEVO FABO, «La definitiva declaración de inconstitucionalidad de la plusvalía municipal y la nueva regulación del impuesto», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, núm. 468, 2022; E. M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, «Formas de calcular la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana al hilo de los recientes pronunciamientos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2022; D. CABEZUELO VALENCIA, «Liquidación y pago del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: Informe de la Subdirección General de Tributos Locales de 7 de diciembre de 2021 (Consulta V3074-21)», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 4, 2022, pp. 187-190; F. F. CLAVIJO HERNÁNDEZ, «La gestión del “nuevo” impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Tributos Locales*, núm. 157, 2022, pp. 15-31; C. RIVERO BERNAL, «¿Perdido con la plusvalía municipal?», *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, núm. 422, 2022, pp. 53-54; S. ARANA LANDÍN, «Comparativa crítica sobre las diferentes regulaciones del IIVTNU», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 231-257; A. GARCÍA MORENO, «La reforma del Impuesto sobre Plusvalía (IIVTNU) a resultas de la inexigibilidad del Impuesto por la STC 182/2021», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 81, 2022; N. SÁNCHEZ GARCÍA, «Aplicación práctica del nuevo régimen del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, núm. 466, 2022, pp. 218-267; *id.*, «Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU). Modificación de la ordenanza fiscal tras los cambios en el Impuesto de plusvalía», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en*

Administración Local y Justicia Municipal, núm. 7, 2022; *id.*, «Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU). La nueva norma que modifica la forma de calcular la base imponible del IIVTNU no tiene efectos retroactivos», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2022; J. CALVO VÉRGEZ, «El nuevo método de cálculo de la base imponible del IIVTNU: el Real Decreto-ley 26/2021 y su proyección práctica», *BIT PLUS*, núm. 264, 2022, pp. 6-15; B. MORENO SERRANO, «Reforma exprés de la “plusvalía”», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2022; J. CALVO VÉRGEZ, «¿Un nuevo IIVTNU?», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2022; *id.*, «¿Un nuevo IIVTNU (y II)?», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2022.

Como ya expusimos en el *Anuario de Derecho Municipal 2021* (pp. 284 y ss.), en el año 2021, fue especialmente relevante la *STC núm. 182/2021, de 26 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:182)*, que determinó la inconstitucionalidad y la nulidad del segundo párrafo del art. 107.1 y los arts. 107.2.a) y 107.4 TRLRHL por contravenir, de forma injustificada, el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE). Por ese motivo, no es de extrañar que dicha sentencia ha sido comentada por la doctrina en este ejercicio 2022. A este respecto, resultan de interés los trabajos de A. M. BARRRACHINA ANDRÉS, «¿Qué efectos tiene la STC 182/2021 sobre las resoluciones que, habiendo agotado la vía administrativa, se encuentran en plazo para ser impugnadas en vía judicial?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2022, pp. 131-133; M. J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, «El TC aclara los efectos de la declaración de nulidad del impuesto municipal sobre plusvalías contenida en la STC 59/2017, respecto a las autoliquidaciones y liquidaciones tributarias realizadas con anterioridad», *Actualidad Administrativa*, núm. 12, 2022; F. HERNÁNDEZ GUIJARRO, «Aplicación de la STC 182/2021, de 26 de octubre, que declara la inconstitucionalidad de la plusvalía municipal: comentario de la Sentencia núm. 350/2021, de 10 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, núm. 11, de Madrid», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 822-833; A. IBARRA LÓPEZ, «La plusvalía municipal: cuestiones prácticas sobre la STC de 2021», *Cont4bl3*, núm. 74, 2022; J. DE JUAN CASADEVALL, «El controvertido efecto prospectivo de la sentencia de inconstitucionalidad del impuesto sobre la plusvalía municipal (STC 182/2021, de 26 de octubre)», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 195, 2022, pp. 135-161; M. CRUZ AMORÓS, «Suma y sigue de la plusvalía (IIVTNU)», *Actum Fiscal*, núm. 188, 2022, pp. 36-37; M. CRUZ AMORÓS, «Un asunto mal cerrado: la constitucionalización del IIVTNU», *Actum Fiscal*, núm. 180, 2022, pp. 60-61; J. M. SALCEDO BENAVENTE, «Zafarrancho de combate en materia de plusvalía municipal», *Economist & Jurist*, núm. 261, 2022, pp. 48-53.

Uno de los aspectos más tratados por los juzgados y los tribunales durante este año ha sido la limitación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la normativa del IIVTNU operada por la *STC núm. 182/2021, de 26 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:182)*, de la que ya nos ocupamos en el *Anuario de Dere-*

cho Municipal 2021 (pp. 282 y ss.). Así, por ejemplo, la *STS de 27 de julio de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:3188) determina que una liquidación dictada en un procedimiento de declaración de responsabilidad subsidiaria e impugnada en el plazo previsto, debe anularse en base a la citada declaración de inconstitucionalidad, al tratarse de una situación no consolidada. Sin embargo, la *Consulta de la DGT, núm. 9/2022, de 27 de mayo de 2022* argumenta que no procede la revisión en base a la mencionada declaración de inconstitucionalidad de una cuota de IIVTNU que se encontraba sujeta a pagos fraccionados en el momento de dictarse la sentencia.

También resulta de interés la *SJC-A núm. 5 de Málaga, de 24 de octubre de 2022* (ECLI:ES:JCA:2022:2264) que analiza un supuesto en el que se interpuso recurso de reposición contra una liquidación con fecha 9 de noviembre de 2022, estando en el plazo legal para interponerlo. Sin embargo, el mencionado Juzgado considera que no es aplicable del adocina de la citada declaración de inconstitucionalidad y, como no se ha acreditado la existencia de pérdidas, debe confirmarse la liquidación. En la misma línea, la *Consulta de la DGT núm. 18/2022, de 21 de octubre de 2022*, en la que dispone que una autoliquidación del IIVTNU presentada con fecha 13 de octubre de 2021 constituye una situación consolidada y, por ende, no puede revisarse en virtud de la declaración de inconstitucionalidad anteriormente mencionada.

Una postura diferente sostiene la *SJC-A núm. 1 de Madrid, de 20 de octubre de 2022* (ECLI:ES:JCA:2022:3340), que considera que la limitación de efectos de la mencionada declaración de inconstitucionalidad debe interpretarse de forma estricta y no puede entrar en vigor antes de la publicación de la citada sentencia en el *BOE*. En el caso concreto, la rectificación de autoliquidación se presenta el 3 de noviembre de 2021 (antes de la publicación de la citada STC), por lo que no tiene sustento legal y, por ende, debe estimarse la misma. En una línea similar, la *SJC-A núm. 1 de Pontevedra, de 10 de mayo de 2022* (rec. 96/2022) reconoce que las liquidaciones dictadas con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad en el *BOE*, cuya revisión se haya instado antes de esa fecha, deben declararse nulas, al no tratarse de situaciones consolidadas. En cuanto a los efectos de esa declaración de inconstitucionalidad, también se han pronunciado las *Consultas vinculantes de la DGT núm. V1300/2022, de 9 de junio de 2022; núm. V1509/2022, de 23 de junio de 2022, y núm. V1513/2022, de 24 de junio de 2022*.

Además, se han admitido varios recursos de casación que se ocuparán de matizar los efectos de la mencionada declaración de inconstitucionalidad. En concreto, los *AATS de 3 de noviembre de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:15532A) y *de 15 de septiembre de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:12145A) tienen por objeto analizar las consecuencias del vacío legal provocado por esa declaración de inconstitucionalidad. Por su parte, el *ATS de 9 de febrero de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:1397A) admite un recurso de casación cuya finalidad es la determinar el alcance de la limitación de efectos establecida por el TC.

Pese a la relevancia de la nueva declaración de inconstitucionalidad, lo cierto es que, como viene siendo habitual los últimos años, ha seguido teniendo gran relevancia la

STC núm. 59/2017, de 11 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:59) que declara la inconstitucionalidad de la regulación estatal del IIVTNU en la medida en la que permite gravar situaciones inexpressivas de capacidad económica por inexistencia de incremento de valor de los terrenos (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2017*, pp. 295 y ss.; *Anuario de Derecho Municipal 2018*, pp. 341 y ss.; *Anuario de Derecho Municipal 2019*, pp. 318 y ss.; *Anuario de Derecho Municipal 2020*, pp. 320 y ss., y *Anuario de Derecho Municipal 2021*, pp. 285 y ss.).

En relación con esta sentencia, la *STS de 9 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:542)* ha vuelto a insistir en el hecho de que, cuando en las escrituras de compra y venta no figure el valor del suelo de forma separada, el mismo debe calcularse aplicando el porcentaje que corresponde al valor catastral del suelo respecto del valor catastral total. Asimismo, la *STC de 26 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:108)* resuelve un recurso de amparo y considera que el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) se ha visto vulnerado, ya que se ha producido un error judicial al desestimar las pretensiones de la recurrente. En el caso concreto, se solicitó la rectificación de la autoliquidación del IIVTNU ante el ayuntamiento correspondiente, que se entendió desestimada por silencio administrativo negativo. Contra esa desestimación, presentó recurso de reposición que agotó la vía administrativa, al tratarse de un municipio que no tenía la consideración de gran población, por lo que acudió a la vía judicial.

En cuanto a otros pronunciamientos de interés, debemos destacar la *STS de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2640)*, que se pronuncia sobre la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial al ayuntamiento por los perjuicios derivados de la nulidad de la Ordenanza fiscal del IIVTNU. A este respecto, el TS concluye que esta responsabilidad no puede exigirse por el mero hecho de que se haya declarado la nulidad de la norma, sino que exige que se den, en cada caso, los presupuestos necesarios para el reconocimiento de esa responsabilidad. En relación con la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas, debemos mencionar los trabajos de P. CHICO DE LA CÁMARA, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de la fórmula de cálculo de la “plusvalía municipal”», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 101, 2022, pp. 72-77; F. J. DURÁN GARCÍA y J. K. ZARRABE GARCÍA, «¿Se puede reclamar responsabilidad patrimonial a un ayuntamiento por practicar una liquidación de plusvalía?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2022, pp. 134-136.

Por otro lado, también debemos citar la *STSJ de Castilla y León (sede en Burgos), de 8 de abril de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:1483)*, que considera que la alteración de la clasificación catastral del suelo no constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho (art. 217 LGT), por lo que no cabe revisar la liquidación firme del IIVTNU.

En el ejercicio 2022, la DGT ha resuelto varias cuestiones de interés. Además de las anteriormente mencionadas, debemos destacar la *Consulta vinculante de la DGT núm. V2175/2022, de 17 de octubre de 2022*, que analiza las implicaciones en el IIVTNU

de la constitución de un usufructo vitalicio sobre un bien inmueble del que es beneficiario el cónyuge viudo, así como de la posible transmisión de la nuda propiedad con anterioridad o con posterioridad al fallecimiento de dicho usufructuario. Por su parte, la *Consulta vinculante de la DGT núm. V1963/2022, de 15 de septiembre de 2022*, recoge las implicaciones fiscales de una operación de reducción de capital social, consistente en la devolución de una aportación no dineraria (dos inmuebles urbanos) por parte de su accionista único.

Por último, hay que tener en cuenta otras aportaciones doctrinales. En concreto, deben citarse los trabajos de B. MORENO SERRANO, «La consolidación del dominio, ¿está sujeta al IIVTNU?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 11, 2022; J. M. UTANDE SAN JUAN, «Nueva interpretación de la DGT sobre la consolidación del dominio en el IIVTNU», *BIT PLUS*, núm. 272, 2022, pp. 10-14.

3.1.2. Tasas

En 2022, el TS ha dictado aproximadamente 95 sentencias en el ámbito de las tasas locales. A continuación, se reseñan las más relevantes junto con un importante cambio normativo.

3.1.2.1. Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público

En primer lugar, se ha de poner de manifiesto que siguen dictándose sentencias relacionadas con los efectos de la *STJUE de 27 de enero de 2021 (C-764/18 —Orange España—)*, que tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el TS, mediante *Auto de 12 de julio de 2018 (rec. núm. 1636/2017)*, en el procedimiento entre el Ayuntamiento de Pamplona (Navarra) y Orange España, S. A. U. (que fue abordada en el *Anuario de Derecho Municipal 2021*).

A la vista de esta sentencia europea que se acaba de reseñar, en la *STS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:220)* se resolvió el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alicante (Alicante) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, desestimatoria del recurso de apelación deducido frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que había estimado parcialmente la impugnación de una liquidación de la tasa por aprovechamientos especiales del suelo, vuelo y subsuelo del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte del vecindario.

En particular, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en: «[d]eterminar si las limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los arts. 12 y 13 de la Direc-

tiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), según han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a la imposición de tasas y cánones que actúan en el sector de las telecomunicaciones móviles, se extienden también a las empresas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas».

A la luz de la doctrina sentada por el Alto Tribunal en, entre otras, la *STS de 26 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1532)*, de la que nos ocupamos en el *Anuario de Derecho Municipal 2021* se reiteró la siguiente doctrina: «[l]as limitaciones que para la potestad tributaria de los Estados miembros se derivan de los arts. 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de telecomunicaciones (Directiva autorización), tal como han sido interpretados por la STJUE (Sala 4.^a) de 27 de enero de 2021, *Orange*, C-764/18, no rigen para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local exigidas a las compañías que actúan en el sector de la telefonía fija y de los servicios de internet, tanto si estas son las titulares de las redes o infraestructuras utilizadas como si son titulares de un derecho de uso, acceso o interconexión a las mismas» (FD 1.º).

En consecuencia, tras el allanamiento de la parte recurrida, se estimó el recurso de casación interpuesto, sin imposición de costas, dada la complejidad de la cuestión jurídica que había precisado de la fijación de doctrina jurisprudencial. Debe advertirse que se han pronunciado en este mismo sentido —entre otras— las *SSTS de 14 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:79)*; *de 21 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:216)*, *de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:480)*; *de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:479)*, y *de 15 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:599)*.

En cuanto al resto de las resoluciones del Alto Tribunal sobre este tipo de tributos, en primer lugar se ha de citar la *STS de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:213)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por la Junta Vecinal de Cascantes de Alba (León), contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que había estimado parcialmente el recurso formulado por una mercantil frente a la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos.

El fondo de la cuestión es un supuesto análogo al resuelto en la *STS de 3 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4162)* (que ya analizamos en el *Anuario de Derecho Municipal 2020*), por lo que la Sala resolvió con expresa remisión a la doctrina en ella sentada, que se resume en: rechazar el criterio de la sentencia de instancia en cuanto anula la ordenanza por entender que resulta inmotivado el informe técnico-económico por determinar el módulo básico de repercusión del suelo (MBR) y el módulo básico de construcción (MBC) por remisión a la Orden EHA/3188/2006, de 11 de octubre, y a la ponencia de valores del municipio; que en los supuestos de aprovechamiento especial del dominio público no cabe imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento

cuando nos hallemos irrefutablemente ante un caso de aprovechamiento especial, no de uso privativo; y que la ordenanza fiscal, en los casos en que coincidan aprovechamiento especial y uso privativo, deberá justificar la intensidad o relevancia de cada uno de ellos a la hora de cuantificar la tasa.

En consecuencia, se estimó parcialmente el recurso interpuesto, sin imposición de costas, declarándose la nulidad de pleno derecho del artículo de la ordenanza que fijaba un tipo de gravamen único del 5 por 100, sin distinguir el tipo de aprovechamiento realizado.

Debe advertirse que, en este mismo sentido, se han pronunciado —entre otras— las *SSTS de 23 de febrero de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:741); *de 23 de febrero de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:770); *de 24 de febrero de 2022* (ECLI:ES:TS:2021:769); *de 3 de mayo de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:1805), y *de 4 de mayo de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:1919).

De igual modo, se ha de reseñar la *STS de 30 de junio de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:2759), en la que se resolvió el recurso de casación preparado por dos mercantiles contra la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la que se desestimó el recurso presentado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que, a su vez, había desestimado el recurso interpuesto contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo del Ayuntamiento de Logroño, referidas a liquidaciones de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público e, indirectamente, contra la ordenanza fiscal reguladora de dicha tasa.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en determinar si, con ocasión de la impugnación indirecta de un ordenanza fiscal, cabe alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnicos económicos a que se refiere el art. 25 TRLRHL, por entenderse que se trata del incumplimiento de un requisito sustantivo determinante de un elemento esencial del tributo, o si, por el contrario, no cabe tal invocación por constituir un mero vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general.

La Sala del TSJ había entendido, tal y como también había sido el criterio expresado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que el defecto en la memoria económica y en su justificación constituía un defecto formal que no permitía la impugnación indirecta de la ordenanza.

Sin embargo, el TS entiende que esta postura ha de ser matizada. En particular, la Sala declara que, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, reguladora de una tasa, no cabe alegar la omisión o la insuficiencia de los informes técnicos económicos a que se refiere el art. 25 TRLRHL en la elaboración de la ordenanza, por tratarse de un vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general; sin embargo, resulta posible dicha alegación si se cuestiona uno de los elementos esenciales conformadores de la tasa, imprescindible para la determinación de la deuda tributaria, en tanto que en los

informes económicos debe contenerse los criterios determinantes de la fijación de dicho elementos o características definitorias de la tasa, correspondiéndole la prueba de la insuficiencia a quien impugna la liquidación.

En consecuencia, entendió el Alto Tribunal que la sentencia impugnada debe ser casada y anulada por resultar contraria a la doctrina expresada. En efecto, tanto la sentencia de apelación como la de primera instancia exhiben —a juicio del TS— una posición maximalista dado que, con relación a los defectos que las entidades contribuyentes imputaban al informe técnico económico, ni siquiera entraron a enjuiciar dichos vicios al mantener, sin precisión alguna que, en todo caso, se trataba de cuestiones meramente formales que no pueden ser analizadas con ocasión de la impugnación indirecta de ordenanzas. Esta absoluta ausencia de respuesta determina la necesidad de que por la Sala de apelación se provea a las recurrentes de respuestas específicas, en vista de sus alegaciones y de la documentación obrante en el expediente administrativo, con relación a los eventuales vicios o defectos que se imputan al informe técnico-económico en este caso. En otras palabras, se habrá de determinar si los eventuales vicios o defectos pueden llegar a comprometer los elementos esenciales conformadores de la tasa, imprescindibles para la liquidación de la deuda tributaria lo que, evidentemente, implicará la valoración de la prueba de la inexistencia o insuficiencia de dicho informe técnico-económico por parte de los recurrentes. Se trata de una cuestión casuística que no permite erigir soluciones idénticas en todos los casos. Así, por ejemplo, el TS ha apreciado la improcedencia de impugnar las liquidaciones giradas en aplicación de una ordenanza fiscal sobre la base de la insuficiencia del estudio económico financiero por vicios formales, por ausencia de trámites o elementos formales, como pudiera ser discutir la cualificación del técnico que elaboró el informe o la falta de firma del responsable (*STS de 6 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3721*). De la misma manera, aun partiendo de la posibilidad de que a través de una impugnación indirecta de una disposición general puedan alegarse defectos tales como la omisión o la insuficiencia de los informes técnico-económicos, en la medida en que fueran determinantes de la configuración, coste global y reparto del importe de las tasas, se ha de precisar, no obstante, que ello no resulta posible cuando la impugnación indirecta tiene por objeto una mera actualización del importe de las cuotas tributarias, sin innovar la norma en las restantes determinaciones fiscales, de modo que la impugnación indirecta únicamente puede referirse a ese estricto punto en que la ordenanza modifica la preexistente (*STS de 20 de mayo de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2023*).

Ante el tenor de la argumentación contenida en la sentencia impugnada, la Sala aprecia que procede ordenar la retroacción de actuaciones para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja resuelva el recurso de apelación, en consideración a los específicos defectos imputados por las entidades apelantes con relación al referido informe técnico-económico, valorando, en consecuencia, su carácter formal o sustancial y, en su caso, su proyección tanto con relación a la Ordenanza núm. 20 del Ayuntamiento de Logroño, reguladora de las tasas por ocupación de suelo y vuelo de terrenos de dominio y uso público locales, como respecto de las liquidaciones impugnadas, sin que se formule pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Asimismo, se ha de dar cuenta de la *STS de 27 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3922)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por varios particulares y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Provincia de Alicante contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Aspe (Alicante), por la que se aprobó la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local con expendedores automáticos o manuales, con acceso directo desde la vía pública.

En el auto de admisión se determinó que la cuestión de interés casacional objetivo era: «2.1. Determinar si, a efectos del hecho imponible de la tasa, puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local, la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de la ventanilla o torno de una farmacia. 2.2. Precisar si, puede constituir el hecho imponible de la tasa el uso que suponga un aprovechamiento especial del dominio público cuando este venga impuesto por disposición normativa, pudiendo entenderse que en tales casos pueda existir un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de este, aclarando, en ese supuesto, quién sería en este caso el sujeto pasivo de la tasa. 2.3. Esclarecer si, resulta aplicable a las farmacias la doctrina contenida en las *Sentencias de 12 de febrero de 2009 (RC 6385/2006; ECLI:ES:TS:2009:1358)* y de *22 de octubre de 2009 (RC 5294/2006; ECLI:ES:TS:2009:8020 y 32/2008; ECLI:ES:TS:2009:6680)*, referida a los cajeros automáticos de los bancos».

Para resolver el recurso, la Sala tiene en cuenta que en el caso de los dispositivos de atención a los usuarios en las farmacias de guardia, las únicas razones que podrían aducirse en justificación de la calificación de aprovechamiento especial son la intensidad del uso y la rentabilidad singular. En cuanto a la rentabilidad singular, sostiene que no cabe reconocer tal circunstancia por el mero hecho de que la operación sea de venta. En este sentido, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se ha de producir la venta, con intervención de personal de la oficina, y precisamente por exigencia de la legislación de ordenación del servicio farmacéutico, para garantizar permanentemente la atención en tanto servicio público, con las notas de atención profesional y continuidad asistencial. Asimismo, también se ha de tener en cuenta las condiciones de seguridad en la configuración del dispositivo, que es obligatorio para atender este tipo de servicio en horario nocturno o de urgencia, vienen dadas por las normas de seguridad en establecimientos públicos y privados. Así, este conjunto de normas, de carácter imperativo y en garantías del bien superior de la continuidad asistencial de un servicio público sanitario como es la atención farmacéutica, no permite sostener que la eventual intensidad del uso del dominio público para prestar el servicio en los periodos de guardias y festivos, mediante el dispositivo de atención exterior con un eventual uso de la vía pública, responda a una elección del prestador del servicio en aras de la rentabilidad singular que así obtendría, sino en el cumplimiento de una obligación legal inherente al servicio público.

Junto con lo anterior, en cuanto a la mayor intensidad en sí misma, no cabe ignorar que las reducidas circunstancias temporales en que se puede prestar el servicio (horarios de guardia, festivos) no permiten atribuir una especial intensidad a este uso, máxime si se tiene en cuenta la finalidad de servicio público y los condicionantes de seguridad pública que se imponen normativamente en la prestación del servicio farmacéutico fuera de los horarios comerciales.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial que se fija es «que no puede considerarse un aprovechamiento especial del dominio público local la eventual ocupación de la vía pública por quienes adquieren medicamentos u otros productos farmacéuticos a través de dispositivos de atención situados en las farmacias en línea de fachada y acceso desde el exterior, tales como las ventanillas, torno o dispositivos análogos. No cabe hacer una extensión teórica e indiscriminada de esta doctrina a otro tipo de servicios impuestos normativamente, sin atender a sus características singulares. Por último, las características del servicio de farmacia son sustancialmente diferentes a la instalación de cajeros bancarios que examinaron nuestras SSTS de 12 de febrero de 2009 y de 22 de octubre de 2009, citadas, cuya doctrina no es extensible al caso de los dispositivos de atención personal en las oficinas de farmacia que examinamos aquí».

En aplicación de dicha doctrina, se declaró nulo el artículo de la ordenanza en cuanto se refiere a las unidades de despacho o dispensador en oficinas de farmacia, sin perjuicio de que eventuales dispositivos de carácter automático ubicados en oficinas de farmacia, que no conlleven el servicio de atención personal de los profesionales y auxiliares o adjuntos de la oficina a través del torno o ventanilla, pudieran tener cabida en el hecho imponible de la ordenanza con arreglo a alguno de los epígrafes estipulados, cuestión que no es objeto de esta sentencia. En cuanto a las costas, no se hace especial imposición de estas a ninguna de las partes, habida cuenta de las serias dudas de derecho sobre la cuestión, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a las novedades doctrinales referidas a esta materia, se han de reseñar los siguientes trabajos: E. ORTIZ CALLE, «Nuevas perspectivas de las tasas locales sobre los servicios de telecomunicaciones», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 71-95; J. A. ROZAS VALDÉS, «La reforma del marco legal de los peajes locales de gestión circulatoria», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 137-161; R. J. SANZ GÓMEZ, «Los peajes municipales de congestión en el marco legislativo vigente», *Tributos Locales*, núm. 155, 2022, pp. 163-197.

3.1.2.2. Tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas

En primer lugar, se ha de reseñar que, como ya se hizo en ediciones anteriores, abordaremos las novedades relativas a las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario en el epígrafe posterior «2. Otros ingresos», por tratarse de ingresos de naturaleza no tributaria.

En cuanto a las novedades legislativas relativas a las *tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas*, se ha de dar cuenta de la reforma realizada en este ámbito por la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Entre las importantes novedades que contiene esta ley, se encuentra la aprobación de dos nuevos impuestos: el Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables y el Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos, la incineración y la co-incineración de residuos. Sin embargo, esta norma también va a tener un notable impacto sobre las Haciendas locales, que ha pasado quizá algo inadvertido. En el marco del Capítulo II del Título preliminar, dedicado a los principios de la política de residuos y a las competencias administrativas, se ha querido reforzar, según la propia exposición de motivos, la aplicación del principio de jerarquía de residuos, mediante la obligatoriedad por parte de las Administraciones competentes de usar instrumentos económicos para su efectiva consecución. En consecuencia, se ha incluido expresamente —por primera vez— la obligación de que las entidades locales dispongan de una tasa o, en su caso, una prestación patrimonial de carácter público no tributaria, diferenciada y específica para los servicios que deben prestar en relación con los residuos de su competencia, tasas o prestaciones que deberían «tender» hacia el pago por generación.

En particular, dentro del art. 11 dedicado al coste de la gestión de los residuos, se incluyen estos tres relevantes apartados:

«3. En el caso de los costes de gestión de los residuos de competencia local, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, las entidades locales establecerán, en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta ley, una tasa o, en su caso, una prestación patrimonial de carácter público no tributaria, específica, diferenciada y no deficitaria, que permita implantar sistemas de pago por generación y que refleje el coste real, directo o indirecto, de las operaciones de recogida, transporte y tratamiento de los residuos, incluidos la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento y vigilancia posterior al cierre de los vertederos, las campañas de concienciación y comunicación, así como los ingresos derivados de la aplicación de la responsabilidad ampliada del productor, de la venta de materiales y de energía.

4. Las tasas o prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario podrán tener en cuenta, entre otras, las particularidades siguientes:

- a) La inclusión de sistemas para incentivar la recogida separada en viviendas de alquiler vacacional y similar.
- b) La diferenciación o reducción en el supuesto de prácticas de compostaje doméstico o comunitario o de separación y recogida separada de materia orgánica compostable.
- c) La diferenciación o reducción en el supuesto de participación en recogidas separadas para la posterior preparación para la reutilización y reciclado, por ejemplo, en puntos limpios o en los puntos de entrega alternativos acordados por la entidad local.
- d) La diferenciación o reducción para las personas y las unidades familiares en situación de riesgo de exclusión social.

5. Las entidades locales deberán comunicar estas tasas, así como los cálculos utilizados para su confección, a las autoridades competentes de las comunidades autónomas».

La naturaleza jurídica de estas figuras será, como el propio texto legal indica, de tasa o de prestación patrimonial de carácter público, en función de la concreta forma de gestión del servicio que haya decidido la entidad local, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.6 TRLRHL. En este sentido, no se altera sustantivamente la situación actual.

Sin embargo, más novedoso es lo que tiene que ver con la cuantificación de estas nuevas tasas/prestaciones. En efecto, frente al límite máximo del coste del servicio en su conjunto que para las tasas se establece en el art. 24 TRLRHL, este nuevo precepto obliga a que esta nueva figura sea «no deficitaria». Así pues, la conjunción de ambas normas parece conducir a una obligación de cubrir el coste del servicio, alcanzando dicho importe, pero sin rebasarlo. Evidentemente, lo relevante en esta cuestión será la forma en la que se realice el correspondiente informe técnico-económico, que es el documento que acreditará que se cumple con la suficiencia financiera a la que obliga la ley.

En cuanto a las novedades jurisprudenciales relativas a las *tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas*, cumple referirse a la *STS de 14 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1372)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por un particular frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que desestimó la cuestión de ilegalidad, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sobre la ordenanza reguladora de la tasa por servicio de agro-guardería rural del Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena (Badajoz).

Preparado el recurso, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era determinar «si, una vez constatado que no pueden constituir el hecho imponible, alguno de los supuestos descritos por la ordenanza reguladora de una tasa por la prestación del servicio de guardería rural en favor de fincas rústicas, como el de vigilancia general, dicha circunstancia puede ser enervada, no dando lugar, por ende, a pronunciamiento alguno de nulidad, por la circunstancia de preverse, además, algunos supuestos susceptibles de ser gravados por referirse a tareas específicas de colaboración y vigilancia concreta en el ámbito rural».

La Sala entiende que, para dar respuesta a esta cuestión, es relevante considerar que, a diferencia de otras ordenanzas municipales reguladoras de la tasa de guardería rural, que se limitan a definir el hecho imponible de manera genérica, la ordenanza recurrida define diez actuaciones concretas que representan la prestación del servicio a los titulares de fincas rústicas en el término municipal. Todas y cada una de las diez funciones, consideradas en su conjunto y en el contexto en el que se insertan, coadyuvan de manera efectiva a la protección del entorno rural y sus elementos funcionales y, por ende, de las fincas rústicas de los sujetos pasivos de la tasa, es decir, de los destinatarios del servicio y beneficiarios específicos del mismo. Así, entiende el TS que no resulta correcto el razonamiento realizado por el tribunal de instancia, en tanto en cuanto, desde una consideración aislada de cada una de dichas funciones, desconectada de su finalidad común, mantiene que no sería necesario que concurriesen esas características en el conjunto de las funciones que se describen en la ordenanza recurrida, bastando, se dice, que tan sólo una de ellas lo hiciera.

En definitiva, entiende la Sala que sí tiene acomodo en nuestro ordenamiento jurídico la definición del hecho imponible de la tasa en litigio, en tanto que cumple el principio de reserva de ley, puesto que ese artículo determina, con la claridad y precisión exigida, el hecho imponible. Por tanto, la doctrina que se fija es que resulta insuficiente definir el hecho imponible con una mera referencia a la guardería rural, pues es necesaria una delimitación más precisa, como la llevada a cabo en la ordenanza recurrida, que define el hecho imponible describiendo tal servicio en diez apartados que han de ser valorados conjuntamente, o bien, remitirse a la ordenanza del servicio en la que se definen las funciones propias de la guardería rural con la misma claridad y nitidez.

En virtud de lo anterior, la Sección entiende que procede la desestimación del recurso sin imponer las costas a ninguna de las partes.

Asimismo, se ha de dar noticia de la *STS de 16 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:985)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación, promovido por los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que, a su vez, había estimado el recurso contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid, desestimatoria de la reclamación formulada por el Ministerio de Defensa frente a la liquidación provisional correspondiente a la tasa por prestación de servicios en galerías municipales.

La cuestión que presentaba interés casacional era determinar si las tasas cobradas por el Ayuntamiento de Madrid por servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas pueden o no resultar exentas conforme a lo dispuesto en el art. 21.2 TRLRHL, referido a las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, así como por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por todos los que inmediatamente interesen a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional.

A fin de resolver el recurso, la Sala examinó la evolución legislativa del citado precepto, alcanzando la conclusión de que el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales están obligados al pago de las tasas al Ayuntamiento de Madrid por la prestación de servicios públicos tales como la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas.

En consecuencia, se estimó el recurso de casación interpuesto y se confirmó la liquidación practicada por el municipio, sin imposición de costas.

Igualmente, cumple referirse a la *STS de 16 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2434)* en la que se resolvió el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares (Madrid), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación, promovido por una empresa aseguradora, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que, a su vez, desestimó el recurso deducido por la citada

aseguradora contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, que confirmó el decreto del concejal delegado de Hacienda que ratificó el acta de inspección de tributos y la liquidación en concepto de tasa por la prevención y extinción de incendios, de prevención de ruinas, de construcciones y derribos, salvamentos y otros análogos.

Preparado el recurso por la citada entidad local, el interés casacional objetivo de la cuestión versaba en matizar, reforzar o completar la jurisprudencia del TS a fin de determinar si la ordenanza impugnada cumplía con lo dispuesto en el art. 16 TRLRHL y, en particular, si permite delimitar suficientemente al sujeto pasivo a fin de considerar como contribuyentes a toda persona física o jurídica que resulte beneficiada o afectada por la prestación, a cargo del ayuntamiento, de los servicios de emergencia, y como sustituto del contribuyente, a las entidades o sociedades aseguradoras del riesgo en el municipio.

Teniendo en consideración que la ordenanza simplemente se limitaba a disponer que «son sujetos pasivos contribuyentes, las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el art. 35 LGT, que resulten beneficiadas o afectadas por el mantenimiento de los servicios de emergencia a los que se refiere el artículo anterior», esto es, se ceñía a reproducir la fórmula normativa genérica que define el concepto de sujeto pasivo contribuyente de la tasa en el art. 23 TRLRHL. En opinión del TS, esto supone que la ordenanza no colabora, como es preciso, con la ley en la definición del contribuyente.

En consecuencia, se fija como doctrina que la ordenanza impugnada no cumple lo dispuesto en el art. 16 TRLRHL, puesto que el sujeto pasivo contribuyente no queda suficientemente delimitado y, por extensión, tampoco el sujeto pasivo sustituto. En consecuencia, se desestimó el recurso de casación sin realizar imposición de costas.

En el mismo sentido, se han pronunciado —entre otras— las *SSTS de 21 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2487)*; *de 22 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2601)*; *de 22 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2596)*, y *de 11 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3584)*.

Por último, se ha de dar cuenta de la *STS de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4333)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera (Cádiz), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estimó el recurso presentado por varios particulares contra el acuerdo adoptado por el Pleno de la citada entidad local, por virtud del cual se aprobó definitivamente el expediente de modificación de las ordenanzas fiscales de alcantarillado y suministro de agua.

El TS apreció la concurrencia del interés casacional objetivo para formar jurisprudencia, que persigue determinar, interpretando conjuntamente el art. 19.2 TRLRHL y el art. 73 LJCA, si en los supuestos de anulación de una ordenanza fiscal que aprueba una tasa por falta de informes técnico-económicos del coste del establecimiento de los servicios, la sentencia puede prohibir y de acuerdo con qué requisitos, que se mantengan

los actos firmes o consentidos dictados al amparo de esa ordenanza anulada; así como aclarar si la prohibición establecida en el art. 19.2 TRLRHL de mantener los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada tiene efectos *erga omnes* o sólo afecta a las partes del proceso.

Tras analizar los preceptos en cuestión, el Alto Tribunal concluyó que: *a)* la anulación de una ordenanza —como cualquier disposición general— causa efectos *erga omnes* (desde la publicación en el boletín correspondiente). Obviamente, también para los recurrentes que la impugnaron en la instancia; *b)* la extensión del fallo a los actos de aplicación consentidos afecta a las partes, pues la regla general (art. 73 LJCA) es que las sentencias firmes no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos firmes sobre actos de aplicación, y *c)* el contenido extensivo de la sentencia y la posibilidad de reabrir procedimientos o procesos finalizados con sentencia firme permitiría, en su caso, promover a los destinatarios de la norma, fueran o no parte en este litigio, la acción de nulidad radical del art. 217 LGT o, en su caso, la revocación del art. 219 LGT o, en fin, las iniciativas impugnatorias previstas en el ordenamiento jurídico para los actos firmes, sin que en este asunto pudiera ser opuesta, por sí misma, esa firmeza como obstáculo para la anulación de tales actos, ni tampoco ser declarados nulos eventuales liquidaciones, ajenas por completo al ámbito objetivo de este recurso.

En consecuencia, se desestimó el recurso interpuesto sin imposición de costas a ninguna de las partes.

En lo tocante a las novedades doctrinales acerca de la materia, cumple dar cuenta de la publicación de los siguientes trabajos: J. I. GOMAR SÁNCHEZ, «La tasa de residuos locales. Observaciones y problemática», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 91-117; J. PAGÈS I GALTÉS, «La prestación económica por la gestión local de residuos (primera parte). Naturaleza jurídica», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 49-139; J. PAGÈS I GALTÉS, «La prestación económica por la gestión local de residuos (segunda parte). Extrafiscalidad y paraafiscalidad», *Tributos Locales*, núm. 157, 2022, pp. 33-123; J. PAGÈS I GALTÉS, «La prestación económica por la gestión local de residuos (tercera parte). Establecimiento y tramitación», *Tributos Locales*, núm. 158, 2022, pp. 53-143; A. J. RAMOS HERRERA, «La problemática delimitación de la prestación efectiva del servicio público en las tasas», en M. L. ESTEVE PARDO (dir.) y A. NAVARRO GARCÍA (coord.), *La financiación de los servicios públicos en las áreas urbanas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 123-134.

3.1.3. Contribuciones especiales

En lo que se refiere a los escasos pronunciamientos judiciales recaídos sobre esta materia, se ha de reseñar la *STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:6963)*, que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, estimatoria en parte del recurso contencioso-administrativo promovido por varios particulares contra el acuerdo del Ayuntamiento de Sant Joan de Vilatorrada (Barcelona), desestimatorio del recurso de reposición de-

ducido frente al acuerdo del Pleno Municipal, por el que se aprobaba el expediente de imposición y ordenación de contribuciones especiales correspondiente a la obra de urbanización de un tramo de la indicada población.

Junto con otras pretensiones menos relevantes, la primera cuestión relevante tiene que ver con que los polígonos resultantes no han sido ejecutados y, consiguientemente, tampoco se ha llevado a cabo la redistribución de las fincas, con la lógica consecuencia de no ser susceptibles de aprovechamiento las inicialmente aportadas. De tal forma que dicha situación cuestiona el reparto de las contribuciones llevado a cabo en este caso, dado que el beneficio de las obras a tener en cuenta en el reparto se halla en función de las concretas características de las fincas que resulten de las correspondientes reparcelaciones, por ser estas últimas las que disfrutarán del aprovechamiento urbanístico. Igualmente, la Sala entiende, del mismo modo que lo hizo el tribunal de instancia, que es inapropiado el módulo de reparto establecido (metro lineal de fachada), ya que, si bien la edificabilidad de las fincas es la misma en fachada, no ocurre lo mismo en relación con el conjunto de la isla, dado que la profundidad de tales fincas es variable y la edificabilidad en el interior no es la misma que en el paseo de que se trata; circunstancias todas ellas de las que resulta obligado concluir que la determinación de las cuotas definitivamente aplicables deberá tener en cuenta las dimensiones y características de las fincas resultantes de dicha reparcelación y asimismo el aprovechamiento urbanístico efectivo de cada una de las afectadas por las obras para cuya ejecución se aprobaron las contribuciones especiales.

En consecuencia, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, sin condena en costas a ninguna de las partes.

Por otro lado, en lo que se refiere a las novedades doctrinales que se han publicado sobre la materia en 2022, cabe dar cuenta del siguiente trabajo: D. MARÍN-BARNUEVO FABO, «Los ingresos públicos. El tributo: concepto y clases. Principios de la imposición. Impuestos. Tasas. Contribuciones especiales. Los precios públicos: especial consideración de su naturaleza jurídica», en I. HUERTA GARICANO y A. MILLÁN HERRANDIS (coords.), *Fundamentos de derecho tributario (adaptados al Programa de las oposiciones de Magistrados. Especialistas de lo Contencioso-Administrativo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55-72.

3.2. Otros ingresos

En lo referente a las novedades jurisprudenciales relativas a la materia, se ha de dar noticia del *ATS de 6 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:10575A)*, que admitió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Cangas (Pontevedra), contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estimó el recurso promovido por dos mercantiles contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cangas de 27 de enero de 2020, por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributaria por los servicios vinculados al ciclo integral del agua.

En particular, la sección de admisión apreció que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión: «Determinar si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el art. 133.1 de la Ley 39/2015, con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el art. 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del art. 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no».

En materia de compensaciones, merece la pena destacar la publicación de las Órdenes HFP/73/2022, de 7 de febrero, por la que se determina el importe a percibir por las entidades locales de la compensación por el efecto de la implantación del suministro inmediato de información del IVA, SII-IVA, en la liquidación de la participación en tributos del Estado de 2017, de conformidad con lo dispuesto en la DA 86 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 y HFP/341/2022, de 20 de abril, por la que se establecen los criterios de distribución a las entidades locales de la compensación prevista en la DA 84 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022; así como de las Resoluciones de 10 de marzo de 2022, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se habilita el sistema para la solicitud electrónica de las compensaciones por la pérdida de recaudación derivada de los beneficios fiscales en los tributos locales establecidos en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, y de 24 de marzo de 2022, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se regula el procedimiento de compensación de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza rústica para el ejercicio 2022, prevista en el art. 5 del Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

Por último, en cuanto a las novedades doctrinales sobre la materia se ha de referir el siguiente trabajo: M. L. ESTEVE PARDO, «Necesidad de sistematizar y dotar de un régimen general a las prestaciones patrimoniales de carácter público», en M. L. ESTEVE PARDO (dir.) y A. NAVARRO GARCÍA (coord.), *La financiación de los servicios públicos en las áreas urbanas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 19-39.

4. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL

Durante el ejercicio 2022, no ha habido modificaciones significativas en relación con los procedimientos tributarios. En el plano catastral, solamente debemos citar la aprobación de la *Resolución de 25 de enero de 2022, de la Secretaría de Estado de Hacienda, por la que se dictan instrucciones para el establecimiento de cauces estables de colaboración entre la Dirección General del Catastro y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en materia de intercambio de información y acceso directo a las respectivas bases de datos*. Adicional-

mente, en el ejercicio 2022, se ha publicado la suscripción o modificación de unos 102 convenios de colaboración entre la Dirección General del Catastro y algunas entidades locales u otras administraciones e instituciones, así como la extinción de 11 convenios.

La gestión catastral ha sido una temática bastante tratada por los tribunales durante el año 2022. Así, por ejemplo, la *STS de 2 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:867)* considera que las actuaciones de regularización catastral interrumpen la prescripción del derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria del IBI. Por su parte, la *SAN de 31 de enero de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:213)* reconoce la legitimación del Ayuntamiento de Villaller para personarse en una reclamación económico-administrativa relativa a un expediente de corrección del valor catastral de un BICE. Además, la *SAN de 15 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:6130)* ha determinado que, para inscribir una división horizontal en el Catastro Inmobiliario, es suficiente la aportación de un documento privado, sin que sea necesaria una escritura pública. En cuanto a la adquisición de la condición de titular catastral como consecuencia de una subasta administrativa, se ha pronunciado la *Consulta vinculante de la DGT núm. V1292/2022, de 7 de junio de 2022*.

Igualmente diversos autores han estudiado aspectos interesantes que analizan la gestión catastral, así como sus implicaciones en el IBI. Así, debemos citar los trabajos de L. MOCHÓN LÓPEZ, «Modificaciones en la normativa catastral», en J. LÓPEZ MARTÍNEZ y J. M. PÉREZ LARA (coord.), *Prevención y lucha contra el fraude fiscal: análisis sistemático de la Ley 11/2021, de 9 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 39-573; B. MORENO SERRANO, «La tramitación de un procedimiento de regularización catastral interrumpe el plazo de prescripción del derecho a liquidar el IBI», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2022, pp. 49-52; M. COSTA BOIRA, «¿Cómo puede afectar la gestión compartida del IBI?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 8, 2022; I. ALONSO ALONSO, «¿Tienen efectos sobre las liquidaciones anteriores del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los acuerdos catastrales de rectificación?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 7, 2022.

Asimismo, en caso de modificación del valor catastral con posterioridad a la liquidación del IIVTNU, resultan de interés las *SSTS de 9 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:484)* y *de 14 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:699)* que han concluido que, de forma previa a la tramitación del correspondiente procedimiento de devolución de ingresos indebidos, es necesario proceder a la revocación de dichas liquidaciones (art. 119 LGT). Por su parte, la *STS de 16 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4335)* ha determinado que la modificación de la valoración catastral conforme al procedimiento de subsanación de discrepancias (art. 18.1 TRLCI) no tiene efectos retroactivos.

Respecto del procedimiento impugnatorio del IIVTNU, una de las sentencias con mayor impacto ha sido la *STS de 9 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:484)* que analiza la posibilidad de plantear un procedimiento de revocación de las liquidaciones

del IIVTNU firmes, si bien, en cada caso concreto, deben concurrir los presupuestos necesarios para que se estime la misma. En este sentido, debemos destacar los trabajos de J. CALVO VÉRGEZ, «Los procedimientos especiales de revocación y de nulidad como posibles vías para articular la devolución de ingresos indebidos de la plusvalía municipal», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 252, 2022, pp. 28-47; C. MÁRQUEZ SILLERO y A. MÁRQUEZ Y MÁRQUEZ, «El retorno de la revocación en la aplicación de los tributos. Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2022», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 87, 2022; V. A. GARCÍA MORENO, «La revocación y la devolución de ingresos indebidos derivados de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre Plusvalía (IIVTNU): hay infracción de la ley pero no es manifiesta: Sentencias del Tribunal Supremo núm. 154/2022, de 9 de febrero, y núm. 178/2022, de 22 de febrero», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 84, 2022.

En relación con la gestión del IBI, la *STS de 7 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4024)* analiza un supuesto en el que se anula una liquidación del IBI, así como la correspondiente sanción firme. De hecho, esta última se anula por la vinculación entre ambos actos, pues la liquidación constituye el presupuesto necesario para que pueda existir dicha sanción. Así, posteriormente, se dicta una nueva sanción en sustitución de la anterior, respecto de la que el TS determina que se trata de un acto nuevo y, por ende, puede ser impugnado en vía administrativa y, una vez finalizada la misma, en vía contencioso-administrativa, sin que los motivos de impugnación deban ser los mismos que los del acto sancionador originario.

Respecto del IAE, debemos destacar la *Resolución de 8 de junio de 2022, del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2022 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas*, así como las *Ordenes HFP/1335/2022, de 28 de diciembre, sobre delegación de la inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas*, y *HFP/1334/2022, de 28 de diciembre, sobre delegación de la gestión censal del Impuesto sobre Actividades Económicas*.

También es interesante en relación con el IAE, la *STSJ de Illes Balears de 4 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TSJBAL:2022:424)* en que se examina la procedencia de la devolución de ingresos indebidos en aquellos se modifica la matrícula censal por la acreditación de la concurrencia de un supuesto de exención del IAE con posterioridad a que las liquidaciones correspondientes hayan adquirido firmeza. El TSJ señala que el art. 224.1 LGT «ante la complejidad derivada de la gestión compartida, prevé que la liquidación del tributo siga su vía propia con independencia de lo que ocurra en la discusión sobre la inclusión censal y que luego, si resulta reconocido que el sujeto pasivo no debería haberse incluido en la matrícula, se realizará la correspondiente devolución de aquellos ingresos ya abonados como consecuencia de la separación de los dos ámbitos de gestión», por lo que, tras reconocerse la exención por el órgano censal, debe procederse a la devolución de las cuotas del IAE.

En cuanto a admisiones a trámite de recursos de casación, debemos destacar el *ATS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:38A)*, que tiene por objeto determinar si puede anularse el acto tributario recurrido por el hecho de que el municipio, aun teniendo la consideración de municipio de gran población, no dispone de Tribunal Económico-Administrativo operativo. Asimismo, el *ATS de 23 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3850A)* admite un recurso de casación que tiene por objeto dilucidar si resulta posible la impugnación indirecta de las ordenanzas fiscales reguladoras de tributos potestativos (IIVTNU e ICIO), en base a la inexistencia del acuerdo de imposición preceptivo. Además, el TS debe pronunciarse sobre si los obligados por contrato al pago del IIVTNU están legitimados para instar la rectificación de la autoliquidación del IIVTNU y, en su caso, solicitar la correspondiente devolución de ingresos indebidos, pues así se recoge en el *ATS de 13 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:11058A)*.

Finalmente, debemos citar diversas aportaciones doctrinales en relación con los procedimientos tributarios en el ámbito local. En concreto, nos referimos a los trabajos de D. MARÍN-BARNUEVO FABO «Impuestos municipales: clasificación. Impuesto sobre bienes inmuebles: naturaleza y hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, cuota, devengo y periodo impositivo. Gestión catastral y gestión tributaria. Impuesto sobre actividades económicas: naturaleza y hecho imponible, exenciones, sujetos pasivos, cuota tributaria y periodo impositivo. Gestión censal y gestión tributaria», en I. HUERTA GARRICANO y A. MILLÁN HERRANDIS (coords.), *Fundamentos de derecho tributario (adaptados al Programa de las oposiciones de Magistrados. Especialistas de lo Contencioso-Administrativo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 369-388; M. BASTIDA PEYDRO y P. CIRUELOS LARA, «Las instalaciones de producción de energía fotovoltaica en el ámbito de la tributación local», *Tributos Locales*, núm. 154, 2022, pp. 57-93; F. J. CAÑAL GARCÍA, «Beneficios fiscales para la transición energética en la imposición local», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 73-89; F. J. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, «El necesario replanteamiento de las haciendas locales: El fomento de una transición ecológica y la lucha contra la despoblación desde el derecho a la propiedad», en C. M. LÓPEZ ESPADAFOR (dir.), *Tributación, economía, gestión y regulación de patrimonios*, Dykinson, 2022, pp. 139-148; P. M. HERRERA MOLINA y A. TANDAZO RODRÍGUEZ, «¿Deberían establecerse impuestos ambientales de carácter local sobre grandes establecimientos comerciales o sobre otras actividades económicas?», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 37-71; J. C. GARCÍA MUÑOZ, «Reflexiones relativas a la reforma de la fiscalidad ambiental: que los árboles no nos impidan ver el bosque», *Economistas*, núm. 178, 2022, pp. 89-96; M. J. PORTILLO NAVARRO, «El tratamiento de la discapacidad en los tributos locales. Situación actual y propuestas de reforma», *Tributos Locales*, núm. 159, 2022, pp. 15-35; C. J. CORRECHER MATO, «Consortios administrativos e impuesto sobre sociedades: Especial consideración a los consortios de ámbito local», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 141-169; *id.*, «El pago de los tributos a través de Bizum», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 12, 2022; J. M. LAGO MONTERO, «De la participación en tributos autonómicos a la plusvalía, con el TC hemos topado», *Tributos Locales*, núm. 154, 2022, pp. 29-55; D. MA-

RÍN-BARNUEVO FABO, «Las haciendas locales. Evolución y características. Recursos. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria: contenido de las ordenanzas fiscales, tramitación y régimen de impugnación de los actos de imposición y ordenación de tributos. El establecimiento de recursos no tributarios», en I. HUERTA GARICANO y A. MILLÁN HERRANDIS (coords.), *Fundamentos de derecho tributario*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 335-352; A. MELERO BALCAZAR, «Los ingresos locales y la gestión recaudatoria de las diputaciones para los municipios: otro desafío de fiscalización», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 50-65; A. GONZÁLEZ PELAYO, «Los acuerdos de colaboración de los sujetos privados con las entidades locales y su incidencia en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 171-183; J. I. RUBIO DE URQUÍA, «Miscelánea. Los tributos locales en el “Libro Blanco sobre la reforma tributaria”. Tasa municipal por servicios de extinción de incendios prestados efectivamente por la comunidad autónoma: el TS continúa indagando en la materia. ¿Son vicios determinantes de la nulidad radical de las ordenanzas fiscales la falta de consulta previa o, en las impugnaciones indirectas, la falta de acuerdo expreso de imposición? Naturaleza del recargo sobre el IBI de las Áreas Metropolitanas. Alcance de la exención de tasas locales a favor del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. Coletazos de la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU: en los supuestos a los que es posible aplicar la declaración de inconstitucionalidad, ¿es necesario entrar a determinar si se ha producido o no una situación inexpressiva de capacidad económica?», *Tributos Locales*, núm. 156, 2022, pp. 5-27.

Presupuestos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-4715-9062

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-2887-4039

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Abogada y Profesora Asociada de Derecho Financiero y Tributario

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-8408-0938

Palabras clave: Haciendas locales; presupuestos locales; estabilidad presupuestaria.

Keywords: Local finance; local budgets; budgetary stability.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESUPUESTOS LOCALES Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA: 2.1. Novedades normativas. 2.2. Novedades jurisprudenciales. 2.3. Novedades doctrinales.—3. EL CONTROL EXTERNO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA LOCAL: 3.1. La fiscalización externa de la actividad económico-administrativa de las entidades locales: 3.1.1. Marco normativo en materia de fiscalización. 3.1.2. Tribunal de Cuentas. 3.1.3. Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid. 3.2. Responsabilidad contable: 3.2.1. Tribunal Supremo. 3.2.2. Tribunal de Cuentas. 3.3. Novedades doctrinales.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad financiera del Estado está compuesta esencialmente por dos elementos: los ingresos y los gastos públicos. Correlativamente, el Derecho tributario se ocupa del estudio del régimen jurídico relativo a la obtención de los ingresos necesarios para la satisfacción de las necesidades públicas. Por su parte, el Derecho presupuestario se encarga del conjunto de reglas y principios que disciplinan el gasto público. Desde hace años, es pacífica entre la doctrina científica, al menos entre la mayoritaria, la idea de que la conexión entre el ingreso y el gasto público es la esencia de la actividad financiera y, por tanto, su análisis científico debe realizarse de forma unitaria, con una metodología común y a la luz de unos principios comunes. Esto explica que, durante varias ediciones de este anuario y hasta hace sólo seis años, el análisis de las Haciendas locales se realizase en un único informe.

Sin embargo, en los últimos años se ha incrementado notablemente la preocupación por el control del gasto público y la adecuada rendición de cuentas de los gestores públicos. Esto se ha traducido en una revitalización del Derecho presupuestario, de suerte que se han incrementado tanto las obligaciones de control previo (instrumentadas principalmente a través de los interventores en las fases previas a la aprobación definitiva del gasto), así como el alcance y la intensidad de los controles *a posteriori*, llevados a cabo —en la mayoría de las ocasiones— por el Tribunal de Cuentas. Asimismo, la transparencia y claridad de las cuentas públicas locales son también requisitos para la obtención de los fondos provenientes de la Administración central, a fin de hacer frente a las imperiosas necesidades de liquidez que afrontan los municipios en la actualidad.

Sentado lo anterior, y a la vista del éxito que tuvo la iniciativa en los años anteriores, parece que está más que justificado dividir el análisis de las Haciendas locales en dos informes separados: uno que analice la vertiente del ingreso y otro, el presente, que se refiera al régimen jurídico del gasto, con especial consideración de la fiscalización externa de las entidades locales y de la responsabilidad contable que pueda derivarse.

Con carácter previo al análisis pormenorizado de las novedades relativas a esta materia, debe destacarse que, al igual que en 2021, en 2022 el principal protagonista ha seguido siendo el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), que aprobó España dentro del plan denominado *Next Generation EU*, junto con la práctica vuelta a la normalidad tras los estragos que generó la pandemia.

En especial, ha sido muy relevante el desarrollo del CoFFEE-MRR (Plataforma Común de FFFEE —Fondos Europeos—, módulo del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia), que es el sistema de información de gestión del PRTR que depende del Ministerio de Hacienda y Función Pública. CoFFEE-MRR es fundamentalmente un gestor del cumplimiento de los hitos y objetivos definidos en el PRTR. Con la información que se traslade a CoFFEE cada entidad ejecutora, se generará el correspondiente informe de gestión, siendo el órgano gestor de la entidad ejecutora el responsable de la información que consta en el mismo en relación con la ejecución del PRTR. En el caso

de las ayudas concedidas a entidades locales, habitualmente el informe de gestión debe ser elaborado y firmado por el secretario o cargo que desempeñe funciones análogas como órgano gestor de la entidad ejecutora.

Como ya se advirtió en la edición del año pasado y en la anterior, tras la activación de la cláusula de salvaguardia en el ámbito europeo, el 20 de octubre de 2020 el Congreso de los Diputados apreció, en una resolución hasta entonces inédita, que España sufría una emergencia extraordinaria por la pandemia de la covid-19 que justificaba la suspensión temporal de las reglas fiscales en 2020 y 2021, en aplicación de lo dispuesto en el art. 135.4 de la Carta Magna. Pues bien, el 22 de septiembre de 2022 el Congreso de los Diputados apreció que en España se mantenían las condiciones de excepcionalidad que aconsejaban y justificaban mantener la suspensión de las reglas fiscales también en el ejercicio 2023.

2. PRESUPUESTOS LOCALES Y ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

2.1. Novedades normativas

En primer lugar, cumple señalar que durante el año 2022 estuvo vigente la suspensión de la aplicación de las reglas fiscales, incluyendo la suspensión de los objetivos de estabilidad y deuda, así como de la regla de gasto. Esta suspensión se va a mantener durante 2023 tras obtener el Gobierno el aval parlamentario para extender la suspensión a 2023 como consecuencia de las consecuencias económicas de la invasión rusa de Ucrania. El Consejo de Ministros aprobó el acuerdo para solicitar la extensión de la suspensión de las reglas fiscales a 2023 el 26 de julio de 2022 y esta solicitud fue avalada por el Congreso el 22 de septiembre de 2022. Además, se aprobó la tasa de referencia que permite incrementar el gasto a las entidades locales, ya que se pasa de un superávit de 0,2 por 100 a un objetivo de superávit del 0,1 por 100.

En materia de presupuestos locales, debemos comenzar destacando las medidas incluidas en el *Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad*. En este real decreto-ley se incluyen medidas con afectación presupuestaria destinadas al establecimiento de obligaciones presupuestarias para las entidades locales en relación con la prestación del servicio de transporte público urbano o interurbano de acuerdo con el art. 47 de dicho Real Decreto-ley, así como a la afectación a la prestación de este servicio de los ingresos obtenidos por las entidades locales derivados de las ayudas estatales conforme a los arts. 46 y 48 del Real Decreto-ley. Una afectación similar ya se había incluido en el art. 7 del *Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma*.

Por último, el art. 108 del Real Decreto-ley 20/2022 modifica el art. 40 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico con el objeto de ampliar el ámbito objetivo del compartimento Fondo de Ordenación, del Fondo de Financiación a Entidades Locales. Esta modificación permite que la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos pueda establecer las necesidades financieras que las entidades locales pueden financiar con cargo al compartimento. También se establecen nuevos procedimientos para financiar las obligaciones pendientes de pago a proveedores y reglas relativas a la tesorería y reconocimiento de créditos.

Por su parte, en el art. 23 del *Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía* se establece el incremento salarial adicional del personal al servicio del sector público. Esta precepto habilita a las entidades locales a formalizar préstamos con el Fondo de Financiación a Entidades Locales para poder financiar estos incrementos retributivos en los casos en que no dispusieran de recursos suficientes.

En la DF 31 del *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania* se procedió a modificar la DA 7.^a del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Esta modificación afecta a la gestión de los créditos presupuestarios de las entidades locales, destinados a proyectos financiados con fondos europeos en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

A nivel reglamentario, corresponde hacer referencia al *Real Decreto 503/2022, de 27 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1023/2020, de 17 de noviembre, por el que se actualizan las cuantías, los criterios y el procedimiento de distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género*. Como su nombre indica, este real decreto modifica el Real Decreto 1023/2020 actualizando los criterios para la distribución de las transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado en materia de violencia de género y el régimen aplicable a los remanentes de los fondos.

Por último, deben señalarse las *Resoluciones de 7 de enero de 2022, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se establecen instrucciones relativas al calendario, actuaciones, contenido de los planes de ajuste, y de su revisión, y de los modelos para utilizar en el procedimiento extraordinario de financiación para la cancelación de obligaciones pendientes de pago de determinadas entidades locales; de 8 de febrero de 2022, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que*

se desarrolla la información a suministrar por las Corporaciones locales relativa al esfuerzo fiscal de 2020 y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda; y de 21 de julio de 2022, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se da cumplimiento al art. 41.1.a) del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

2.2. Novedades jurisprudenciales

Se debe comenzar destacando la *STS de 29 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3427)* dictada en el marco del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una sentencia de gran relevancia. En el supuesto examinado, se cuestionaba si contra el Acuerdo de aprobación definitiva del presupuesto de una entidad local cabía formular recurso potestativo de reposición o si sólo cabía recurrir dicho Acuerdo en la vía contenciosa-administrativa. El TS recuerda que el presupuesto municipal tiene «naturaleza predominantemente normativa». Por ello, el TS entiende que es aplicable el art. 112.3 de la Ley 39/2015, que excluye la posibilidad de interponer recurso administrativo contra las disposiciones administrativas de carácter general. De este modo, «no cabe interponer el recurso de reposición, debiendo impugnarse directamente en sede jurisdiccional».

Sin embargo, dicho pronunciamiento se matiza por el propio TS, que afirma que pueden existir determinados aspectos del presupuesto con contenido decisorio. En este sentido, la doctrina ha valorado la posibilidad de que en la impugnación del «particular relativo a la plantilla de personal, o plantilla orgánica que frecuentemente acompaña a los presupuestos» se pudiera considerar que se trata de un acto con naturaleza general, de modo que, junto a la vía contenciosa-administrativa, se pudiera plantear, de modo potestativo, el recurso de reposición. En este sentido, J. R. CHAVES, «El presupuesto local tiene naturaleza reglamentaria y no admite recurso de reposición», *delajusticia.com*, 10 de octubre de 2022 (último acceso: 1 de abril de 2023).

También es de interés la *STS de 23 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1927)*. En el supuesto de hecho, el tribunal de instancia había desestimado un requerimiento de anulación o revocación de la imputación de deuda a largo plazo por el Ministerio de Hacienda a un ayuntamiento derivada del contrato de construcción, mantenimiento y explotación del servicio de transporte mediante tranvía de acuerdo con el Protocolo de Déficit Excesivo. En el ATS de admisión se planteaba como cuestión con interés casacional la relativa a aclarar cuál era el órgano competente y el procedimiento a seguir en el marco del Protocolo de Déficit Excesivo en el ámbito local en relación con las funciones y el alcance de las decisiones del Comité Técnico de Cuentas Nacionales. El TS señala que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013 corresponde a dicho Comité la valoración e imputación de las operaciones efectuadas por las diferentes unidades del sector público, lo que incluye las Corporaciones Locales. El TS concluye que corresponden al Comité Técnico de

Cuentas Nacionales «las funciones de valoración e imputación de operaciones económicas efectuadas por las diferentes unidades del sector público, de acuerdo con los criterios del SEC 2010, entre las que debe incluirse la imputación de la deuda derivada del contrato que se ha examinado en este recurso, y para el cumplimiento de sus funciones, el Comité tiene facultades para efectuar actuaciones directamente encaminadas a la verificación y contraste de la información suministrada por las unidades institucionales pertenecientes a los subsectores de comunidades autónomas y corporaciones locales».

Nuestros TSJ también han podido examinar algunos supuestos de cierto interés en materia presupuestaria local. En primer lugar, en la *STSJ de Castilla y León (Burgos) de 23 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:5151)* se analiza la validez de una modificación presupuestaria derivada de la obtención de mayores ingresos por una entidad local. El TSJ advierte que los ingresos no había sido objeto de cobro o de efectiva recaudación en el momento en que se aprueba la modificación presupuestaria, por lo que se excluye la validez del acuerdo por el que se aprueba la modificación presupuestaria. También se puede señalar las *SSTSJ de Valencia de 16 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJCV:2022:1370)*; *de 22 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJCV:2022:4760)*, y *de 7 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCV:2022:4886)*. En estas SSTSJ se examina la impugnación de la modificación de la relación de puestos de trabajo y de condiciones retributivas. El TSJ recuerda que la impugnación de la relación de puestos de trabajo y de las modificaciones retributivas por parte de la Administración General del Estado debe ir acompañada de la impugnación del concreto presupuesto municipal que haya vulnerado el límite presupuestario. En la *STSJS de Valencia de 10 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJCV:2022:3053)* se analiza si concurre en una funcionaria del ayuntamiento legitimación activa para impugnar un acuerdo de aprobación de un suplemento de crédito. En el supuesto examinado en la *STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:1129)* se anula el acuerdo de aprobación de los presupuestos en la medida en que se incluye un aumento de los gastos de personal superior al límite previsto en la Ley 6/2018.

2.3. Novedades doctrinales

En relación con la materia relativa a los presupuestos locales y el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito local, debe destacarse la publicación del número extraordinario 3 de 2022 de la revista *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*. Este número extraordinario está dedicado al estudio del endeudamiento local, e incluye los siguientes trabajos de interés: B. MORENO SERRANO, «Primera aproximación al endeudamiento local»; I. GRAJAL CABALLERO, «El crédito local en un escenario de suspensión de reglas fiscales. Marco normativo de las posibilidades de endeudamiento de las entidades locales en 2022: preguntas clave»; E. DONOSO ATIENZA, «Delimitación del concepto de capital vivo en materia de endeudamiento local según el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales»; J. M. FARFÁN PÉREZ, «Operaciones de Te-

sorería»; M. PONS REBOLLO, «El principio de prudencia financiera para las operaciones de endeudamiento en las entidades locales»; B. MORENO SERRANO, «Operaciones de saneamiento del remanente de tesorería negativo»; G. HURTADO LÓPEZ, «El Fondo de Financiación a Entidades Locales: cuestiones relativas a su aplicación»; P. PUYAL SANZ, «El plan de pago a proveedores de las entidades locales regulado en la ley de presupuestos generales del estado para el año 2022»; L. TORREGROSA MIRALLES, «La tutela financiera de las entidades locales en materia de endeudamiento. Especial referencia a la Comunidad Valenciana»; J. F. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Autonomía local y tutela financiera»; M. VENTO TORRES, «Los préstamos de las entidades locales en la Ley de Contratos del Sector Público»; M. C. LÓPEZ ARIAS, «El análisis de la sostenibilidad financiera de las Entidades Locales en el marco de las funciones de la AIREF»; C. PRIETO MARTÍN, «Pasado, presente y futuro del endeudamiento local. Una visión desde el asociacionismo local»; R. FERNÁNDEZ LLERA, «Endeudamiento local y estabilidad presupuestaria: historias, certezas e incertidumbres»; J. SUÁREZ PANDIELLO, «Deuda local: mitos, falacias y realidades»; M. I. ABADÍA JOVER, «Alternativas al endeudamiento local: visión aproximativa». Además de los anteriores trabajos, también se ha de destacar el siguiente trabajo en este 2022: B. MORENO SERRANO, «Entidades locales. Ley de Presupuestos Generales del Estado 2023», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 2, 2023, pp. 39-48.

3. EL CONTROL EXTERNO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA LOCAL

3.1. La fiscalización externa de la actividad económico-administrativa de las entidades locales

3.1.1. Marco normativo en materia de fiscalización

En relación con el ámbito normativo de la fiscalización de la actividad económico-financiera del sector público, se debe poner de manifiesto que no ha habido novedades normativas relevantes durante el año 2022. A este respecto, a nivel estatal, únicamente se debe mencionar la *Resolución de 28 de enero de 2022, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 27 de enero de 2022, por el que se aprueba la Instrucción que regula la rendición telemática de la Cuenta General de la Ciudad de Ceuta y de la Cuenta General de la Ciudad de Melilla y la remisión telemática de información relativa al ejercicio del control interno de las Ciudades* (BOE núm. 27, de 1 de febrero de 2022).

Descendiendo al plano autonómico de la Comunidad de Madrid, se debe destacar que la normativa de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid tampoco ha sufrido modificaciones relevantes a lo largo del año 2022. Sin embargo, se debe hacer mención a la *Resolución de 18 de noviembre de 2022, del presidente de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de 17 de*

noviembre de 2022, por el que se modifica el Acuerdo de 30 de enero de 2014, por el que se establece el procedimiento para la solicitud y emisión de certificados relativos a la recepción de las cuentas generales de las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (BOCM de 1 de diciembre de 2022), y el Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, de 26 de julio de 2022, por el que se regulan las actuaciones administrativas automatizadas así como la creación del sello electrónico de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.

3.1.2. Tribunal de Cuentas

Entre la actividad fiscalizadora que el Tribunal de Cuentas ha desarrollado a lo largo del ejercicio 2022, se debe incidir en algunas fiscalizaciones que se refieren específicamente a las entidades locales. En este sentido, goza de especial relevancia el *Informe núm. 1.486, de 28 de julio de 2022, de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2020*, que recoge los resultados de los análisis realizados por el Tribunal de Cuentas sobre las cuentas generales correspondientes al ejercicio 2020 rendidas por las entidades locales. Precisamente, su objeto principal lo constituye la verificación del cumplimiento de la obligación de rendición de las cuentas por las entidades locales y el análisis de sus principales magnitudes presupuestarias, económicas y financieras.

El mencionado informe recoge los datos relativos al cumplimiento de la rendición de la cuenta general. Así, se muestra que un 55 por 100 de las entidades locales rindieron su cuenta anual en el plazo legalmente establecido (pp. 17-20, *vid.* cuadros 3 y 4). Concretamente, un 60 por 100 de los ayuntamientos cumplieron con su obligación en ese plazo. Además, a fecha de 31 de diciembre de 2021, la rendición de cuentas de las entidades locales fue del 69 por 100, siendo del 75 por 100 en los ayuntamientos. El propio informe destaca que estos niveles de rendición son similares a los del ejercicio 2018, pero significativamente inferiores a los del ejercicio 2019 (p. 96). A este respecto, el Tribunal de Cuentas matiza que «[d]icho descenso venía motivado por la ampliación de los plazos de rendición regulados en las medidas para hacer frente al covid-19, de aplicación, exclusivamente, para la rendición de las cuentas del ejercicio 2019» (pp. 96-97).

En relación con las principales magnitudes presupuestarias, concretamente respecto del análisis del gasto presupuestario del ejercicio 2020 (p. 32, *vid.* cuadro 11), el mayor nivel de gasto de las entidades locales fue en gasto de personal (32 por 100 del gasto total) y en bienes corrientes y prestaciones de servicios (31 por 100), seguidos por el gasto en transferencias corrientes (18 por 100). Asimismo, el gasto en inversiones reales representó un 10 por 100 del gasto del ejercicio y los gastos por variación de pasivos financieros absorbieron un 4 por 100 del gasto total. Debe subrayarse que se trata de cifras parecidas a las de los ejercicios 2018 y 2019 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2020*, p. 350, y *Anuario de Derecho Municipal 2021*, p. 314).

Por áreas (pp. 35-36, *vid.* cuadro 13), la que recibió un mayor nivel de recursos de las entidades locales (36 por 100 del gasto total) es el área de servicios públicos básicos

(integrada por seguridad y movilidad ciudadana, vivienda y urbanismo, bienestar comunitario, medio ambiente y otras políticas de servicios públicos básicos). En segundo lugar, los programas de actividades de carácter general (incluyen las políticas de órganos de gobierno, servicios de carácter general como administración general, coordinación, información básica y estadística y atención al ciudadano, entre otras) recibieron el 21 por 100 del gasto total. Asimismo, las políticas básicas de carácter preferente (contienen el gasto en sanidad, educación, cultura y deporte) y las actividades de protección y promoción social (pensiones, servicios sociales de promoción social y fomento del empleo) se encuentran en una tercera posición con un nivel de gasto del 14 por 100, cada una de ellas. Finalmente, el área de deuda pública absorbió el 5 por 100 del gasto local en el ejercicio 2020. Curiosamente, estos porcentajes son muy similares a los del ejercicio 2019, si bien destaca una bajada en un 3 por 100 de la deuda pública, por lo que sigue la tendencia decreciente de los últimos años (p. 99).

En cuanto al conjunto del gasto de las entidades locales, el informe remarca que, en el año 2020, disminuyó un 3 por 100 respecto del ejercicio 2019 y un 2 por 100 respecto del ejercicio 2018 (p. 99). Según el propio informe, esta disminución parece que se debe a las políticas para hacer frente a la crisis sanitaria derivada de la covid-19. En concreto, el informe expone que «[e]n 2020, ejercicio en el que se tuvo que afrontar los efectos del covid-19, el comportamiento de los ayuntamientos con mayor población no fue homogéneo, observándose ayuntamientos que incrementaron el gasto en el ejercicio y otros que redujeron el importe del gasto ejecutado. Con carácter general y salvo algunas excepciones, los principales ayuntamientos no incluyeron en la memoria de sus cuentas anuales información del impacto que tuvieron las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia» (p. 99).

Respecto del análisis de los ingresos, las transferencias corrientes supusieron el 40 por 100 de los ingresos de las entidades locales durante el ejercicio 2020 (p. 99). Por su parte, los ingresos de los impuestos directos ascendieron al 36 por 100 del total. En este sentido, el Tribunal de Cuentas concluye que «[e]n 2020 la reducción de la actividad económica durante el ejercicio quedó reflejada en la disminución de ingresos procedentes del Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos, un 14 por 100 menor al importe de 2019, del Impuesto general indirecto canario, un 35 por 100 inferior y del Impuesto de construcciones, instalaciones y obras, un 14 por 100 menor que los ingresos de 2019. Además, la caída de los ingresos procedentes de la contratación de nuevos préstamos fue del 49 por 100 respecto al ejercicio anterior. Frente a esta disminución, las entidades locales en 2020 incrementaron sus ingresos por transferencias corrientes procedentes del Estado y de las comunidades autónomas» (p. 100).

En cuanto a otras magnitudes económico-patrimoniales, el informe advierte un resultado económico-patrimonial positivo. Sin embargo, destaca un incremento de los derechos de dudoso cobro para el ejercicio 2020 situándose en el 50 por 100 sobre los derechos reconocidos pendientes de cobro a 31 de diciembre de 2020 (p. 48). En este sentido, el informe destaca que se trata de un porcentaje ligeramente superior al del ejercicio 2019. Igualmente, indica que se mantiene la tendencia de mejora de la solvencia a

corto plazo del conjunto de entidades locales (p. 101). No obstante, el informe incide en el hecho de que «[e]l importe agregado del remanente de tesorería al cierre del ejercicio 2020 se elevó a 29.498 millones de euros. El remanente de tesorería para gastos generales, una vez descontados los saldos de dudoso cobro y el exceso de financiación afectada, ascendió a 16.155 millones de euros, poniendo de manifiesto una situación de solvencia a corto plazo positiva, con carácter general. Los saldos de dudoso cobro suponían el 50 por 100 de los deudores de las entidades locales, con un porcentaje más elevado para todos los ayuntamientos de más de 5.000 habitantes, salvo en el caso de los ayuntamientos entre 500.001 y 1.000.000 habitantes, en los que el saldo de dudoso cobro fue del 49 por 100» (p. 100).

Finalmente, el apartado de recomendaciones (pp. 103-104), como ya ocurrió en el informe relativo al ejercicio 2019, no se exponen unas recomendaciones de forma detallada. A este respecto, se manifiesta que «[c]omo se indica en el apartado IX del presente Informe, así como en los anteriores Informes de fiscalización del Sector Público Local y en la Moción aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas relativa a las medidas para promover la rendición de las cuentas generales y la reducción de los plazos de rendición de cuentas en el sector público local, la mayoría de las recomendaciones realizadas por el Tribunal de Cuentas en sus fiscalizaciones referidas al ámbito local y las correspondientes resoluciones de la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas no se han cumplido o lo han sido sólo parcialmente, reiterándose la necesidad de proceder a su implantación con el fin de contribuir a la mejora en la planificación, la gestión, la rendición de cuentas y el control sobre la actividad económico-financiera de las entidades locales».

Por otro lado, se deben citar diversos informes relativos a la fiscalización de las entidades locales. Concretamente, entre otros, destacan el *Informe núm. 1.504, de 21 de diciembre de 2022, de fiscalización sobre la información relativa a los costes y rendimientos de los servicios incluida en las cuentas generales de los ayuntamientos de municipios de más de 50.000 habitantes, diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, correspondientes al ejercicio 2020*; el *Informe núm. 1.503, de 21 de diciembre de 2022, de fiscalización relativa a la organización y los resultados del control interno, así como a las actuaciones de control financiero de los ayuntamientos, ejercicio 2020*; el *Informe núm. 1.502, de 21 de diciembre de 2022, de fiscalización de la implantación de la administración electrónica en los ayuntamientos de municipios de entre 20.000 y 50.000 habitantes de Castilla-La Mancha, ejercicios 2019 a 2021*, y el *Informe núm. 1.500, de 21 de diciembre de 2022, de fiscalización de la gestión indirecta contractual de los servicios públicos por las entidades locales de las comunidades autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicio 2019*.

3.1.3. Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid

En el ámbito de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, destaca la *Memoria de Actuaciones 2022 de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid*, aprobada por el Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de 28 de febrero de 2023.

En la misma, se recoge el Programa de Fiscalizaciones para el año 2022, agrupando las actuaciones fiscalizadoras en: obligatorias y/o generales, por iniciativa de la Cámara de Cuentas, solicitadas por la Asamblea de Madrid y pendientes del programa de 2022. En total, a lo largo del año 2022, se emitieron 17 informes, encontrándose en curso un total de 15 fiscalizaciones al término del mismo.

Resultan de especial interés, el *Informe de fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2019 y de las Cuentas de ejercicios anteriores rendidas fuera de plazo, así como del cumplimiento de la obligación de remisión de la información sobre los reparos por los órganos de intervención de las entidades locales para el ejercicio 2019*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 31 de enero de 2022*, y el *Informe de Fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2020 y de las Cuentas de ejercicios anteriores rendidas fuera de plazo, así como del cumplimiento de la obligación de remisión de la información sobre los reparos por los órganos de intervención de las entidades locales, ejercicio 2020*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 20 de septiembre de 2022*. Estos informes tienen por objeto fijar y analizar las Cuentas Generales de los ejercicios 2019 y 2020, respectivamente, que han sido rendidas, dentro o fuera del plazo legal, en la Plataforma de Rendición Telemática de Cuentas de las Entidades Locales (PRTCEL). Por tanto, los mencionados informes tratan de verificar el grado de cumplimiento de las normas y disposiciones aplicables a la formulación, aprobación y rendición de las cuentas generales y a la aprobación definitiva y liquidación del presupuesto. Además, pretenden comprobar que las Cuentas Generales han sido presentadas de acuerdo con las instrucciones y los principios contables aplicables (*vid. supra*, en el ámbito estatal, el *Informe núm. 1.486, de 28 de julio de 2022, del Tribunal de Cuentas*).

En el caso del *Informe de fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2019 y de las Cuentas de ejercicios anteriores rendidas fuera de plazo, así como del cumplimiento de la obligación de remisión de la información sobre los reparos por los órganos de intervención de las entidades locales para el ejercicio 2019*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 31 de enero de 2022*, pone de relieve que, en el ejercicio 2019, aumentó de forma considerable la rendición de cuentas respecto del ejercicio 2018, si bien debemos recordar que, en dicho ejercicio, se había producido una disminución respecto del ejercicio 2017 (pp. 20-23, gráfico 1, *vid. Anuario de Derecho Municipal 2019*, p. 317). Concretamente, en el ejercicio 2019, un total de 188 entidades locales (ayuntamientos, mancomunidades y entidades locales menores, incluyendo los entes dependientes y los entes adscritos) presentaron su cuenta dentro del plazo establecido, además 13 entidades locales la presentaron fuera de plazo y 24 cuentas generales seguían pendientes de presentación a fecha de 8 de abril de 2021 (*vid. cuadro II.1, pp. 10-11*). Todo ello supone que un 83,56 por 100 del total de las entidades locales remitió la cuenta anual en el plazo previsto, lo que se traduce en una disminución respecto del ejercicio anterior, en el que ese porcentaje alcanzó el 70,67 por 100 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2019*, p. 317). Asimismo, a fecha de cierre para la elaboración del informe, la cifra de presentación se elevaba hasta el 89,33 por 100 respecto del 84,89 por 100.

En consecuencia, a fecha de cierre del informe, debe destacarse que, en el ejercicio 2019, se produjo un ligero aumento en la rendición de la cuenta general de las entidades locales respecto de los tres ejercicios inmediatamente precedentes (conclusiones, pp. 112-114). No obstante, en términos generales, se debe tener en cuenta que «[l]a rendición de cuentas en relación con los ejercicios precedentes, ha pasado de 200 entes locales con cuentas rendidas en 2016, a 197 en 2017, 191 en 2018 y 201 en 2019. Es decir el número de entidades rendidas se ha [ido] manteniendo en los últimos ejercicios en torno a un 85 por 100 del total de entidades locales, habiéndose incrementado este porcentaje hasta el 89 por 100 para el 2019 (subapartado II.1)».

En cuanto a los aspectos más relevantes del informe, se debe hacer mención a los resultados de la fiscalización de las cuentas generales del ejercicio 2019 (pp. 89 y ss.). En total, 4 ayuntamientos y 1 mancomunidad no aprobaron la cuenta general por el Pleno de la Corporación, 3 ayuntamientos y 1 mancomunidad no remitieron el documento debidamente rubricado por el cuentadante o la persona autorizada, 10 ayuntamientos y 1 mancomunidad no enviaron el certificado de aprobación de forma correcta y, finalmente, 10 ayuntamientos y 3 mancomunidades lo remitieron fuera del plazo legalmente establecido en el art. 212.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL). En cuanto al presupuesto, a fecha 1 de enero de 2019, 118 ayuntamientos y 24 mancomunidades no tenían su presupuesto general aprobado, pues el mismo fue aprobado fuera de plazo (art. 169.2 del TRLRHL). En este sentido, el propio informe destaca que «[d]ebido a la especial situación de desempeño del trabajo, ocasionado por la crisis sanitaria vivida durante el año 2020, cuando se tramitó la cuenta de 2019, se ha optado por no reflejar los desfases en las fechas de tramitación de la Cuenta general de este ejercicio» (p. 91).

Respecto de las incidencias en los documentos contables de las cuentas generales del ejercicio 2019, el informe las clasifica, como en ejercicios anteriores, en diversas tipologías (pp. 93-99). En primer lugar, respecto de las incidencias en el balance de situación y/o la cuenta de resultado económico-patrimonial, destaca la falta de coincidencia del activo total con el total del patrimonio neto y el pasivo, la existencia de partidas con signo contrario a la naturaleza de las mismas, la incoherencia entre algunos apartados del balance de situación y las cuentas del balance de comprobación y la ausencia generalizada de saldo relativo a la dotación de la amortización de inmovilizado inmaterial y material, así como del Patrimonio Público del Suelo. Asimismo, el informe apunta que sólo 61 ayuntamientos, 15 organismos autónomos y 6 mancomunidades reflejaban saldo en las cuentas de amortización acumulada (p. 94), lo que supone que «el activo total está sobrevalorado en la medida en la que no está minorado por la depreciación que supone su utilización. Esta falta de dotación a la amortización redunda también en el resultado económico-patrimonial, ya que implica un concepto de gasto que minora el resultado del ejercicio (subapartado IV.2)» (Conclusiones, p. 115).

En relación con las incidencias detectadas en el estado de cambios del patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo, se mencionan los errores en las sumas de los con-

ceptos desglosados (es decir, el total no cuadra con las partidas desglosadas), la fatal de coincidencia de los datos contenidos en el estado de flujos de efectivo con otros documentos (como el balance de situación o la cuenta de resultado económico patrimonial) y, por último, la consignación de partidas con signos contrarios a los que, por su propia naturaleza, les corresponden (pp. 94-95).

Por otro lado, en relación con la liquidación y el resultado presupuestario, el informe expone que los importes de la liquidación presupuestaria no cuadran con los del estado de flujos de efectivo y con el balance y que, respecto del resultado presupuestario, existen desviaciones en los datos que figuran en este apartado respecto de los consignados en el apartado de «Gastos con financiación afectada» (p. 95). En cuanto a las incidencias en el remanente de tesorería, se destaca la incoherencia interna en el cálculo de este estado y la falta de coherencia de los componentes del remanente de tesorería con las cuentas correspondientes del balance de comprobación, como consecuencia de la existencia de cuentas con saldos contrarios a su naturaleza (pp. 95-96). Además, 21 ayuntamientos tenían en sus cuentas un resultado presupuestario ajustado negativo (*vid.* Anexo V, pp. 210-212). Finalmente, respecto de las incidencias observadas en los distintos estados de la memoria, las mismas derivaban, en general, de incongruencias aritméticas de los saldos de los estados con los reflejados en la cuenta de resultado económico patrimonial, las liquidaciones presupuestarias y/o el balance de comprobación (pp. 96-97).

Por su parte, el *Informe de Fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2020 y de las Cuentas de ejercicios anteriores rendidas fuera de plazo, así como del cumplimiento de la obligación de remisión de la información sobre los reparos por los órganos de intervención de las entidades locales, ejercicio 2020*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 20 de septiembre de 2022* destaca que, en el ejercicio 2020, ha disminuido de forma considerable la rendición de cuentas respecto del ejercicio 2019 (pp. 20-23, gráfico 1). Concretamente, en el ejercicio 2020, un total de 151 entidades locales presentaron su cuenta dentro del plazo establecido, además 43 entidades locales la presentaron fuera de plazo y 31 cuentas generales seguían pendientes de presentación a fecha de 1 de enero de 2022 (*vid.* cuadro II.1, p. 21). Todo ello supone que un 67,11 por 100 del total de las entidades locales remitió la cuenta anual en el plazo previsto, lo que se traduce en una disminución respecto del ejercicio anterior, en el que ese porcentaje alcanzó el 72,89 por 100 (*vid. supra*, el *Informe de fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2019*). Asimismo, a fecha de cierre para la elaboración del informe, la cifra de presentación de la cuenta general se elevaba hasta el 84,89 por 100 respecto del 87,11 por 100, del ejercicio anterior.

En conjunto, en el ejercicio 2020, se produjo una disminución en la rendición de la cuenta general de las entidades locales respecto del ejercicio inmediatamente precedente (Conclusiones, pp. 121-122). No obstante, en términos generales, el informe destaca que «[l]a rendición de cuentas en relación con los ejercicios precedentes, ha pasado de 197 entes locales con cuentas rendidas en 2017, a 191 en 2018, a 201 en 2019 y a 194 en 2020. Es decir, el número de entidades rendidas se va manteniendo

en los últimos ejercicios entre el 85 y el 90 por 100 del total de entidades locales (subapartado II.1)».

En cuanto a los aspectos más relevantes, de nuevo, se debe prestar especial atención a los resultados de la fiscalización de las cuentas generales del ejercicio 2020 (pp. 97 y ss.). En concreto, 2 ayuntamientos no aprobaron la cuenta general por el Pleno de la Corporación, 5 ayuntamientos y 1 mancomunidad el documento remitido no había sido rubricado por el cuentadante o la persona autorizada y 9 ayuntamientos y una mancomunidad no enviaron el certificado de aprobación de la cuenta general de forma correcta. Además, 33 ayuntamientos y 10 mancomunidades remitieron la cuenta general fuera del plazo legalmente establecido (art. 212.4 TRLRHL). En cuanto al presupuesto general, a fecha 1 de enero de 2020, 115 ayuntamientos y 20 mancomunidades no lo tenían aprobado, pues el mismo fue aprobado fuera de plazo (art. 169.2 TRLRHL). Asimismo, la liquidación del presupuesto fue aprobada fuera del plazo establecido en 73 ayuntamientos y 8 mancomunidades (art. 191 TRLRHL).

Respecto de las incidencias en los documentos contables de las cuentas generales del ejercicio 2020, son parecidas a las del ejercicio anterior y el informe las clasifica en diversas tipologías (pp. 101-107). En primer lugar, respecto de las incidencias en el balance de situación y/o la cuenta de resultado económico-patrimonial, destaca la falta de coincidencia del activo total con el total del patrimonio neto y el pasivo y la existencia de partidas con signo contrario a la naturaleza de las mismas. Asimismo, el informe apunta que sólo 58 ayuntamientos, 17 organismos autónomos y 6 mancomunidades reflejaban saldo en las cuentas de amortización acumulada (p. 102), lo que supone que «el activo total está sobrevalorado en la medida en la que no está minorado por la depreciación que supone su utilización. Esta falta de dotación a la amortización redundaba también en el resultado económico-patrimonial, ya que implica un concepto de gasto que minora el resultado del ejercicio (subapartado IV.2)» (Conclusiones, pp. 123-124).

Respecto de las incidencias detectadas en el estado de cambios del patrimonio neto y estado de flujos de efectivo, se debe hacer mención a la falta de coincidencia de los totales con la suma de los conceptos desglosados, así como la falta de coherencia de algunos datos del mencionado estado de flujos con sus correlativos consignados en el balance de situación, en la cuenta de resultado económico patrimonial o en otros estados (p. 102). En relación con la liquidación y el resultado presupuestario, existe una falta de coherencia entre los importes de los datos reflejados dentro del propio estado y una falta de coherencia entre los importes de los datos reflejados en este estado y sus correlativas cuentas del balance de comprobación (p. 102). En cuanto a las incidencias detectadas en el resultado presupuestario, van en la misma línea anterior y se refieren a la falta de coherencia de los importes de los derechos y/u obligaciones con las cifras que figuran en las liquidaciones de los presupuestos, así como algunas desviaciones en los datos consignados en este apartado (p. 103).

En cuanto a las incidencias en el remanente de tesorería, se destaca la incoherencia interna en el cálculo de este estado y la falta de coincidencia de los componentes del

remanente de tesorería con las cuentas correspondientes del balance de comprobación, como consecuencia de la existencia de cuentas con saldos contrarios (p. 103). Además, 9 ayuntamientos, 6 organismos autónomos y 3 mancomunidades tenían un resultado presupuestario ajustado negativo (*vid.* Anexo V, pp. 225). Finalmente, respecto de las incidencias observadas en los distintos estados de la memoria, las mismas derivaban, en general, de incongruencias aritméticas de los saldos de los estados con los reflejados en la cuenta de resultado económico patrimonial, las liquidaciones presupuestarias y/o el balance de comprobación (pp. 104-105).

Además de los informes anteriormente analizados, la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid ha emitido diversos informes relacionados con la fiscalización de las entidades locales. En concreto, se deben mencionar el *Informe de fiscalización de las subvenciones concedidas por la Comunidad de Madrid a los municipios de población comprendida entre 100.000 y 250.000 habitantes. Ejercicio 2020*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 17 de noviembre de 2022*; el *Informe de fiscalización horizontal de los saldos de dudoso cobro en ayuntamientos con población comprendida entre 50.000 y 250.000 habitantes. Ejercicio 2019*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 17 de noviembre de 2022*; el *Informe de Fiscalización de seguimiento de las principales conclusiones y recomendaciones formuladas en el informe, aprobado el 30 de junio de 2016, de la Fiscalización de la gestión y control de las concesiones de servicios públicos y de obras públicas en los municipios de la Comunidad de Madrid de población comprendida entre 20.000 y 75.000 habitantes, vigentes en 2013: análisis particular de las correspondientes a aparcamientos públicos, servicios funerarios e instalaciones deportivas*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 26 de julio de 2022*; el *Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Boadilla del Monte y entidades dependientes. Ejercicio 2018*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 14 de junio de 2022*; el *Informe de fiscalización de la asistencia a municipios por la Comunidad de Madrid en materia de Administración electrónica y el estado de implantación en los ayuntamientos de municipios de población entre 10.000 y 20.000 habitantes. Ejercicio 2019*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 14 de junio de 2022*; y el *Informe de fiscalización de la contratación administrativa pública celebrada por las entidades del Sector Público Madrileño. Ejercicio 2019*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 24 de mayo de 2022*.

3.2. Responsabilidad contable

Junto a la labor fiscalizadora que acabamos de abordar, también es función del Tribunal de Cuentas «[e]l enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos» [art. 2.*b*) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas —LOTCu—]. Así, a continuación se examinarán tanto las sentencias dictadas por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas como los recursos interpuestos contra las mismas que han sido resueltos por la Sala 3.^a del TS.

3.2.1. *Tribunal Supremo*

En este ámbito material, se ha de reseñar la *STS de 7 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2230)*, en la que se resolvió el recurso de revisión interpuesto por una mercantil contra la sentencia dictada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en recurso de apelación.

La demandante formula su demanda de revisión con amparo en el art. 83.6 LFTCu, a cuyo tenor: «[h]abrà lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes en los casos siguientes: [...] 6.º Si los órganos de la jurisdicción contable hubieren dictado resoluciones contrarias entre sí, o con sentencias del TS en materia de responsabilidad contable, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos». En este sentido, la recurrente sostiene que la sentencia cuya revisión se interesa contiene declaraciones que no son conciliables con los pronunciamientos de la Sala 3.ª del TS, en relación con dos cuestiones referidas al tratamiento de la prescripción: i) que la interrupción de la prescripción debe ser probada por quien la alega, y ii) que sólo interrumpen la prescripción los hechos conocidos por el interesado.

Por su parte, la Sala recuerda que el citado motivo de revisión del art. 83.6 se ha incorporado a la vigente regulación del recurso de casación de la Ley 29/1998, que es aplicable al recurso de casación contra resoluciones del Tribunal de Cuentas. Esto es, la causa de revisión que se plasmó por el legislador de 1988 en el art. 83.6 LFTCu, como causa de revisión, ahora se ha recogido, incluso con mayor amplitud y facilidad de invocación, como supuesto de interés casacional en el art. 88.2.a) de la Ley 29/1998. Desde esta perspectiva, cuando las partes en un proceso seguido ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas consideran que la sentencia que le ha puesto término ha incurrido en contradicción con otras resoluciones judiciales, tienen en su mano la posibilidad de recurrir esa sentencia en casación, y asimismo tienen la posibilidad de basar la admisibilidad de su recurso de casación precisamente en la contradicción en que ha incurrido la sentencia por comparación y contraste con esas otras resoluciones judiciales. Por tanto —a juicio del TS—, carece por completo de lógica jurídica considerar que una misma vía impugnatoria puede plantearse en casación, y luego, en caso de rechazarse la casación por el Alto Tribunal, reproducirse en similares términos ante el mismo TS a través de la demanda de revisión *ex* art. 83.6 LFTCu. En el presente caso, la recurrente preparó recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Cuentas, denunciando que la sentencia resultaba contradictoria con la jurisprudencia, bajo el paraguas del art. 88.2.a) LJCA. Tras inadmitirse el recurso de casación, interpuso su demanda de revisión con amparo en el art. 83.6 LFTCu. Así, a juicio de la Sala, a través de la cobertura formal del motivo de revisión del art. 83.6 LFTCu se persigue un resultado procesalmente fraudulento, como es tratar de reiterar, por sus mismas razones, una casación que ya ha sido rechazada mediante resolución judicial firme.

En consecuencia, la demanda de revisión fue inadmitida, lo que comportó la preceptiva imposición de costas a la parte recurrente.

Por otro lado, se debe dar noticia del *ATS de 29 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:13051A)*, relativo a la admisión de cuatro recursos de casación, interpuestos por el Ayuntamiento de Navalcarnero, el Ministerio Fiscal y dos particulares, contra la sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, que desestimó los recursos de apelación interpuestos frente a la sentencia de instancia que había declarado la responsabilidad contable de determinadas personas, con ocasión de la construcción de un polideportivo en el barrio de la Estación del Ayuntamiento de Navalcarnero, la realización de obras en la plaza de toros por parte del adjudicatario y el pago de facturas derivado de la utilización de la plaza de toros por el propio ayuntamiento.

En primer lugar, el TS entiende que es inadmisibile el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Navalcarnero en virtud del art. 90.4.d) LJCA dada su carencia de interés casacional objetivo, teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia sobre la aplicación del criterio del vencimiento en materia de imposición de costas *ex art.* 139 LJCA. Esta inadmisión conlleva la imposición de las costas procesales al ayuntamiento recurrente. El resto de recursos de casación interpuestos sí fueron admitidos, precisándose que la cuestión sobre la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente: «Cuáles son los requisitos para la aplicación del apartado 4 de la DA 3.^a de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. En particular, si la prescripción de la responsabilidad contable puede operar de forma total o parcial, aún cuando los hechos estén siendo objeto, o puedan serlo, de un proceso penal, sin perjuicio de que la Sala puede extenderse a otras consideraciones». Asimismo, se identifican como normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación, las contenidas en los arts. 40.2 LEC y 17.2 LOTCu, en relación con la DA 3.^a, apartados 1 y 4 LFTCu.

3.2.2. Tribunal de Cuentas

En cuanto a la actividad de enjuiciamiento contable que desempeña el Tribunal de Cuentas, en primer lugar se ha de hacer mención de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 1 de marzo de 2022, rec. 37/2021*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Villarino de los Aires (Salamanca), interpuesto contra la sentencia dictada por la consejera de cuentas en la que se desestimó la responsabilidad contable por alcance de los ahora apelados.

El recurso de apelación se fundamenta, en síntesis, en tres cuestiones: un error en la valoración de la prueba relativo al momento en el que había terminado la causa penal paralela al procedimiento; incongruencia interna de la sentencia de primera instancia y vulneración de la jurisprudencia del TS y del Tribunal de Cuentas recaída en supuestos análogos; y, por último, se aduce que en la realización de los pagos efectuados en concepto de «provisión de fondos» no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido.

La Sala considera que al no ser determinante para la resolución del recurso de apelación el hecho relativo a si la causa penal había finalizado o no cuando se dictó la sentencia de primera instancia, debe desestimarse este motivo.

En cuanto al segundo motivo, la Sala pone de manifiesto que los gastos de defensa y representación de los funcionarios y cargos públicos de la Administración local, siempre que sean consecuencia de su imputación en procesos penales por causas derivadas del ejercicio de las funciones propias del cargo o puesto de trabajo, pueden ser considerados como gastos indemnizables por la corporación local a la que pertenezcan atendiendo a lo dispuesto en el art. 75.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el art. 13.5 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Asimismo, consta unido a las actuaciones el informe del interventor del ayuntamiento en el que se precisa que las provisiones de fondos efectuadas se realizaron siempre a salvo del derecho de repetición que ostentaba el ayuntamiento para el caso de que se dictase sentencia condenatoria. A la vista de los razonamientos realizados por la juzgadora *a quo*, debe concluirse que ninguna incongruencia se observa.

En cuanto al último motivo esgrimido, se alega que en la realización de los pagos efectuados en concepto de «provisión de fondos» no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido. En este sentido, la Sala de Justicia ha venido reiterando que las posibles infracciones de tramitación en una actuación administrativa generadora de un gasto no bastan por sí mismas para generar responsabilidad contable, si no van asociadas a la producción de un daño indemnizable.

En consecuencia, se desestimó el recurso interpuesto y se impusieron las costas a la parte recurrente.

Igualmente, se ha de dar noticia de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 1 de marzo de 2022, rec. 41/2021*, que resolvió el recurso de apelación formulado por un particular contra la sentencia dictada por la consejera de cuentas en la que se estimó parcialmente la demanda presentada por el Ayuntamiento de Íllora (Granada) y el Ministerio Fiscal, que declaró la responsabilidad contable directa por alcance en los fondos municipales.

En síntesis, el apelante fundamenta su pretensión en el error en que incurre, a su juicio, la juzgadora *a quo* por haber considerado al recurrente como responsable contable directo cuando, a su juicio, sólo se le podría haber imputado una responsabilidad subsidiaria. En este sentido, la Sala concluye que ha actuado con negligencia grave, como mínimo, en la gestión de los efectos públicos que tenía encomendada, lo cual es incompatible con la diligencia especialmente cualificada y reforzada que le era exigible. Igualmente, ha resultado plenamente acreditada su condición de cuentadante y gestor y no puede admitirse otra calificación que no sea la de responsabilidad directa en el incumplimiento de su obligación ya que, en su calidad de alcalde-presidente y como librador de fondos públicos, estaba obligado a exigir al perceptor de los pagos que cumpliera con la obligación prevista en el art. 190.2 TRHL, esto es, que procediera a

la oportuna rendición de cuentas o justificación del destino dado a los fondos públicos entregados.

En virtud de lo anterior, se desestimó el recurso interpuesto y se impusieron al recurrente las costas causadas en la segunda instancia.

Asimismo, se ha de reseñar la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 11 de mayo de 2022, rec. 1/2022*, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Navalcarnero (Madrid), contra la sentencia de la consejera de cuentas en la que se desestimaron las demandas presentadas por el Ayuntamiento de Navalcarnero y el Ministerio Fiscal frente a dos personas que quedaron absueltas de la responsabilidad contable que se les reclamaba.

En cuanto a los concretos motivos del recurso, el ayuntamiento alega que en el supuesto enjuiciado se habría producido un «alcance continuado»; y, por otro lado, que tampoco debería considerarse interrumpido el plazo de prescripción en la fecha que se fija en la sentencia recurrida, sino en un momento anterior. Sin embargo, la Sala entiende —una vez analizadas las actuaciones que integran el procedimiento de primera instancia y, especialmente, el contenido de la sentencia apelada— que lo relativo al alcance continuado se trata de una «cuestión nueva», que resulta incompatible con la naturaleza jurídica del recurso de apelación. Por otro lado, en relación con la impugnación de la prescripción parcial de la presunta responsabilidad contable, debe ser igualmente desestimada, puesto que el ayuntamiento no ha aportado ningún tipo de prueba documental u otro elemento de juicio, ni en la primera instancia ni en la apelación, por la que se acredite que, con anterioridad a la fecha en la que prestó declaración en las actuaciones penales, el presunto responsable hubiera tenido un conocimiento material de las actuaciones desplegadas en la comisión de investigación municipal en relación con los hechos que son objeto del recurso.

En relación con el segundo motivo del recurso de apelación, el ayuntamiento discrepa del pronunciamiento de la sentencia de primera instancia relativo a que en el supuesto enjuiciado no existe un daño real y efectivo a los caudales públicos municipales, por estar tramitándose el oportuno procedimiento administrativo para el reintegro de los mismos. La Sala considera que en el presente recurso lo que el ayuntamiento apelante pretende no es fundamentar que el juzgador *a quo* haya cometido un error en la valoración y apreciación de la prueba, sino impugnar las valoraciones jurídicas que se contienen en la sentencia recurrida. En este sentido, se advierte que en el supuesto de que, eventualmente, quedara sin efecto el procedimiento administrativo, los sujetos legitimados activamente en el procedimiento de reintegro por alcance podrían ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad contable contra quienes considerasen que hubieran gestionado ilegal y de manera dolosa, o gravemente negligente, los caudales públicos.

En virtud de lo anterior, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, con imposición de costas al ayuntamiento recurrente.

Igualmente, merece también ser comentada la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 11 de mayo de 2022, rec. 4/2022*, que resolvió el recurso de ape-

lación formulado por el que fuera alcalde del Ayuntamiento de Caudete de las Fuentes (Valencia), interpuesto contra la sentencia dictada por el consejero de cuentas en la que se declaró su responsabilidad contable directa en relación con distintos pagos, que no resultaron debidamente justificados.

En cuanto a los argumentos del recurrente, uno de los principales se refiere a la posible falta de legitimación pasiva. Sin embargo, la Sala lo rechaza puesto que no sólo incurren en responsabilidad contable los ordenadores de pagos por los perjuicios que se ocasionen a los caudales o fondos públicos, sino todos aquellos que tengan a su cargo el manejo o disposición de dichos caudales, como era el caso del recurrente. Igualmente se discute que la incoación de un procedimiento penal sobre los mismos hechos, del que haya tenido conocimiento el interesado, sirva para interrumpir la prescripción. Sin embargo, la Sala recuerda que, acogiendo el criterio del TS de que basta para garantizar el principio de seguridad jurídica el conocimiento personal de cualquier actuación pública interruptora de la prescripción, esta forma concreta de interrupción de la prescripción ha sido admitida de forma reiterada por la Sala.

En cuanto al fondo del asunto —la justificación del gasto de las comisiones de servicio que alega el apelante—, la Sala concluye que los pagos realizados carecieron de la debida justificación y han originado, por tanto, un saldo deudor injustificado en las cuentas del ayuntamiento. No obstante, tras examinar la prueba documental aportada, la Sala entiende que procede la minoración del alcance declarado inicialmente.

En consecuencia, se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, sin imposición de costas.

Asimismo, cumple referirse a la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 13 de mayo de 2022, rec. 5/2022*, que resolvió el recurso de apelación formulado por los que fueran presidente y secretario la Junta Vecinal de Valverde Enrique (León), interpuesto contra la sentencia dictada por el consejero de cuentas en la que se declaró su responsabilidad contable directa en relación con distintos pagos, que no resultaron debidamente justificados.

En particular, el órgano *a quo* apreció la existencia de una salida injustificada de los fondos públicos locales constitutiva de alcance, como consecuencia del arreglo de la iglesia de la localidad. El consejero de cuentas entendió que dicha reparación no constituye una finalidad pública a la que se puedan destinar fondos públicos y, por ello, se trata de una donación sin contraprestación alguna a favor de la junta vecinal. Por su parte, la Sala, conforme a su reiterada doctrina al respecto, entiende que la entrega de una liberalidad no puede ser considerada un gasto debidamente justificado (entre otras, las *Sentencias de la Sala de Justicia, núm. 14/2009, de 8 de julio, y núm. 14/2011, de 8 de noviembre*).

Por otro lado, en relación con la existencia de dolo o culpa en los apelantes, tal como determina la sentencia de primera instancia, no consta que las razones que condujeron a la entrega de los fondos fueran acreditadas de ningún modo, no consta la existencia de informe técnico alguno que acreditara la urgencia de la obra o su mera necesidad, ni

se condicionó la entrega de los fondos a la presentación previa de un presupuesto o a la posterior exhibición de una factura justificativa de la obra. Así las cosas, la Sala concluye que la gestión de los fondos por parte de los responsables de la Junta se realizó sin la especial diligencia exigida a un gestor de fondos públicos.

En su virtud, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, con imposición de costas a los apelantes.

Del mismo modo, se debe dar noticia de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 21 de septiembre de 2022, rec. 46/2021*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Gandía (Valencia), al que se adhirió el Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se declaró la responsabilidad contable directa del que fuera alcalde del municipio y presidente del consejo de administración de la sociedad municipal I. P. G., así como del gerente de la misma.

En síntesis, la Sala aprecia que el recurso de apelación se limita a reiterar las alegaciones vertidas en primera instancia, y expone pormenorizadamente la concurrencia de los requisitos constitutivos de la responsabilidad contable. Asimismo, considera que el órgano contable de primera instancia realizó un análisis exhaustivo y motivado de la prueba practicada, sin que pueda plantearse ninguna objeción al estudio del acervo probatorio. Por su parte, el ayuntamiento aduce que en la sentencia impugnada se procedió de forma arbitraria e irrazonable en la apreciación de la prueba, al asumir sin base probatoria la tesis de la parte demandada. Sin embargo, la Sala sostiene que no es suficiente con proclamar una pretendida arbitrariedad judicial, sino que es necesario aportar la argumentación suficiente que lo demuestre, cuestión que, a su juicio, no se ha llevado a cabo en el presente caso.

En consecuencia, se desestimaron los recursos interpuestos, sin imposición de costas a los apelantes en atención a la complejidad jurídica del pleito.

Cabe referirse también a la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 22 de septiembre de 2022, rec. 6/2022*, que resolvió el recurso de apelación formulado por los que fueran alcalde y secretario-interventor del Ayuntamiento de Villarino de los Aires (Salamanca), al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se declaró la responsabilidad contable directa de los recurrentes, en relación con el pago de gastos sanitarios y farmacéuticos a favor de dos funcionarios del municipio.

El primer argumento de los apelantes se refiere a una posible incongruencia en la sentencia de instancia. Sin embargo, la Sala rechaza este reproche recordando su propia doctrina respecto a los límites y diferenciación entre la fase preparatoria de los procedimientos contables y los propiamente jurisdiccionales.

Dejando de lado otras cuestiones de menor importancia, la cuestión de fondo se resuelve tras realizar un detallado análisis de los hechos que quedaron probados en la sentencia de instancia, lo que lleva a concluir a la Sala que, atendiendo a la jurisprudencia,

dencia del TS al respecto, en el momento en que se ordenaron e intervinieron los pagos objeto de litigio sí existía una previsión presupuestaria válida y eficaz para su realización, que estaba recogida en los presupuestos municipales vigentes para cada ejercicio económico al que se refieren los hechos enjuiciados, y que no habían sido declarados ilegales en el momento en que se realizaron.

En consecuencia, se estimó el recurso de apelación interpuesto, de manera que quedaron exonerados de responsabilidad los recurrentes, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Igualmente, se debe reseñar la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 22 de septiembre de 2022, rec. 7/2022*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Valverde del Fresno (Cáceres), al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se desestimó la demanda de reintegro por alcance seguida contra la que fuera alcaldesa del municipio.

La sentencia de instancia desestimó la demanda al entender que no concurrían los elementos determinantes de la responsabilidad contable, toda vez que no cabía apreciar negligencia grave en la gestión acometida por la demandada, ni concurría el nexo causal, entre su inactividad y el daño sufrido en los caudales públicos. Respecto a la falta de pago de las cuotas del canon de saneamiento, que se adeudaban a la Junta de Extremadura, vulnerando lo dispuesto por la Ley 2/2012, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y de juego de la Comunidad Autónoma de Extremadura, no eran imputables a la demandada al no quedar probado que el impago de los tributos obedeciera a una decisión de la misma, firme y aprobada por el pleno o junta de gobierno, como sostenía el ayuntamiento demandante. Y tampoco consideró el juzgador *a quo* que se reunieran dichos requisitos, para declarar la expresada responsabilidad contable respecto a la sanción impuesta por la Inspección de los Tributos de la Junta de Extremadura, por la falta de ingresos de la cuota de saneamiento por parte del Ayuntamiento de Valverde del Fresno.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala rechaza las pretensiones de la entidad local recurrente, al entender que la resolución de instancia desarrolla con amplitud el examen jurídico de las reglas y principios de valoración de la prueba y, por tanto, se suscribe el criterio mantenido constantemente por la propia Sala de Justicia, en el sentido de exigirse a la parte recurrente probar que se ha producido un error patente y claro en la apreciación de la prueba por parte del órgano *a quo* o arbitrariedad o falta de lógica en su valoración. Así, la Sala realiza un minucioso análisis de las pretensiones de responsabilidad contable mantenidas por la corporación, a la luz de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, llegando a la misma conclusión que se alcanzó en la sentencia de instancia.

Sin embargo, en cuanto a la pretensión subsidiaria sobre la exención de la imposición de costas en la instancia, la Sala, atendiendo a las particularidades concurrentes en este caso, considera que existen motivos para la no imposición de costas al ayuntamiento demandante, como excepción a la aplicación del principio de vencimiento, recogido en el art. 394.1 LEC.

En este sentido, se estima parcialmente el recurso interpuesto, lo que exclusivamente conlleva la revocación de la condena en costas impuesta a la corporación municipal en la sentencia de instancia.

Asimismo, se ha de dar noticia de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 22 de septiembre de 2022, rec. 37/2019*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el que fuera secretario interventor de la entidad menor de San Llorente de la Vega (Ayuntamiento de Melgar de Fernamental, Burgos), interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se estimó parcialmente la demanda de reintegro por alcance seguida contra el recurrente y el que fuera alcalde de la citada entidad local.

Los recurrentes denuncian la, a su juicio, errónea valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia. Ante este reproche, la Sala recuerda su constante criterio consistente en que ha de exigirse a la parte recurrente probar que se ha producido un error patente y claro o arbitrariedad o falta de lógica en su valoración. No sirve, por tanto, intentar desvirtuar el criterio probatorio del juzgador con meras alegaciones o valoraciones de parte porque, según reiterada jurisprudencia, es el juez de instancia el que tiene realmente conferida la facultad plena de valoración del material probatorio del proceso, en virtud del principio de inmediación.

Por otro lado, en cuanto a la alegada inexistencia del elemento subjetivo como requisito para declarar la responsabilidad por alcance contable, la Sala pormenoriza los requisitos legales atendiendo a las circunstancias particulares del caso enjuiciado, en directa relación con las obligaciones y facultades legales ostentadas por la persona que aparece como cuentadante, resultando que considera correctamente aplicado por la sentencia recurrida el art. 49.1 LFTCu. Del mismo modo, también aborda la situación jurídica de los herederos de un responsable contable fallecido, que no impugnaron la sentencia recurrida por otro apelante deviniendo así firme para ellos y concluye que, para dirimir posibles pretensiones de exención, total o parcial de la responsabilidad contable del citado finado y, por sucesión, de sus herederos legales, deberá esperarse al momento en que se abra la fase de ejecución de la sentencia de instancia por el departamento de enjuiciamiento que la dictó.

En virtud de lo anterior, la Sala acordó la desestimación del recurso presentado, así como la imposición de las costas al recurrente.

Por último, se debe reseñar la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 24 de noviembre de 2022, rec. 25/2022*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se desestimó la demanda interpuesta por la representación de la Empresa de Transporte de Valencia, S. A. U., por el posible exceso de retribuciones abonadas por la citada empresa a algunos trabajadores que habían accedido a la jubilación parcial.

Tras exponer las posturas de las partes, la Sala comienza por analizar la interrupción del plazo de prescripción de la responsabilidad contable, en atención a lo dispuesto en la DA 2.^a LFTCu, en aplicación de la DA 4.^a referida a los plazos de prescripción y

caducidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19. Contrariamente a lo que se había apreciado en la sentencia apelada, la Sala entiende que el plazo de prescripción de la responsabilidad contable efectivamente quedó suspendido y, por tanto, no se ha de apreciar la prescripción de la posible responsabilidad contable.

En relación con la prohibición de *mutatio libelli*, la Sala considera que se encuentra ante una cuestión nueva, lo que implica rechazar las alegaciones del Ministerio Fiscal relativas a la aplicación de la DA 71 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales, las cuales, en cualquier caso, carecerían de entidad suficiente para ser estimadas. En relación con la alegación de suspensión de vigencia del Acuerdo de 6 de agosto de 2001, responsabilidad contable y límites de la jurisdicción contable, la Sala considera que la alegación de la disposición adicional suscitada por el Ministerio Fiscal constituiría una cuestión prejudicial en los términos del art. 17.2 LOTCu, que está limitada a determinados supuestos que no concurren en este caso. La nulidad del convenio colectivo no era un antecedente lógico-jurídico de la declaración de alcance de cuentas por lo que su examen, que no condicionaba la resolución del proceso principal, correspondía a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, ante la que no consta que haya sido impugnado, y no al ámbito de la jurisdicción contable como cuestión prejudicial no devolutiva.

En consecuencia, la Sala aprecia la falta de uno de los presupuestos determinantes de la eventual comisión de un ilícito presupuestario y contable por los dos recurrentes, lo que a su vez impide apreciar la concurrencia de responsabilidad contable sin que sea necesario entrar en el examen de lo relativo a la existencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en la actuación de los responsables, de acuerdo con los términos preceptuados en el art. 49.1 LFTCu.

En su virtud, la Sala entiende que el recurso debe desestimarse, sin imponer las costas de la instancia al recurrente.

3.3. Novedades doctrinales

En cuanto a cuestiones generales referidas al *control externo*, se pueden reseñar los siguientes trabajos: P. IGLESIAS REY, «Reflexiones en clave jurídica sobre el control de los fondos europeos de recuperación: ¿deben los ICEX adoptar un nuevo rol en el control?», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 136-151; P. IGLESIAS REY, «La incorporación de la igualdad de género a la contratación pública y la perspectiva de los órganos de control externo», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 80, 2022, pp. 168-183; P. ORTIZ DE MENDÍVIL, «Instituciones de Control Externo (ICEx): somos y en el camino nos encontraremos», *Revista Española de Control Externo*, núm. extra 71, 2022 (ejemplar dedicado a 40 años de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas), pp. 30-31; M. L. PÉREZ GAR-

CÍA, «El Tribunal de Cuentas: control externo en tiempos de pandemia y pospandemia», *Revista Española de Control Externo*, núm. 70, pp. 30-47; J. A. REDONDO LÓPEZ, «Las relaciones entre los Órganos de Control Externo Autonómicos y el Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, núm. extra 71, 2022 (ejemplar dedicado a *40 años de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*), pp. 110-113; S. REGO VILAR (coord.), *Auditoría y control de la respuesta al covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022; L. C. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, «El control externo y fomento de la integridad: experiencias en la prevención de la corrupción», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 78-87.

En lo que se refiere a la específica *función de fiscalización*, se ha de dar cuenta de las siguientes publicaciones: D. CABEZUELO VALENCIA, «Fiscalización de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19 por las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas sin órgano de control externo propio», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 12, 2022, pp. 145-150; M. D. GENARO MOYA, «40 años después, los retos en el ámbito de la fiscalización», *Revista Española de Control Externo*, núm. extra 71, 2022 (ejemplar dedicado a *40 años de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*), pp. 20-23; A. MELERO BALCÁZAR, «Los ingresos locales y la gestión recaudatoria de las diputaciones para los municipios: otro desafío de fiscalización», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 50-65; A. MINGUILLÓN ROY, «Los OCEX se pertrechan técnicamente para el siglo XXI: nuevas guías prácticas de fiscalización para 2023», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 80, 2022, pp. 118-129.

En el ámbito particular de la *responsabilidad contable*, se ha de dar noticia de la publicación de los siguientes trabajos: A. L. BLANCO HIGUERA, «La necesaria, inaplazable e irrenunciable jurisdicción contable: “una piedra en el camino”», *Auditoría Pública: Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, 2022, pp. 172-181; D. ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, «Evolución y reforma de la Jurisdicción Contable», *Revista Española de Control Externo*, núm. extra 71, 2022 (ejemplar dedicado a *40 años de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*), pp. 44-49; R. LALIGA MISÓ, «La Jurisdicción Contable ante el futuro, en el 40 aniversario de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, núm. extra 71, 2022 (ejemplar dedicado a *40 años de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*), pp. 24-27; E. MARCO PEÑAS, «Análisis del enjuiciamiento contable ante el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Supremo», en S. DÍEZ SASTRE (dir.) y J. REDONDO MARTÍN (coord.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022: tributos, contratos públicos, responsabilidad patrimonial, derechos fundamentales, personal de la administración, protección de datos, transparencia y responsabilidad contable*, CIJA-UAM, Madrid, 2022, pp. 353-418; M. MÉNDEZ MARTÍNEZ, «Cuestiones jurídicas sobre la gestión de subvenciones financiadas con fondos NG: impacto de la simplificación de la justificación de en los reintegros, sanciones y responsabilidad contable», en S. REGO VILAR (coord.), *Auditoría y control de la respuesta al covid-19*

y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros Técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 709-722; M. B. VILLADERDE GÓMEZ, «La necesaria revisión del concepto “caudales y efectos públicos”», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 194, 2022, pp. 283-304.

Medio ambiente urbano

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-9865-4843

Palabras clave: entidades locales; medio ambiente; Cambio Climático; aguas; contaminación atmosférica; residuos.

Keywords: local government; environment; Climate Change; waters; atmospheric pollution, waste.

SUMARIO: 1. 2022: ¿UN AÑO EN FAVOR DEL MEDIO AMBIENTE?—2. NORMATIVA, ESTRATEGIAS Y OTRAS DECISIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE (2022): 2.1. Unión Europea. 2.2. Estado. 2.3. Ámbito autonómico. 2.4. Ayuntamiento de Madrid.—3. JURISPRUDENCIA: 3.1. Aguas: 3.1.1. Sobreexplotación acuíferos. 3.1.2. Plan hidrológico y declaración de zonas húmedas. 3.1.3. Inactividad de la Administración. Aguas residuales urbanas. 3.1.4. Ejecución de proyecto que puede suponer deterioro de masas de agua. 3.1.5. Municipalización en régimen de monopolio del agua potable. 3.2. Contaminación atmosférica: 3.2.1. Zonas de Bajas Emisiones. Barcelona. 3.2.2. Derecho a respirar e indemnización. 3.3. Residuos: 3.3.1. Concepto de «modificación sustancial» de una instalación. 3.3.2. Conceptos de «residuo» y de «subproducto». 3.3.3. Vertederos. Parque Tecnológico de Valdemingómez. 3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia e interés legítimo colectivo. 3.5. Parques eólicos y suspensión de la obligación de prestar una caución.

1. 2022: ¿UN AÑO EN FAVOR DEL MEDIO AMBIENTE?

En 2022 se han aprobado un conjunto de acuerdos ambientales, gran parte de ellos asesorados por el PNUMA, con el fin de luchar contra la triple crisis ambiental a la que

nos enfrentamos: Cambio Climático, la pérdida de recursos naturales y biodiversidad, y la contaminación.

En marzo de 2022 se logró un compromiso mundial para poner fin a la contaminación por plásticos. Los Estados acordaron iniciar negociaciones sobre un acuerdo internacional jurídicamente vinculante para poner fin a la contaminación por plásticos. La resolución relativa a este objetivo, aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente celebrada en Nairobi (Kenia), comprometió a las naciones a elaborar un proyecto de acuerdo para fines de 2024.

La reunión internacional Estocolmo+50 se celebró en la capital de Suecia como una conmemoración del 50 aniversario de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano de 1972. La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró que todas las personas en el planeta tienen derecho a un medio ambiente limpio y sano e hizo un llamamiento a los Estados para que multipliquen sus esfuerzos para proteger la naturaleza. Esta resolución no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, quienes defienden esta decisión tienen la esperanza de que impulsará a los países a consagrar el derecho a un medio ambiente saludable en las constituciones nacionales y servirá de apoyo a los grupos activistas para desafiar toda política y proyecto que destruya el medio ambiente.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 27), celebrada en Sharm el-Sheikh (Egipto), los Estados acordaron establecer un fondo que apoyará a los países en desarrollo que sufren en mayor medida las consecuencias de la crisis climática. Se trata del llamado fondo de pérdidas y daños ayudaría a las naciones vulnerables a hacer frente a las sequías, las inundaciones y el incremento del nivel del mar, tres tipos de fenómenos extremos que se volverán más severos a medida que el clima del planeta siga cambiando. No obstante, no se avanzó en los compromisos de reducción de emisiones, que no han variado respecto a la pasada COP 26 y, por tanto, siguen siendo muy insuficientes para mantener el calentamiento global por debajo de 1,5 grados. Queda por ver, en las futuras reuniones, qué territorios reciben la etiqueta de vulnerable, la dotación y cómo se repartirá la financiación. En el acuerdo se establece, además, un «comité de transición» para que las propuestas se pongan en marcha en 2023. *Vid.*, T. FAJARDO DEL CASTILLO y M. CAMPINS ERITJA, «La COP 26 de Glasgow sobre el Cambio Climático: ¿truco o trato?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 12, núm. 2, 2022. Disponible en <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/3213>.

La invasión rusa de Ucrania en febrero del 2022 no sólo ha supuesto el inicio de un conflicto bélico con consecuencias políticas de calado internacional, sino también el despertar a una realidad energética que ha golpeado la estabilidad de muchos países. La guerra desequilibró aún más el escenario de abastecimiento del gas y de otros recursos naturales energéticos, ya de por sí voluble. Cuando Rusia amenazó con cortar el grifo del gas natural a otros territorios, puso en evidencia la dependencia europea de las importaciones energéticas. Como consecuencia de estas circunstancias se han aplicado restricciones al consumo, como límites a la climatización y la iluminación. Pero, desde

luego, en cualquier caso, el conflicto ha servido para detectar la urgencia de lograr la independencia energética y que el despliegue de las renovables debe ser una prioridad para lograr un abastecimiento a partir de energía verde. Así queda patente con la aprobación del Reglamento (UE) 2022/2577, del Consejo, de 22 de diciembre, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables. Y en el Derecho interno español, con la aprobación del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Nos detenemos por un momento en estas dos normas:

Del Reglamento (UE) 2022/2577 destaca el art. 3 en el que se presume de interés público superior toda planificación, construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y su conexión a la red, así como la propia red conexas y los activos de almacenamiento. Esto es lo que implica que dichas explotaciones se puedan imponer de forma preferente y prioritaria, incluso sobre intereses de naturaleza ambiental. Pero no podemos olvidar la necesidad de atender a la preservación y protección del medio ambiente (art. 191 TFUE), como así se ha vuelto a poner de manifiesto en el VIII Programa de Acción en materia de Medio Ambiente de la Unión Europea (en vigor desde el 2 de mayo de 2022) tiene por objeto acelerar la transición ecológica de manera justa e inclusiva, con el objetivo a largo plazo «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» de aquí a 2050. *Vid.* D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, «El VIII Programa Ambiental de la Unión Europea de 6 de abril de 2022», *Diario La Ley* (Estudios doctrinales), núm. 10.083, 2022.

La aceleración del proceso de implantación de las renovables no puede ser a costa del medio ambiente, tiene que existir un equilibrio que garantice la preservación del medio. En este sentido, el art. 3.2 se limita únicamente a establecer que esa prioridad o preferencia sólo debe aplicarse en tanto en cuanto se adopten medidas adecuadas de conservación de especies. Por lo que se podría interpretar que esta declaración de estas actuaciones como de interés público y, por tanto, prioritarias, al menos desde un punto de vista formal, sería una presunción *iuris tantum*, que podría ser destruida por una prueba en contrario. *Vid.* M. BARAHONA MIGUELÁÑEZ, «La Unión de la Energía como factor estratégico en la lucha contra el cambio climático: la proyección *ad extra* y *ad intra* de los valores y objetivos ambientales de la Unión Europea y su traslación al ordenamiento jurídico español», *La Ley Unión Europea*, núm. 99, 2022; A. J. SÁNCHEZ SÁEZ, «Los últimos desafíos del patrimonio natural: sumideros, sostenibilidad e implantación compatible de energías renovables», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, mayo de 2022.

Por otro lado, muchas de las medidas recogidas en este Reglamento van, fundamentalmente, dirigidas a reducir los plazos de estos procesos de autorización (art. 4, establece que el proceso de autorización de la instalación de equipos de energía solar no podrá exceder de los tres meses. Destacable que se establece el silencio positivo si la capacidad de los equipos de energía solar que se pretendan instalar no supere los 50 kW de capacidad; art. 5, respecto las autorizaciones sobre la repotenciación de las instalaciones de

producción de electricidad procedente de energías renovables no podrán tardar más de seis meses, incluyendo las evaluaciones de impacto ambiental).

Además, se establecen supuestos en los que se excepciona la evaluación de impacto ambiental, por ejemplo, en el art. 6 quedan exentos de su sometimiento a evaluación de impacto ambiental, los proyectos de energías renovables, los proyectos de almacenamiento de energía y los proyectos de red eléctrica que sean necesarios para integrar la energía renovable en el sistema eléctrico siempre y cuando vayan a ser ubicados en una zona específica de energías renovables o de la red conexas que haya sido sometida a una evaluación medioambiental estratégica de conformidad con la Directiva 2001/42.

En lo que corresponde al Real Decreto-ley 6/2022, se regulan diversas medidas dirigidas a agilizar la tramitación de los proyectos de energías renovables. En materia de evaluación ambiental, el art. 6 regula un nuevo «procedimiento de determinación de afección ambiental» para proyectos de energías renovables que cumplan determinados requisitos cuya tramitación es extremadamente abreviada —hasta el punto de prescindir de trámites tan importantes como el de información pública— con el fin de que pueda completarse antes de tres meses. El procedimiento concluye con un informe en el que el órgano ambiental determina si el proyecto debe someterse a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental (ordinaria o simplificada) o si, por el contrario, puede continuar con la tramitación de la autorización por no apreciarse que tenga efectos adversos significativos sobre el medio ambiente, o que basta con imponer determinadas condiciones para mitigar o compensar sus posibles efectos ambientales. Se trata de un procedimiento de carácter excepcional y que, por ello, tiene limitada su vigencia temporal. Así resulta del hecho de que únicamente podrán acogerse a él «los proyectos respecto de los cuales los promotores presenten una de las solicitudes administrativas de las previstas en el art. 53 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ante el órgano sustantivo antes del 31 de diciembre del 2024» (art. 6.1). Por lo que respecta a su ámbito de aplicación territorial, el real decreto-ley dispone que el procedimiento no tiene carácter básico y, por tanto, sólo se aplicará a la Administración General del Estado, sin perjuicio de que «en su ámbito de competencias, las comunidades autónomas podrán aplicar lo dispuesto en este artículo únicamente para los proyectos a los que se refiere el apartado 1». El precepto no precisa de qué manera las comunidades autónomas deben adoptar la decisión de aplicar el nuevo procedimiento.

Otra medida que introduce el Real Decreto-ley consiste en la priorización del despacho de los expedientes que correspondan a proyectos de generación mediante energías renovables ubicados en zonas de sensibilidad baja y moderada, según la zonificación ambiental para la implantación de energías renovables eólica y fotovoltaica, que es una herramienta que está disponible en la web del MITECO. Como reconoce el MITECO, la Zonificación es «una simplificación de la realidad para poder conocer el territorio desde un enfoque general y estratégico, lo cual no exime del pertinente trámite de evaluación ambiental, y de que se concreten los impactos de cada caso particular y en cada ubicación específica para cada proyecto de energía renovable que se quiera instalar»

(resumen ejecutivo). Por ello, otorgarle naturaleza normativa es altamente cuestionable. *Vid.* B. LOZANO CUTANDA, «Real Decreto ley 6/2022: el nuevo procedimiento de determinación de afección ambiental aplicable a determinados proyectos de energías renovables», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 123, 30 de mayo de 2022.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (COP 15) finalizó en Montreal (Canadá), el 19 de diciembre de 2022, con un acuerdo histórico para orientar las medidas a escala mundial en favor de la naturaleza al menos hasta 2030, entre las que se incluyen proteger de aquí a 2030 el 30 por 100 de la tierra y el 30 por 100 de los océanos. Está diseñado para contrarrestar lo que los expertos llaman una alarmante pérdida de biodiversidad. Un informe trascendental de 2019 señaló por primera vez que un millón de especies están siendo acorraladas hacia la extinción debido principalmente a las actividades humanas.

«Una sola tierra» ha sido el lema elegido por las Naciones Unidas para el Día Mundial del Medio Ambiente 2022, entre los recursos cada vez más escasos, especialmente en España, se encuentra el agua continental. En el informe de la Comisión Europea sobre los planes hidrológicos del segundo ciclo de planificación se manifiesta que el 25 por 100 de las masas de agua subterránea no alcanza el buen estado cualitativo en España, y de estas, el 92 por 100 no alcanzan dicho estado debido a niveles de extracción que superan los recursos disponibles. Además, el 35 por 100 de las masas de agua subterránea no alcanzan el buen estado químico y el 26,6 por 100 de la contaminación de las masas de agua subterránea corresponde a la presencia de nitratos. Esto ha llevado a que España se encuentre, desde 2018, en un proceso sancionador abierto por la Unión Europea.

Con el fin de revertir la actual situación del agua en España el MITECO ha puesto en marcha el Plan de Acción sobre aguas subterráneas con el horizonte temporal del año 2030 con una dotación de 500 millones de euros.

Para lograr el fin que recoge el lema del Día Mundial del Agua 2022 «Hacer visible lo invisible» y evitar el riesgo que corren las masas de agua subterránea en España la planificación hidrológica es un instrumento de primer orden y máxime en la península ibérica, con un régimen hidrológico muy irregular, marcado por frágiles equilibrios entre recursos y demandas, algo que, además, puede agravarse con el calentamiento global. En este sentido, y de acuerdo con lo establecido por la Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética, en julio de 2022, se ha trazado una Estrategia con instrumentos acordes a los principios de dicha ley para los Planes hidrológicos de Cuenca de tercer ciclo (2022-2027) aprobados por el Consejo de Ministros el 24 de enero de 2023 así como se ha aprobado el «Plan Estratégico de Humedales a 2030». Del mismo modo, se están planteando una Estrategia de restauración de ríos y el Plan de Acción sobre aguas subterráneas, que se suman a la puesta en marcha de los procesos de digitalización (PERTE) para la transparencia y el conocimiento de los usos del agua. En todos los casos, esto podría ayudar a España a prevenir sanciones y resolver los procedimientos de infracción abiertos por la Unión Europea.

No obstante, se siguen produciendo grandes carencias en la gestión de aguas subterráneas, y de humedales, tan íntimamente relacionados, incluso respecto de humedales icónicos como Doñana y las Tablas de Daimiel, que agonizan ante la pasividad de la Administración competente. *Vid.* S. GARCÍA GARCÍA, «La protección cuantitativa del agua: un breve repaso a lo más esencial ante el reto de la escasez y la sequía en España», *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, vol. 1, núm. 63, 2022, pp. 59-79. Disponible en <https://doi.org/10.36402/regap.v1i63.4937>.

Y el número de casos en los que existe una carencia de gestión manifiesta sigue aumentando, sin ir más lejos, en el propio municipio de Madrid (en el distrito San Blas-Canillejas) nos encontramos con las «Lagunas de Ambroz», un humedal de origen artificial generado tras el cese de la explotación hace más de doce años de una mina a cielo abierto de sepiolita. A partir de ese momento se produce un fenómeno de renaturalización con la llegada de especies de aves típicas de este ambiente lacustre y también mamíferos y reptiles que se han adaptado al entorno. Las lagunas albergan una muy relevante biodiversidad que ha sido recogida en «Informe de biodiversidad de las Lagunas de Ambroz y su entorno 2020-2022», disponible en línea en <https://seo.org/wp-content/uploads/2022/07/Los-ecosistemas-de-Las-Lagunas-de-Ambroz-y-su-entorno.Informe-biodiversidad-20-22.pdf>.

A pesar de la enorme riqueza natural y servicios ambientales que estas Lagunas de Ambroz aportan al Municipio de Madrid y a la Comunidad Autónoma de Madrid, la pasividad en orden a su protección es evidente. En la actualidad se pretende el reinicio de la explotación minera, que cuenta ya con una DIA favorable y está pendiente del otorgamiento de la autorización para la actividad minera de la Comunidad de Madrid. Por parte del Ayuntamiento de Madrid, ha de señalarse que, con fecha de 29 de marzo 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid aprobó una serie de medidas para detener la constante degradación a la que se ven sometidas las Lagunas de Ambroz y su entorno. El motivo principal es la falta de control de los constantes vertidos ilegales que suponen una amenaza medioambiental para este paisaje de alto valor natural. No obstante, las lagunas, ni siquiera la «Laguna Grande de Ambroz» (superficie: 8 ha y profundidad: 10-15 m) ha sido incluida en el Catálogo de Humedales de la CAM y tampoco han sido recogidas en el Plan Hidrológico del Tajo de tercer ciclo (2022-2027).

Sobre estas cuestiones, *vid.*:

— E. MOREU CARBONELL, «Marco jurídico de la minería urbana», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 51, enero-abril de 2022, pp. 23-44.

Sobre las cuestiones tratadas resulta de mucho interés consultar:

— S. ÁLVAREZ CARREÑO y B. SORO MATEO (dirs.), P. SERRA PALAO (coord.), *Estudios sobre la efectividad del Derecho de la Biodiversidad y del Cambio Climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

— S. ÁLVAREZ CARREÑO y B. SORO MATEO (dirs.), *Estudios sobre la efectividad del derecho de la biodiversidad y del cambio climático*, Tirant lo Blanch, 2022.

— G. ARIÑO ORTIZ, *La revolución del hidrógeno: nuevo vector del sistema eléctrico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

— R. BUSTILLO BOLADO, *Régimen jurídico del paisaje: concepto, marco normativo, intervención administrativa y dimensión social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

— M. A. CALZADILLA MEDINA y R. MARTINÓN QUINTERO (dirs.), *La Unión Europea ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030: I Congreso de Derecho Internacional de la Unión Europea*, Universidad de La Laguna, marzo de 2021, Dykinson, Madrid, 2022.

— J. DORESTE HERNÁNDEZ, «El “juicio por el clima”: el litigio climático español», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 26, 2022, pp. 383-406.

— M. FERNÁNDEZ PÉREZ, «Las reformas para la transición ecológica y la transformación digital en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y en el Programa Nacional de Reformas», *Boletín Económico de ICE (Información Comercial Española)*, núm. 3.146, mayo de 2022, pp. 33-45. Disponible en <https://doi.org/10.32796/bice.2022.3146.7385>.

— S. GARCÍA GARCÍA, *Los servicios ambientales en el derecho español*, Tirant lo Blanch, 2022.

— M. GARCÍA PÉREZ, «La eólica marina ante la ordenación del espacio marino: *as cousas polos seus pasos*», *Observatorio del Litoral, Universidade da Coruña*, núm. 121, marzo de 2022; *Actualidad Jurídica Ambiental*, 1 de marzo de 2022.

— A. GARCÍA URETA (dir.) y M. SARASÍBAR IRIARTE (coord.), *La Estrategia de Biodiversidad de la Unión Europea 2030: aspectos jurídicos*, Marcial Pons, Barcelona, 2022.

— C. NARBONA RUIZ, «Emergencia energética *vs.* emergencia climática», *Política exterior*, vol. 36, núm. 210, 2022, pp. 14-19.

— M. SASTRE BECEIRO, «Títulos jurídicos ambientales necesarios para la producción de hidrógeno renovable», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 354, 2022, pp. 167-195.

— M. SAYOL SERRA, «El fomento del hidrógeno renovable en la movilidad sostenible», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 990, 2022.

— M.^a SICILIA, «Necesitamos un Pacto de Estado por el Clima», *Política Exterior*, vol. 36, núm. 207, julio-agosto de 2022.

— L. TOLIVAR ALAS, A. J. HUERGO LORA y T. CANO CAMPOS (dirs.), *El patrimonio natural en la era del cambio climático. Actas del XVI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Oviedo, 3-5 de febrero de 2022; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2022.

2. NORMATIVA, ESTRATEGIAS Y OTRAS DECISIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE (2022)

2.1. Unión Europea

A nivel de la Unión Europea destacan este año las siguientes normas:

— *Reglamento (UE) 2022/2577, del Consejo, de 22 de diciembre, por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables.*

— *Directiva (UE) 2022/2464, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.*

2.2. Estado

A nivel estatal se destaca la siguiente normativa y bibliografía relacionada:

Normas con rango de ley

— *Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.*

- A. DESCALZO GONZÁLEZ y A. PALOMAR OLMEDA (dirs.), *Estudios sobre la Ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular*, Aranzadi, 2022.

- D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, «Ley 7/2022, de 8 de abril, de Residuos y Suelos Contaminados para una Economía Circular», *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 10 (2), 2023, pp. 140-154.

- A. GÓMEZ EXPÓSITO, «El papel de las entidades locales en la nueva Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 256, pp. 98-102.

- J. J. PERNAS GARCÍA y J. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (eds.), *Estudio sistemático sobre la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (Ley 7/2022, de 8 de abril)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2022, monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21. Disponible en <https://derechopublicoglobal.es/wp-content/uploads/2022/07/Monografico-RArAP-XXI.pdf>.

- M. J. ROVIRA DAUDÍ, «Nueva Ley de Residuos y Suelos contaminados para una Economía Circular», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 984, 2022.

- A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, «Previsiones para el ámbito local contenidas en la Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 253, 2022, pp. 24-44.

— *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.*

— *Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.*

— *Real Decreto-ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales.*

— *Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca.*

- A. GARCÍA FIGUEROA, «Algunos reparos a la doctrina del Mar Menor», *Almacén de Derecho*, 27 de septiembre de 2022. Disponible en <https://almacenederecho.org/algunos-reparos-a-la-doctrina-del-mar-menor>.
- B. LOZANO CUTANDA y A. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un “embrollo jurídico”», *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, núm. 10.163, 2022.
- M. d. M. MUÑOZ AMOR, «¿Terminará convirtiéndose el problema del Mar Menor en otro “Algarrobico”? estado de la cuestión», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 350, 2021, pp. 125-173.

Normas reglamentarias

— *Real Decreto 47/2022, de 18 de enero, sobre protección de las aguas contra la contaminación difusa producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias* (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2022).

— *Real Decreto 208/2022, de 22 de marzo, sobre las garantías financieras en materia de residuos*.

— *Real Decreto 218/2022, de 29 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 79/2019, de 22 de febrero, por el que se regula el informe de compatibilidad y se establecen los criterios de compatibilidad con las estrategias marinas*.

— *Real Decreto 309/2022, de 3 de mayo, por el que se establece el mecanismo de compensación de costes indirectos para los sectores y subsectores industriales a los que se considera expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono durante el periodo 2021-2030*.

— *Real Decreto 376/2022, de 17 de mayo, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad y de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de los biocarburantes, biolíquidos y combustibles de biomasa, así como el sistema de garantías de origen de los gases renovables*.

— *Real Decreto 668/2022, de 1 de agosto, por el que se modifica el Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre*.

• F. J. SANZ LARRUGA y M. ORTIZ GARCÍA (dirs.), y E. MORELLE-HUNGRIA (coord.), *Análisis de la protección del medio marino tras una década del enfoque ecosistémico: estado actual y nuevos retos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

— *Real Decreto 1057/2022, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Plan estratégico estatal del patrimonio natural y de la biodiversidad a 2030, en aplicación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*.

— *Real Decreto 1056/2022, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Áreas Marinas Protegidas de España y los criterios mínimos comunes de gestión coordinada y coherente de la Red*.

— *Real Decreto 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las zonas de bajas emisiones*.

— *Real Decreto 1055/2022, de 27 de diciembre, de envases y residuos de envases*.

- E. COTS e I. ESTEVE, «Nueva regulación de los envases: la economía circular ya es una realidad», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 992, 2022.

— *Resolución de 1 de diciembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente de aprobación del «Plan Estratégico de Humedales a 2030».*

2.3. Ámbito autonómico

Las novedades normativas en el ámbito autonómico se recogen a continuación:

Aragón

— *Decreto 129/2022, de 5 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Listado Aragonés de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y se regula el Catálogo de Especies Amenazadas de Aragón.*

Baleares

— *Decreto-ley 3/2022, de 11 de febrero, de medidas urgentes para la sostenibilidad y la circularidad del turismo de las Illes Balears.*

Canarias

— *Ley 6/2022, de 27 de diciembre, de cambio climático y transición energética de Canarias.*

Castilla-La Mancha

— *Ley 2/2022, de 18 de febrero, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*

— *Ley 7/2022, de 29 de julio, de Medidas para la Agilización Administrativa de los Proyectos de Energías Renovables en Castilla-La Mancha.*

— *Decreto 15/2022, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de aplicación de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de Caza de Castilla-La Mancha.*

Cataluña

— *Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas.*

Extremadura

— *Decreto-ley 5/2022, de 31 de agosto, por el que se establecen medidas urgentes necesarias en la regulación del aprovechamiento de recursos minerales de litio en Extremadura.*

— *Decreto 132/2022, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Lucha contra Incendios Forestales de Extremadura (Plan INFOEX).*

Galicia

- *Ley 1/2022, de 12 de julio, de mejora de la gestión del ciclo integral del agua en Galicia.*

La Rioja

- *Ley 8/2022, de 24 de junio, de caza y gestión cinegética de La Rioja.*
- *Decreto 46/2022, de 17 de agosto, por el que se amplía la Red Natura 2000 en La Rioja y se aprueban los planes de gestión y ordenación de los recursos naturales.*

Comunidad Foral de Navarra

- *Ley Foral 4/2022, de 22 de marzo, de Cambio Climático y Transición Energética.*
- *Decreto Foral 26/2022, de 30 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Foral 17/2020, de 16 de diciembre, reguladora de las actividades con incidencia ambiental.*
- *Decreto Foral 94/2022, de 26 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Foral 19/2019, de 4 de abril, de protección de los animales de compañía en Navarra.*
- *Orden Foral 64/2022, de 21 de octubre, del consejero de Desarrollo Económico y Empresarial, por la que se establecen medidas de fomento de las comunidades de energía en Navarra.*

País Vasco

- *Ley 7/2022, de 30 de junio, de Desarrollo Rural.*
- *Ley 9/2022, de 30 de junio, de protección de los animales domésticos del País Vasco.*

Valencia

- *Ley 5/2022, de 29 de noviembre, de la Generalitat, de residuos y suelos contaminados para el fomento de la economía circular en la Comunitat Valenciana.*
- *Ley 6/2022, de 5 de diciembre, de la Generalitat, del cambio climático y la transición ecológica de la Comunitat Valenciana.*
- *Decreto 64/2022, de 20 de mayo, del Consell, para la conservación de praderas de fanerógamas marinas en la Comunitat Valenciana.*
- *Decreto 81/2022, de 10 de junio, del Consell, por el que se amplían, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, los municipios designados como zonas vulnerables a la contaminación de las aguas por nitratos procedentes de fuentes agrarias.*

2.4. Ayuntamiento de Madrid

El mundo ha experimentado un crecimiento urbano sin precedentes en las últimas décadas. En 2022, 4.200 millones de personas viven en ciudades, y según las proyec-

ciones, ese número aumentará hasta alcanzar al 70 por 100 de la población mundial. Se ha demostrado que las ciudades participan —y muy activamente— en el incremento de la contaminación atmosférica: según el último informe *Ciudades y cambio climático*, los asentamientos urbanos son los responsables de hasta el 70 por 100 de los gases de efecto invernadero mientras que sólo ocupan el 2 por 100 del territorio mundial.

Se ha comprobado una relación directa entre la calidad del aire en las grandes aglomeraciones urbanas con la mortalidad prematura de la población. La Comisión Europea calcula que la contaminación causada por NO_x y micropartículas causa la muerte prematura de 300.000 personas anualmente en la Unión Europea (20.000 en España). Es más, en un reciente estudio realizado por la *European Public Health Alliance* (EPHA), la contaminación del aire cuesta a cada uno de los españoles alrededor de unos 1.000 euros cada año, como consecuencia de la muerte prematura, el tratamiento médico, las jornadas laborales perdidas y otros costes sanitarios derivados de los tres contaminantes que provocan gran parte de las enfermedades y muertes: las partículas en suspensión (PM), el ozono (O₃), y el dióxido de nitrógeno (NO₂).

Se necesita, por tanto, mejorar la planificación y la gestión urbanas para que estos espacios sean más inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles, tal y como reclama el objetivo 11 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015). *Vid.*, sobre esto, RAMOS RAMOS, «El objetivo de desarrollo sostenible 11 y su influencia directa en las políticas públicas municipales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, mayo de 2022, pp. 116-127.

Por todo ello, las ciudades desempeñan un papel fundamental en la lucha contra el cambio climático: ellas pueden liderar la transición energética hacia un desarrollo bajo en carbono basado en la eficiencia y las energías renovables.

Una ciudad sostenible es aquella que ha sabido integrar el verde urbano y reducir las emisiones de CO₂ para mejorar la calidad del aire, ha impulsado las energías renovables para conservar y proteger los recursos naturales, ha implementado con éxito la movilidad sostenible y el uso del transporte público, y ha apostado por la economía circular.

El Índice de ciudades sostenibles elaborado por ARCADIS, en colaboración con el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-HABITAT), se apoya en el estudio de tres pilares de sostenibilidad para designar las 100 ciudades más sostenibles del mundo:

— El componente social: los factores relacionados con la calidad de vida de los habitantes de una ciudad —sanidad, trabajo y educación—.

— El factor ambiental: lo relativo a los condicionantes de la etiqueta verde de una ciudad como, por ejemplo, su nivel de contaminación, sus iniciativas para promover el reciclaje, la extensión de zonas verdes y así un largo etcétera.

— El condicionante económico: la salud económica que disfrutaban los habitantes de una ciudad.

La ciudad de Oslo ha sido nombrada líder del Índice de ciudades sostenibles 2022. Estocolmo, la segunda ciudad más sostenible del mundo y Tokio, tercera. Las otras ciudades más sostenibles son: Copenhague, Berlín, Londres, Seattle, París, San Francisco y Ámsterdam.

Entre las diez primeras ciudades sostenibles, hoy por hoy, no se encuentra ninguna ciudad española, no obstante, ha de señalarse que Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Valladolid, Vitoria-Gasteiz y Zaragoza son las ciudades españolas que han sido seleccionadas por la Comisión Europea para formar parte de la misión que tiene como finalidad lograr la neutralidad climática en 2030. Todas ellas participan en la iniciativa lanzada por El Día Después el pasado año, citiES 2030, para la aceleración y aplicación en España de esta misión.

Del mismo modo ha de mencionarse que el Ayuntamiento de Madrid, con el apoyo de ONU-Habitat y con la colaboración de CGLU, presentó en el 27 de marzo 2022, el primer Informe Local Voluntario (VLR) de la Agenda 2030 de la Ciudad de Madrid. Se trata de uno de los numerosos mecanismos utilizados para seguir el progreso de la implementación de los ODS, presentados anualmente por los Estados miembros en el Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible (FPAN).

Por su parte, ha de mencionarse que el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) ha recibido el premio de Ciudad Europea del Bosque 2022, por el *European Forest Institute* (EFI).

Pero no todo han sido buenas noticias. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 6.^a), de 22 de diciembre de 2022, asunto C-125/20, por la que se resuelve el recurso contra el Reino de España por incumplimiento de la Directiva 2008/50/CE, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, declara el incumplimiento de España de la Directiva de calidad del aire en lo que concierne a las zonas de Barcelona, Madrid y Vallés-Baix Llobregat respecto a los valores de óxidos de nitrógeno. En la sentencia, además de declarar que las superaciones de los valores límite anual y horario registradas han sido sistemáticas y continuadas. Además, se destaca que los puntos de muestreo destinados a la protección de la salud humana deben ubicarse donde se registren las concentraciones más altas de los contaminantes de que se trate a las que la población pueda hallarse directa o indirectamente expuesta. La sentencia subraya que es manifiesto que el Reino de España no adoptó las medidas adecuadas para garantizar que el periodo de superación de los valores límite fijados para el NO₂ por la Directiva 2008/50 fuera lo más breve posible en las zonas objeto del presente recurso, señalando la inadecuación de tales medidas en los planes posteriormente aprobados a pesar de la existencia de una tendencia a la mejoría.

Estas emisiones están relacionadas en buena medida con el tráfico. Es de esperar que las medidas que se están adoptando contribuyan a paliar esta contaminación y coadyuvar al efectivo cumplimiento de la directiva. En este sentido, ha de destacarse el Real Decreto 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las Zonas de Bajas Emisiones (ZBE). Este reglamento se encuentra en estrecha consonancia con el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, que indica que «a partir de 2023 se prevé que se generalice a todas las ciudades de más de 50.000 habitantes la delimitación de zonas de bajas emisiones con acceso limitado a los vehículos más emisores y contaminantes».

Con este real decreto se da cumplimiento al mandato contenido en el art. 14.3 de la Ley de Cambio Climático que prevé que los municipios españoles de más de 50.000 habitantes, los territorios insulares y los municipios de más de 20.000 habitantes, cuando se superen los valores límite de los contaminantes adopten, antes de 2023, planes de movilidad urbana sostenible que introduzcan medidas de mitigación, que reduzcan las emisiones derivadas de la movilidad incluyendo, al menos, entre otras, el establecimiento de ZBE.

De tal manera, en 2023 las Zonas de Bajas Emisiones se extienden por España. Todas las capitales de provincia, excepto Soria y Teruel, deberán aplicar esta normativa. Quien no disponga de una etiqueta medioambiental apta deberá abonar una multa de 200 euros (existen cuatro distintivos ambientales: 0, ECO, B y C).

Las Zonas de Bajas Emisiones son unas áreas delimitadas dentro de las ciudades donde se aplican una serie de restricciones de acceso a la circulación a determinados tipos de vehículos para tratar de reducir los gases de efecto invernadero. Estas áreas se identifican por una señal vertical antes de la entrada en el tramo donde también figuran las etiquetas ambientales admitidas.

Este plan se engloba dentro del objetivo que tiene el Gobierno para conseguir antes de 2050 un parque de vehículos sin emisiones directas de dióxido de carbono. España aún va muy retrasado con su plan de electrificación. Del objetivo de tres millones de coches eléctricos o híbridos enchufables marcado para 2030, tan sólo llevamos cerca de 20.000.

Para concluir ha de hacerse referencia a la normativa aprobada por el Ayuntamiento de Madrid en 2022: Reglamento Orgánico 11/2022, por el que se modifica el Reglamento Orgánico 6/2021, de 1 de junio, de los Distritos del Ayuntamiento de Madrid; Ordenanza 9/2022, de 28 de junio, de Derogación Normativa y de Modificación del Régimen Jurídico de los Consejos Sectoriales y Ordenanza 1/2022, de 25 de enero, por la que se modifica la Ordenanza de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración, de 30 de julio de 2013. Y de esta normativa ha de destacarse la Ordenanza 12/2022, de 20 de diciembre, de Limpieza de los Espacios Públicos, Gestión de Residuos y Economía Circular.

El objetivo de la Ordenanza 12/2022 es regular las conductas y actividades dirigidas a la limpieza de los espacios públicos y privados de uso público, así como la recogida, almacenamiento, transporte y tratamiento de los residuos domésticos y municipales. Se estructura en cinco títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro finales. El Título I referido a la limpieza del espacio público, desarrolla las políticas del ayuntamiento en esta materia, regula las obligaciones ciudadanas y las actuaciones que se consideran prohibidas y que podrían conllevar una sanción; también regula las actividades privadas en el espacio público y las afecciones que estas pudieran tener en materia de limpieza, así como los aspectos relativos a la limpieza viaria y la recogida de residuos en actos públicos, entre otras cuestiones. Por su parte, el Título II regula la gestión de los residuos municipales, regula aspectos como son la titularidad de los residuos, su jerarquía en la gestión y las actuaciones de promoción de modelos de producción y

consumo sostenibles y circulares. También establece las competencias del servicio de recogida de residuos y las obligaciones de los usuarios del mismo; desarrolla la tipología de los distintos recipientes de recogida de residuos, las normas de uso; se regula como ha de ser la separación de los residuos generales así como la de los denominados residuos especiales; también se regulan los tres modelos de puntos limpios; se contempla la posibilidad de implantar sistemas de compostaje doméstico y comunitario; y finalmente dedica un capítulo al tratamiento de los residuos en las instalaciones municipales dedicadas a ello. En este sentido, *vid.* J. A. MARTÍNEZ NAVARRO, «La gestión de los residuos municipales al amparo del nuevo modelo de economía circular. a propósito del Proyecto de Ley de Residuos y Suelos Contaminados», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA): Nueva Época*, núm. 17, abril de 2022, pp. 202-217. Disponible en <https://doi.org/10.24965/reala.i17.10986>.

El decisivo papel de las entidades locales en la mitigación y adaptación ante el Cambio Climático y en la protección del medio ambiente, a lo largo del año 2022 ha estado presente en los siguientes trabajos publicados:

— E. ARCONADA AGUILERA, «Intervención municipal en el uso de los patinetes eléctricos. Respuestas en sede local ante las nuevas soluciones de movilidad urbana», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 7, 2022.

— J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, *El derecho a la ciudad y el buen gobierno urbano: los nuevos retos de la gobernanza urbana sostenible para el siglo XXI*, Marcial Pons, Barcelona, 2022.

— D. B. ENTRENA RUIZ, «Derecho a la ciudad, obras públicas locales y participación ciudadana», *La Administración al Día*, 20 de abril de 2022, pp. 1-13. Disponible en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512730>.

— A. EZQUERRA HUERVA, «Cambio climático y salud. Una cuestión también jurídica», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 12, núm. 2, 2022. Disponible en <https://doi.org/10.17345/rcda3226>.

— T. FONT I LLOVET y M. VILALTA REIXACH (dirs.), y R. GRACIA RETORTILLO y A. PEÑALVER I CABRÉ (coords.), *Anuario del Gobierno Local 2021: los gobiernos locales ante el cambio climático*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2022.

— S. GALERA RODRIGO, *El hacer urbano de la Unión Europea: modelos de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*, Atelier, Barcelona, 2022.

— I. GALLEGO CÓRCOLES, *Comunidades de energía y transición energética*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

— B. GUEREÑO OMI (ed.), *Ciudades circulares, cohesivas y creativas. Por un desarrollo humano sostenible integral*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2022.

— M. A. HUETE GARCÍA y R. MERINERO RODRÍGUEZ, «De la reconstrucción al Modelo de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado (MDUSI): una reflexión desde la perspectiva del análisis de políticas públicas», *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales (CyTET)*, vol. 54, núm. 212, verano de 2022, pp. 283-296. Disponible en <https://doi.org/10.37230/CyTET.2022.212.1>.

— G. DE LESCHKO, *Ciudades inteligentes, ciudades sabias: por una gobernanza democrática y colaborativa*, Libros de la Catarata, Madrid, 2022.

— A. PELEGRINA LÓPEZ, *La contaminación lumínica*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2022.

— A. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Análisis y valoración de la transparencia en los municipios españoles en la gestión de los residuos sólidos urbanos*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2022.

3. JURISPRUDENCIA

3.1. Aguas

3.1.1. Sobreexplotación acuíferos

La STS de 16 de diciembre de 2022 analiza la aplicación de la figura del silencio administrativo ante falta de medios materiales y personales para el desenvolvimiento de tareas de control y supervisión que debe realizar la administración hidráulica y su incidencia disfuncional cuando se trata de la explotación de recursos hídricos.

Otras sentencias sobre sobreexplotación de acuíferos: STS de 21 de enero de 2022; STSJ de Andalucía (Granada), de 24 de febrero de 2022, y STSJ de Andalucía (Sevilla), de 23 de marzo de 2022.

3.1.2. Plan hidrológico y declaración de zonas húmedas

La STS de 2 de marzo de 2022 se centra en la declaración de las zonas húmedas o que puedan tener la consideración de humedales potenciales, con la aplicación del consiguiente régimen jurídico. La sentencia pone de manifiesto las dificultades de aplicación de una legislación que, de acuerdo con la Directiva Marco de Aguas, debe tender a la protección de los recursos hídricos, por más que estos entren en conflicto con la propiedad. La sentencia pone de relieve que planificación hídrica no puede mantener una imagen estática de la situación de los recursos hídricos y que, por el contrario, tiene que ser un instrumento vivo que ha de tener capacidad para adoptar nuevas medidas de protección. Del mismo modo, la sentencia reconoce la primacía de la planificación hidráulica sobre la urbanística.

3.1.3. Inactividad de la Administración. Aguas residuales urbanas

La STSJ de Andalucía (Granada), de 31 de enero de 2022, pone de relieve la inactividad por parte de la Junta de Andalucía en relación con el cumplimiento del Convenio de Colaboración de 6 de octubre de 2006 entre la Agencia Andaluza del Agua de la Junta

de Andalucía, el Ayuntamiento de Granada, el Consorcio para el Desarrollo de la Vega-Sierra Elvira, el Consorcio Sierra Nevada Vega Sur y los ayuntamientos integrados en el mismo, para la coordinación, ejecución y financiación de las obras precisas para la mejora de los servicios públicos del ciclo integral urbano del agua en los ámbitos territoriales correspondientes en el entorno metropolitano de Granada. La suscripción del convenio exigía el proyecto y la ejecución de obras hidráulicas declaradas de interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que además son necesarias para dar cumplimiento a la planificación hidrológica. *Vid.* E. ÁVILA CANO, «Ayuntamientos y derecho humano al agua y al saneamiento», *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 259, 2022, pp. 27-64.

3.1.4. *Ejecución de proyecto que puede suponer deterioro de masas de agua*

STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto C-525/20, resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 4 de la Directiva Marco del Agua 2000/60, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (art. 4), sentando que dicha directiva exige analizar, en cada caso, el grado de deterioro de las aguas superficiales derivado de la ejecución de programas o proyectos que puedan incidir en su calidad, aunque sus efectos temporales sean breves.

3.1.5. *Municipalización en régimen de monopolio del agua potable*

La STS de 12 de enero de 2022 resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018 por el que se desestima el recurso de reposición formulado contra el acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya GOU/139/2017, de 10 de octubre, por el que se aprueba definitivamente el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el Municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, adoptando la gestión directa por la propia entidad local. El Alto Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo. Sobre lo anterior *vid.* A. PALOMAR OLMEDA, «Municipalización en régimen de monopolio del agua potable: la STS de 12 de enero de 2022», *Diario La Ley (Estudios Doctrinales)*, núm. 10.022, 2022; A. CAAMAÑO, *Remunicipálcese: el agua como derecho humano y la recuperación de los bienes comunes*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2022.

3.2. Contaminación atmosférica

3.2.1. *Zonas de Bajas Emisiones. Barcelona*

La STSJ de Cataluña, de 21 de marzo de 2022, ha anulado la ordenanza municipal de la Zona de Bajas Emisiones de Barcelona. La Sala no cuestiona la necesidad de inter-

venir contra la contaminación generada para tener una mejor calidad del aire, sino que estima como excesivas la «proporcionalidad» de las medidas que la ZBE contempla para hacerlo, en cuanto al ámbito geográfico y temporal se refiere, pues se verían afectados un número importante de vehículos, sin contar con otro tipo de alternativas.

3.2.2. Derecho a respirar e indemnización

Destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 22 de diciembre de 2022, asunto C-61/21, por la que se resuelve la cuestión prejudicial en relación con la interpretación de los arts. 13, apartado 1, y 23, apartado 1, de la Directiva 2008/50/CE, del Parlamento Europeo, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa, cierra la posibilidad de reclamaciones en concepto de responsabilidad patrimonial derivadas de la contaminación atmosférica, aunque pudiera estar acreditada la relación causa-efecto. Sienta la sentencia que la degradación de la calidad del aire y su normativa no genera responsabilidad porque no confiere derechos y sólo puede generar responsabilidad del Estado una infracción de una norma del Derecho de la Unión que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. A juicio del TJUE las normas de calidad del aire, sólo persiguen un objetivo general de protección de la salud humana y del medio ambiente en general y no otorgan derechos.

3.3. Residuos

3.3.1. Concepto «modificación sustancial» de una instalación

La STJUE de 2 de junio de 2022, asunto C-43/21, constituye el primer pronunciamiento que interpreta el concepto de «modificación sustancial» de la instalación contemplado en el art. 3.9 de la Directiva 2010/75, de emisiones industriales. En este caso el TJUE establece que la simple prolongación del periodo temporal de explotación de un vertedero autorizado no constituye una «modificación sustancial» de la instalación que requiera un nuevo permiso. La sentencia sienta que no todas las modificaciones de las instalaciones afectadas por la Directiva requieren la obtención de una nueva autorización administrativa, sino que deben producirse cambios en sus características susceptibles de producir efectos ambientales dañinos.

3.3.2. Concepto de «residuo» y de «subproducto»

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.^a), de 17 de noviembre de 2022, asunto C-238/21, señala que corresponde al juez nacional comprobar si los citados materiales de excavación de primera calidad y empleados directamente cumplen los requisitos establecidos para ser considerados como subproducto o fin de condición de residuo. No

obstante, establece la sentencia la incompatibilidad del Derecho interno austriaco con la Directiva de residuos al seguir considerando la norma austriaca tales materiales como residuo aun cuando su poseedor no tenga la intención ni la obligación de desprenderse y ese material cumpla los requisitos establecidos en el art. 5.1 de la Directiva para ser calificado de subproducto.

3.3.3. *Vertederos. Parque Tecnológico de Valdemingómez*

La STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2022, resuelve el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid contra la Sentencia de 21 de junio de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el Grupo Municipal Más Madrid y dos particulares contra seis resoluciones dictadas por la directora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez del Excmo. Ayuntamiento de Madrid en fecha 27 de diciembre de 2019.

Las citadas resoluciones autorizaban el tratamiento de residuos urbanos consistentes en «Fracción restos», «Limpieza viaria», «Voluminosos», «Cadáveres de animales», «Restos de poda y jardín» y «Rechazos de planta de tratamiento de envases», de los 31 municipios que conforman la Mancomunidad del Este, y con un periodo de vigencia entre el 28 de diciembre de ese año y el 27 de febrero de 2020. Con las resoluciones impugnadas se pretendía dar respuesta a la colmatación del vertedero de Alcalá de Henares y la imposibilidad de destino para 20.000 toneladas de basura que generaron los 627.825 habitantes de los 29 municipios de la Mancomunidad del Este durante dos meses. Al efecto, se formularon varios requerimientos por parte de la Comunidad de Madrid para que, siendo el Parque Tecnológico de Valdemingómez (PTV), el único destino posible para estos residuos, se adoptaran las medidas necesarias para que este permitiera su tratamiento. De esa forma se evitaría el riesgo de emergencia o crisis sanitaria para la salud pública que el progresivo aumento de los residuos abandonados generaría para los ciudadanos y el medio ambiente. La defensa del Ayuntamiento de Madrid alega que fue precisamente ese requerimiento de la Comunidad de Madrid el que dio lugar a las autorizaciones impugnadas con la finalidad de evitar perjuicios mayores. Autorizaciones que cumplieron los requisitos formales de procedimiento y competencia. Es más, aunque a la fecha de la colmatación todavía no se había completado, lo cierto es que estaba pendiente de aprobación un convenio de colaboración entre las tres administraciones para afrontar el problema de los residuos.

El TSJ considera que, aunque el convenio de colaboración sea el instrumento más idóneo, ello no significa que, en circunstancias excepcionales y urgentes, como sucede en este caso, se puedan adoptar otras fórmulas. Y, el hecho de que la suscripción del convenio fuera posterior al otorgamiento de las autorizaciones no supone una falta de competencia territorial del ayuntamiento determinante de la nulidad de las autorizaciones por lo que se el recurso de apelación.

3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia e interés legítimo colectivo

Es relevante la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 17 de marzo de 2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ponente: Ramón Sastre Legido). Esta sentencia pone de relieve que la presentación de una denuncia por sí sola no confiere al denunciante la condición de interesado en el procedimiento. Sin embargo, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 23 de la Ley 27/2006 excepciona la regla general y, por ende, tal como sucede en este caso, se reconoce a la asociación apelante la condición de interesada en el procedimiento sancionador, sin que ello implique una legitimación de futuro en cualesquiera expedientes sancionadores. El interés legítimo colectivo está en la base de la legitimación, máxime cuando se trata de una infracción en materia de residuos. *Vid.* P. GONZÁLEZ GRANDA y N. YUGUEROS PRIETO, «Dos destacables iniciativas de mejora en la órbita europea con incidencia en el acceso a la justicia ambiental», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 81, 2022, pp. 9-67.

3.5. Parques eólicos y suspensión de la obligación de prestar una caución

Mediante ATSJ de Galicia, de 19 de septiembre de 2022, se acuerda suspender la obligación de prestar una caución de 10.000 euros a dos asociaciones —Asociación para la Defensa Ecológica de Galiza y la Plataforma para la Defensa de la Cordillera Cantábrica— para hacer efectiva la paralización cautelar de la ejecución del parque eólico de Campelo, promovido por Greenalia entre Coristanco y Santa Comba, cuyas obras no han empezado. Si bien es cierto que está acreditado que ninguna de las dos asociaciones demandantes litiga amparada por el beneficio de la justicia gratuita y que ya han constituido sin dificultad la caución, no es menos cierto que una de las razones principales para atender a la suspensión ha sido la apariencia de buen derecho, supuesto en que no es necesaria la constitución de caución alguna para asegurar los perjuicios. El Tribunal Superior de Justicia se inclinó por suspender la ejecución del parque eólico de Campelo, porque no se acreditó la imperiosa necesidad de iniciar su construcción, teniendo en cuenta, por un lado, que se emplazaría cerca de otro parque eólico en funcionamiento; y, porque llevaba más de once años en tramitación, a pesar de las recientes recomendaciones impuestas por la Comisión Europea a los Estados miembros para acelerar los trámites para la autorización de ese tipo de instalaciones.

Urbanismo y ordenación del territorio*

Sofía SIMOU

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
(Contratada Doctora Acr.)*

*Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-6726-8392*

Palabras clave: ordenación territorial y urbanística; asignación de usos; licencias urbanísticas; gestión urbanística; disciplina urbanística.

Keywords: regional and city planning law; land use; special and development permits; development regulation law; development control law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS Y APORTACIONES DOCTRINALES.—3. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLOS DOCTRINALES: 3.1. Derecho de propiedad, derechos y deberes urbanísticos. 3.2. Planeamiento urbanístico y territorial: 3.2.1. Impugnación indirecta de planes territoriales por falta de evaluación ambiental. 3.2.2. Control ambiental de planes de ordenación territorial y proyectos de ejecución de parques eólicos. 3.2.3. Planes de ordenación territorial, informe de sostenibilidad económica e informes «neutros» en materia de género, familia e infancia. 3.2.4. Planes urbanísticos e informe de sostenibilidad económica. 3.2.5. Planes especiales y modificación de uso característico. 3.2.6. Estudios de Detalle, informes sectoriales y evaluación ambiental estratégica. 3.2.7. Informe de recursos hídricos en casos de concesiones en dominio público-hidráulico. 3.2.8. Aprobación definitiva parcial. 3.2.9. Efectos de la declaración de nulidad de los planes urbanísticos. 3.3. Ejecución urbanística: entidades urbanísticas de conservación. 3.4. Disciplina urbanística. 3.5. Delitos urbanísticos.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Regeneración Urbana Climática» financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad (Ref.: «TED2021-130900B-I00» dirigido por Felipe Iglesias González y Juan Antonia Chinchilla Peinado).

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente informe es la exposición ordenada de las novedades jurisprudenciales, doctrinales y normativas más relevantes que se han producido en materia de urbanismo y ordenación del territorio durante el año 2022. El urbanismo y la ordenación del territorio son dos materias que constituyen fuentes inagotables de novedades jurídicas cada año. Para su sistematización, el presente informe se estructura en tres partes. La primera, de naturaleza introductoria, se dedica a la exposición de las novedades doctrinales de carácter más transversal y general que han tenido lugar en el último año en las materias enunciadas (epígrafe 1). En la segunda parte, se analizan los cambios normativos más trascendentes para el urbanismo y la ordenación del territorio con referencias paralelas a las aportaciones doctrinales correspondientes a las normas analizadas (epígrafe 2). Y la tercera parte se centra en la exposición de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en las distintas categorías de la actividad pública urbanística con remisiones constantes a las contribuciones doctrinales más significativas en estos ámbitos (epígrafe 3).

Empezando la exposición por las novedades doctrinales de carácter más transversal del año 2022, debe recomendarse la lectura de las siguientes obras por interconectar, desde varias perspectivas científicas, la gestión del espacio público con algunos de los retos más actuales. En este sentido, especial atención merece el libro colectivo dirigido por M. L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *Ciudades circulares y viviendas saludables: Régimen jurídico administrativo y proyección social*, Dykinson, Madrid, 2022. La obra aborda la necesidad de integrar la sostenibilidad desde la perspectiva de la inteligencia territorial en confluencia con la necesidad de atención a la emergencia climática, las crisis económicas y sanitarias y la singularidad tecnológica como elementos que permiten una gestión óptima de los recursos públicos. En línea similar, destacan el libro colectivo editado por R. SAN SALVADOR DEL VALLE, F. VILLATORO y G. MIRANDA LESCHKO, *Ciudades inteligentes, ciudades sabias. Por una gobernanza democrática y colaborativa*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2022, y el libro editado por D. LADRA, *Madrid, ciudad de los 15 minutos*, Ediciones Lengua de Trapo, Madrid, 2022.

Un ensayo sumamente interesante con un enfoque crítico a la forma de protección del paisaje y del litoral en España contiene el libro de A. RUBIO, *España fea. El caos urbano, el mayor fracaso de la democracia*, Debate, Barcelona, 2022. Desde una perspectiva multidisciplinar, la obra colectiva coordinada por J. GARRIDO VELARDE, L. LOURES y J. MORA ALISEDA, *Sistemas territoriales y recursos para la sostenibilidad*, Aranzadi, Pamplona, 2022, ofrece una reflexión metodológica importante que permite desentrañar los fenómenos naturales y sociales interactuantes que se plasman en las relaciones espaciales entre ecosistemas y modelos de explotación de los recursos naturales que acaban por modelar los paisajes en su configuración superficial y a diferentes escalas geográficas. Finalmente, algunas reflexiones técnico-jurídicas sobre el camino que transitan las ciudades actuales se pueden encontrar en el artículo de F. ROMERO HERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el futuro de la ciudad», *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente* (en adelante, *RDU*), núm. 354, 2022, pp. 65-74.

En el análisis de las formas actuales de renovación de los asentamientos urbanos con las políticas europeas en sectores como la calidad del aire y la gestión de residuos, especial interés tiene la lectura de la monografía de S. GALERA RODRIGO, *El hacer urbano de la Unión Europea. Modelo de ciudad, poder local y sostenibilidad energética*, Atelier, Barcelona, 2022. La obra aborda la configuración del modelo urbano en la Unión Europea como el resultado indirecto de determinadas políticas con incidencia territorial que como un objetivo predeterminado reflejado en el Derecho positivo europeo. Asimismo, en materia de vivienda es recomendable la lectura del libro de N. LAMBEA LLOP, *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, y del libro dirigido por M. D. CERVILLA GARZÓN e I. ZURITA MARTÍN, *Viviendas y colectivos vulnerables*, Aranzadi, Pamplona, 2022. El último aborda, desde una perspectiva multidisciplinar, transversal y con un enfoque eminentemente práctico, el régimen jurídico de la vivienda familiar cuando en ella habitan personas vulnerables. En el libro se analizan críticamente los modelos de gestión de vivienda social en España, indagando tanto en aspectos y prácticas consideradas exitosas como en las deficiencias e insuficiencias legales del sector. En materia de vivienda, resulta también de especial interés jurídico, la contribución de J. PONCE SOLÉ, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español respaldando la regulación urbanística de las viviendas de uso turístico en protección del derecho a la vivienda», *RDU*, núm. 357, 2022, pp. 21-75. Sobre la misma materia, ha de subrayarse también el artículo de I. SERRANO BLANCO, «Reserva de viviendas de protección como estándar urbanístico: comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 205 y 206 de 16 de febrero de 2021», *RDU*, núm. 353, 2022, pp. 119-153.

Entre las obras de carácter más general, centradas en el análisis del régimen jurídico del urbanismo en España, destaca la segunda edición del libro de C. ROSADO SANTURINO, *Derecho urbanístico*, Centro de Estudios Financieros (CEF), Madrid, 2022. La obra se caracteriza por un enfoque que combina, con claridad y precisión, las perspectivas teórica y práctica facilitando su comprensión por todo tipo de lectores. Asimismo, para una profundización más especializada en el marco jurídico estatal de ordenación del suelo, es de interés el libro colectivo dirigido por E. SÁNCHEZ GOYANES, *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2022. En la misma línea, por la aproximación integrada que ofrece al urbanismo en España, debe mencionarse la obra de V. GUTIÉRREZ COLOMINA y E. M. NIETO GARRIDO, *Derecho urbanístico estatal y autonómico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2022 en la que se analizan tanto el Derecho estatal como marco regulatorio básico del suelo, como el régimen urbanístico de cada comunidad autónoma y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Finalmente, especialmente útil para los técnicos de la Administración local dedicados al urbanismo resulta el libro de H. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, *TODO-Administración Local: Urbanismo*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2022.

La *RDU* ha reunido este año también varias contribuciones jurídico-técnicas especializadas en el análisis del urbanismo en España. Por su carácter especialmente novedoso, puede recomendarse la lectura del artículo de F. LÓPEZ PÉREZ, «Retos jurídicos de la integración de los drones en la ciudad», *RDU*, núm. 351, 2022, pp. 47-99. Por otra

parte, la interconexión de la ordenación urbanística con la dinamización de los entornos rurales se ve este año abordada en el artículo de E. DE SANTIAGO RODRÍGUEZ e I. GONZÁLEZ GARCÍA, «Enfoques morfológicos en la ordenación urbanística de los pequeños municipios de la España rural: una alternativa a los criterios reglados convencionales para la clasificación del suelo», *RDU*, núm. 357, 2022, pp. 141-186.

Finalmente, en cuanto al régimen jurídico del paisaje urbano y no urbano, destacan este año las siguientes contribuciones doctrinales: R. O. BUSTILLO BOLADO, *Régimen jurídico del paisaje, concepto, marco normativo, intervención administrativa y dimensión social*, Aranzadi, Pamplona, 2022, las dos partes del artículo de F. GARCÍA RUBIO, «El régimen jurídico-administrativo del paisaje urbano: reflexiones de Derecho estatal y autonómico», *RDU*, núms. 352 y 353, 2022, pp. 19-59 y 19-64, respectivamente; y la contribución centrada en Madrid en la misma materia de M. C. MORENO MARTÍNEZ, «Una aproximación al paisaje urbano de Madrid a través de tres tipos de tejidos», *RDU*, núm. 354, 2022, pp. 97-120.

2. NOVEDADES NORMATIVAS AUTONÓMICAS Y APORTACIONES DOCTRINALES

A nivel estatal este año no se ha aprobado ninguna norma relevante que, directa o indirectamente, afecte a las materias de interés del presente informe. En este sentido, seguidamente se procederá a dar cuenta de las abundantes novedades normativas que han tenido lugar a nivel autonómico.

Empezando el recorrido por la Comunidad Autónoma de Andalucía, dos son las principales novedades que ha traído 2022 en esta comunidad en materia de urbanismo y ordenación del territorio, ambas aprobadas, además, en el mismo día. Por una parte, se trata del *Decreto-ley 11/2022, de 29 de noviembre, por el que se modifica* la recientemente aprobada *Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía*. Esta modificación, que tiene lugar solamente unos meses después de la aprobación de la ley, obedece al cumplimiento de los compromisos asumidos en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas después del planteamiento por parte de la Comisión de Seguimiento de Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas de una serie de discrepancias relacionadas con la constitucionalidad de la norma. Los compromisos de la comunidad autónoma se concretaron en la modificación de ciertos preceptos legales para acomodar su interpretación y aplicación a la legislación estatal y, en concreto, al *Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre* (en adelante, *TRLR*). En concreto, los artículos de la ley autonómica objeto de modificación por el Decreto-ley son los siguientes: 8.4, 10.4, 10.6, 14.3, 70.3.b), 76.2, 78.4, 80.b) y c), 96.3, 139 y la DA 9.^a Abarcan cuestiones como la regulación de las funciones públicas de la actividad urbanística, el principio de desarrollo sostenible, los instrumentos de colaboración público-privada en los procesos de transformación del suelo y en la definición del sistema de instrumentos de ordenación urbanística.

Por otra parte, el *Decreto 550/2022, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 7/2021* fue fruto también del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 24 de enero de 2022, por el que se instó a la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de Andalucía a impulsar la tramitación del Reglamento de desarrollo de la *Ley 7/2021, de 1 de diciembre*.

El reglamento regula cuestiones como el derecho de acceso a la información territorial y urbanística, la participación ciudadana y la colaboración público-privada, creándose como novedad el Registro de Entidades Urbanísticas Certificadoras. En los arts. 18 a 42 se establece la clasificación del suelo (urbano y rústico), la ordenación legal de directa aplicación, así como los usos y actividades en suelo rústico. En los arts. 43 a 56 se incluye la propuesta de delimitación y ordenación de las actuaciones de transformación urbanística, así como los aprovechamientos urbanísticos. Los arts. 57 a 72 regulan los principios y directrices generales de la ordenación territorial, las determinaciones para la protección del litoral y del paisaje, los instrumentos de ordenación territorial, la regulación de los planes con incidencia en la ordenación del territorio, así como su elaboración y tramitación, y las actuaciones con incidencia en la ordenación del territorio. En los arts. 73 a 122, que constituyen el grueso de las determinaciones e instrumentos de la ordenación urbanística, se establecen los distintos instrumentos de ordenación urbanística general, detallada y complementarios, así como los procedimientos de aprobación de los citados instrumentos. La ejecución urbanística se regula en los arts. 123 a 279, que incluye técnicas como la ejecución mediante gestión indirecta, la ejecución de la urbanización y la tramitación coordinada con los instrumentos de ordenación urbanística y de las actuaciones de ejecución. Los arts. 280 a 337 se refieren a la ejecución de las obras de edificación y se regulan los medios de intervención administrativa sobre la actividad de edificación (licencias urbanísticas, declaraciones responsables y comunicaciones previas), la conservación y rehabilitación de las edificaciones y la ejecución por sustitución por incumplimiento de los deberes de edificación, rehabilitación y conservación. Los arts. 338 a 403 se refieren a la disciplina urbanística y abordan la potestad inspectora, el restablecimiento de la legalidad territorial y urbanística y el régimen sancionador. Los arts. 404 a 418 establecen una serie de medidas de adecuación ambiental y territorial de edificaciones irregulares. Finalmente, los arts. 419 a 430 contemplan el régimen del suelo y la ordenación y ejecución urbanística del hábitat troglodítico.

Sobre la reforma integrada del urbanismo andaluz cometido en los últimos dos años pueden consultarse el libro dirigido por S. M.^a MARTÍN VALDIVIA, *Un nuevo paradigma en el urbanismo andaluz (Análisis de la Ley 7/2021, de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio en Andalucía)*, Civitas, Madrid, 2022, así como el interesante artículo de F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, «Leyes urbanísticas autonómicas de tercera generación: el caso paradigmático de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía», *RDU*, núm. 356, 2022, pp. 97-173.

Pasando a la Comunidad Autónoma de Aragón, la *Ley 2/2022, de 19 de mayo, de aplicación y desarrollo de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa*, en el Capítulo VI y, en concreto, en el art. 19, acomete una modificación del texto refun-

dido de la Ley de Urbanismo de Aragón (en adelante, TRLOUA), *aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón*, con el fin de reducir el plazo para aprobar los planes especiales independientes. El mismo precepto introduce un art. 82 *bis* al TRLOUA que prevé que, en caso de invalidez de parte de un planeamiento urbanístico, se desplegarán todos los efectos de las partes e instrumentos de gestión independientes en el caso de que las mismas no adolezcan de las mismas causas de invalidez.

En la Comunidad Autónoma de Canarias, aunque este año no se han producido novedades normativas relevantes que afecten al urbanismo, merece ser destacado el libro dirigido por F. J. VILLAR ROJAS y F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *Lecciones de Derecho Urbanístico de Canarias*, Civitas, Madrid, 2022, que ofrece una visión general y actualizada del Derecho urbanístico que se aplica en Canarias, a través de 10 lecciones en las que abordan todos los temas centrales en la materia.

La Comunidad Autónoma de Cantabria es una de las pocas comunidades autónomas que este año han procedido a una revisión íntegra de su normativa urbanística y de ordenación territorial adoptando la *Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria*. En cuanto a la sistemática de la ley, la misma consta de 295 artículos y aspira a ser un referente en la optimización del principio del desarrollo urbano sostenible. El Título Primero establece el marco jurídico de la ordenación territorial regulando cada uno de los instrumentos planeamiento territorial con el que la comunidad autónoma se dota para ello. Se prevén en la Ley el Plan Regional de Ordenación Territorial, el Plan de Ordenación del Litoral, los Planes Territoriales Parciales, los Planes Territoriales Especiales, los Proyectos Singulares de Interés Regional y las Normas Urbanísticas Regionales que son de obligado cumplimiento en ausencia de Planeamiento General o como complemento del mismo. El Título II trata de la clasificación y régimen del suelo, estableciendo las tradicionales clases de suelo urbano, urbanizable y rústico (de especial protección y de protección ordinaria). Como novedad, se recupera la figura de los núcleos rurales, como ámbitos que sirven de soporte a un asentamiento de población singularizado e integrado por un mínimo de cinco y un máximo de treinta viviendas. El Título III regula el planeamiento urbanístico y, en concreto, los procedimientos y efectos de su aprobación, vigencia, revisión y modificación. Un capítulo se destina específicamente al planeamiento urbanístico de los pequeños municipios y municipios en riesgo de despoblación. En este marco, constituye importante novedad la creación de las denominadas Áreas de Desarrollo Rural en el suelo rústico, que tienen por objeto contribuir a la ordenación y el desarrollo rural en pequeños municipios o en municipios en riesgo de despoblación, ordenando la construcción de viviendas aisladas de carácter unifamiliar, así como las instalaciones vinculadas a actividades artesanales, culturales, de ocio y turismo rural en el suelo rústico. Otra novedad importante son las Normas Técnicas de Planeamiento, que tienen por objeto unificar los criterios técnicos de los documentos de planeamiento urbanístico, la terminología y los conceptos urbanísticos generales. Se regula el contenido de las mismas y se prevé su aprobación conjunta por la Consejería competente en materia de urbanismo y en materia de evaluación ambiental estratégica urbanística, previa audiencia de la Federación de Municipios de Cantabria y

de los colegios profesionales con competencias en la redacción de los instrumentos de planeamiento, aprobándose conforme al procedimiento especial regulado en la ley. El Título IV se dedica a la Gestión y Ejecución del Planeamiento. El Título V desarrolla las normas relativas a la intervención pública en el mercado del suelo e intervención administrativa en la edificación y uso del suelo y subsuelo (patrimonios públicos del suelo, derecho de superficie, derechos de tanteo y retracto y registro de edificaciones y solares). El Título VI regula la disciplina urbanística (en especial, la Inspección Urbanística) y el último Título cuestiones relativas a la organización administrativa y el régimen jurídico.

Unos meses después de la aprobación de la ley, la misma ha sido objeto de una modificación extensa llevada a cabo por el art. 18 de la *Ley 11/2022, de 28 de diciembre, Medidas Fiscales y Administrativas, de Cantabria*. Con la reforma se regula, entre otros, la autorización en suelo rústico de las construcciones, instalaciones y obras destinadas al uso residencial y las vinculadas a actividades artesanales, culturales, de ocio y turismo rural y se modifican las normas de delimitación y funcionamiento de las Áreas de Desarrollo Rural.

En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el art. 8 de la *Ley 1/2022, de 14 de enero, de Medidas Tributarias y Administrativas de Castilla-La Mancha* define el concepto de *inmueble desocupado con carácter permanente de uso residencial*. El precepto desarrolla la posibilidad legal establecida en la normativa local de que los ayuntamientos incrementen el IBI de las viviendas vacías dentro de los requisitos y límites establecidos por la normativa básica del Estado. En materia de tributos locales en el urbanismo español desde una perspectiva general debe mencionarse la contribución doctrinal de este año de A. FERNÁNDEZ CARBALLAL, «Un aspecto del derecho urbanístico financiero: la gestión recaudatoria de tributos locales de exigencia potestativa vinculada al urbanismo, en especial el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, ICIO», *RDU*, núm. 351, 2022, pp. 77-108. Asimismo, resulta de especial interés en relación con el Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha el artículo de F. SUAY OJALVO, «Análisis de la Ley 1/2021, de 12 de febrero, de simplificación urbanística y medidas administrativas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha», *RDU*, núm. 354, 2022, pp. 47-96.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha procedido en 2022 a la aprobación de una norma directamente relevante para la ordenación de los espacios urbanos en zonas vulnerables desde la perspectiva de la sostenibilidad que es la *Ley 11/2022, de 29 de diciembre, de mejoramiento urbano, ambiental y social de los barrios y villas*. La norma crea el Fondo de Recuperación Urbana, Ambiental y Social de Barrios y Villas de Atención Especial y señala como objetivo del mismo su contribución a evitar el riesgo de fractura social y hacer frente a la crisis ambiental mediante el mejoramiento de las condiciones de vida de la población en los barrios y villas que sufren déficits urbanísticos, baja calidad de la edificación, carencia de equipamientos y servicios, dificultades de accesibilidad, riesgos ambientales, exposición grave a los efectos de la emergencia climática, alta vulnerabilidad social y riesgos de exclusión. Asimismo, la nueva ley, que deroga la *Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial*, introduce un ámbito de actuación específico en el contenido de los

proyectos: el de las transformaciones físicas, entendidas como el conjunto de actuaciones —incluyendo posibles remodelaciones con realojamiento— destinadas a mejorar la eficiencia energética, la accesibilidad, la seguridad o la habitabilidad de edificios situados en áreas que, por deficiencias en estos aspectos y por otros factores, requieren una atención especial por parte de las Administraciones públicas. Por otra parte, y con la voluntad de promover intervenciones integrales en estos barrios y villas, los proyectos deben prever actuaciones en los ámbitos de la transición ecológica y la acción sociocomunitaria.

Tanto la Comunidad Autónoma de Extremadura como la del País Vasco han aprobado este año dos normas de índole no propiamente urbanística pero con capacidad de incidir en las técnicas de planificación de las zonas rurales. Se trata de la *Ley 3/2022, de 17 de marzo, de medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura* y de la *Ley 7/2022, de 30 de julio, de Desarrollo Rural del País Vasco*. La primera regula en su Capítulo III (arts. 39-43) varias medidas de ordenación del territorio y urbanismo así como políticas de vivienda. En consonancia con la *Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura* (que se ve modificada por la DF 3.ª de la Ley), la ley establece los fines de la ordenación territorial y urbanística en relación con el reto demográfico y territorial, y se abre la posibilidad de catalogar proyectos de interés regional por razones demográficas. En paralelo, se definen algunas políticas que tienen como fin facilitar en zonas rurales el acceso de la población a una vivienda digna. Por su parte, la *Ley de Desarrollo Rural del País Vasco* acomete una reforma puntual a través de la DF 2.ª de la *Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo*, añadiendo a su art. 221 un nuevo apartado en el que se modulan las actuaciones objeto de licencia, cuando una actividad se encuentre en el ámbito de aplicación de la *Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de Política Agraria y Alimentaria*.

En la Comunidad Autónoma de La Rioja solamente destaca la *suspensión temporal* por parte de la *Ley 7/2022, de 23 de mayo, de la aplicación de las disposiciones adicionales décima y duodécima incorporadas a la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja*, mientras no se dicte la nueva directriz de suelo no urbanizable que defina adecuadamente los conceptos utilizados en las mencionadas disposiciones adicionales.

Islas Baleares ha adoptado a lo largo de 2022 dos normas que afectan directamente al régimen jurídico del urbanismo en esta Comunidad. Por una parte, se trata del *Decreto-ley 10/2022, de 27 de diciembre, de medidas urgentes en materia urbanística* que modifica el art. 20 y añade el art. 68 *bis* y la DT 16 a la *Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears*. El decreto-ley desclasifica los suelos denominados «falsos urbanos»; limita y condiciona el crecimiento mediante nuevas delimitaciones de suelos urbanizables; y adopta medidas para la reducción del consumo de agua mediante la inclusión de un nuevo precepto en la Ley de urbanismo de las Islas Baleares. Por otra parte, merece mención la *Ley 2/2022, de 6 de junio, de medidas urgentes en determinados sectores de actividad administrativa* que, a través de su DA 1.ª, establece un régimen excepcional de declaración responsable para determinadas obras e instalaciones que se tienen que ejecutar en suelo urbano para facilitar la ejecución del Plan de Recuperación, Transfor-

mación y Resiliencia (art. 146 de la *Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo de las Illes Balears*). Asimismo, el art. 4 de la Ley acomete una modificación del art. 54 de la *Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética* para establecer que las instalaciones de producción de energía renovable, ubicadas en aparcamientos en suelo urbano o sobre cubierta, así como los apoyos y los elementos auxiliares necesarios, no computan urbanísticamente en ocupación, en edificabilidad, en distancia a umbrales ni en altura. Además, la ley prevé la sujeción, siempre que no afecten a los fundamentos o a la estructura del edificio, de estas instalaciones al régimen de comunicación previa que determina la *Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de Urbanismo*.

En la Comunidad Autónoma de Madrid, la modificación de diversos aspectos importantes del régimen jurídico de la ordenación territorial y urbanística ha llegado de la mano de la *Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid*. El Título II de la Ley (arts. 4 y 5) ha modificado las dos leyes de aplicación a estas materias en esta Comunidad: la *Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo* (vigente solamente en la parte de la ordenación territorial) y la *Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo*. En el primer caso, se ha establecido una nueva regulación de los «Proyectos de Alcance Regional», una figura de ordenación territorial que, en los casi treinta años de vigencia de la ley, nunca ha sido desarrollada. Dicha modificación obedece, según la exposición de motivos, a la voluntad de flexibilizar estos instrumentos para garantizar su aplicación. Sin embargo, la doctrina ya ha advertido que la nueva regulación parece trascender lo propiamente territorial, convirtiendo a dichos Proyectos en un posible instrumento de ordenación urbanística de carácter supramunicipal, elaborado y aprobado directamente por la Comunidad de Madrid. Estas características de la reforma permiten pensar en su dudosa constitucionalidad por una posible injerencia en el principio de autonomía urbanística municipal. Sobre esta modificación, se puede consultar la entrada de *blog* de F. VELASCO CABALLERO, «Proyectos de actuación regional en la nueva Ley madrileña 11/2022, de 21 de diciembre: posible infracción de la garantía constitucional de autonomía local» (<https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2023/03/03/proyectos-de-actuacion-regional-en-la-nueva-ley-madrilena-11-2022-de-21-de-diciembre-posible-infraccion-de-la-garantia-constitucional-de-autonomia-local/>). La segunda modificación que introduce la ley está relacionada con un nuevo régimen jurídico para el suelo no urbanizable de protección. Esta reforma afecta, principalmente, a los usos extraordinarios en esta clase de suelo. Asimismo, la novedad principal que introduce la ley es el traslado a los ayuntamientos madrileños de la competencia de otorgamiento las «calificaciones urbanísticas» que autorizan los usos extraordinarios. Por último, la reforma legal deroga por completo un supuesto de uso extraordinario que regulaba expresamente las instalaciones deportivas en suelos agrícolas. Para más información puede consultarse la entrada de *blog* de F. VELASCO CABALLERO, «Nuevo régimen de las calificaciones urbanísticas en el suelo no urbanizable de protección de la Comunidad de Madrid» (<https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2023/03/13/nuevo-regimen-de-las->

calificaciones-urbanisticas-en-el-suelo-no-urbanizable-de-proteccion-de-la-comunidad-de-madrid/).

En materia de urbanismo en esta comunidad autónoma destaca, también, la aprobación por el Ayuntamiento de Madrid de la *Ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas*.

La Comunidad Autónoma Valenciana ha procedido dos veces este año a la modificación del *Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio de 2021* (en adelante, LOTUP) por decreto-ley. En el primer caso, el *Decreto-ley 4/2022, de 10 de junio, del Consell*, establece pautas de intervención a través de licencia municipal en los ámbitos rurales, eximiendo de algunos parámetros propios del suelo no urbanizable y permitiendo con carácter excepcional la división horizontal de las viviendas. Asimismo, la reforma afecta a los ámbitos estratégicos y Proyectos Territoriales Estratégicos para las actividades económicas en el territorio y procedimiento para su declaración. Finalmente, introduce modificaciones respecto del alcance de los documentos económicos que debe contener un plan de acción territorial. En el segundo caso, la modificación de la LOTUP se ha realizado por el *Decreto-ley 8/2022, de 5 de agosto*, con el fin de flexibilizar la obtención de suelo para la ubicación de las plantas fotovoltaicas relacionadas con los Proyectos Territoriales Estratégicos. Sobre la LOTUP aprobada en 2021, puede consultarse el libro de I. DE LA FUENTE CABERO y S. GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ, *TR-LOTUP Texto refundido de la ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Asimismo, una reflexión crítica con las reformas aprobadas en esta Comunidad Autónoma en los últimos años puede encontrarse en J. HERVÁS MAS y R. E. TEMES-CORDOVEZ, «Los inexplicables restricciones a los incrementos de edificabilidad en las actuaciones de dotación hotelera en la Comunidad Valenciana», *RDU*, núm. 357, 2022, pp. 109-139.

En el Principado de Asturias, la novedad más relevante de este año en las materias de interés del presente informe es la aprobación del *Decreto 63/2022, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias*. El reglamento, que revisa en profundidad la regulación actual, introduce novedades en varios ámbitos ligados a la ordenación y ejecución urbanísticas. Como novedades destacadas, en primer lugar, el reglamento introduce un nuevo trámite potestativo de participación ciudadana previo a la elaboración del documento de prioridades del futuro plan urbanístico, en el que la ciudadanía podrá presentar sus propuestas de modelo de ciudad. En segundo lugar, el reglamento completa los contenidos de la Memoria Justificativa con la necesidad de incorporar un apartado específico que evalúe la atribución de aprovechamientos y de reservas dotacionales en el suelo urbano no consolidado. En tercer lugar, se introducen aclaraciones en cuanto a los criterios de delimitación de los núcleos rurales y en el régimen de usos y edificación de cada una de las categorías de suelo no urbanizable. En cuarto lugar, se completa la definición y regulación de aquellos otros sistemas de poblamiento, diferentes de los núcleos rurales delimitados, previstos en el art. 124.1 TROTU. En quinto lugar, se define y modula la cesión dotacional exigible en las actuaciones de urbanización de ejecución sistemática y en las actuaciones destinadas a

la obtención de suelos dotacionales, calculada de acuerdo con el nivel de dotaciones pre-existentes y aplicada en el último supuesto sobre los incrementos de aprovechamiento propuesto. Finalmente, en materia de gestión de la Ciudad Consolidada, el reglamento incorpora diversos instrumentos para aumentar la eficacia en la gestión del suelo urbano.

Por último, en la Comunidad Foral de Navarra, aunque no ha habido este año modificaciones relevantes del régimen urbanístico y de la ordenación territorial, se ha procedido a la adopción de la nueva *Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, de fomento de un parque de vivienda protegida y asequible*. Desde una perspectiva más general, destaca en materia de vivienda el artículo de J. M. CABEZA ESCOBAR, «Algunas consideraciones jurídicas sobre los deberes de reserva de suelo para vivienda de protección pública en la legislación urbanística a la luz de la jurisprudencia más reciente», *RDU*, núm. 351, 2022, pp. 19-46.

3. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLOS DOCTRINALES

3.1. Derecho de propiedad, derechos y deberes urbanísticos

Aunque no se trate de una obra jurídica en materia de propiedad del suelo, se recomienda este año la lectura del libro de P. CARMONA PASCUAL, *La democracia de propietarios: Fondos de inversión, rentismo popular y la lucha por la vivienda*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2022. Se trata de un ensayo crítico que, más allá del debate público acerca de la nueva ley de arrendamientos urbanos y de la aparición de nuevos actores como los fondos buitres o las SOCIMI, este libro ofrece una cartografía del sistema de la propiedad inmobiliaria en España. En este mapa aparecen los fondos de inversión, la banca, las SOCIMI o la SAREB. También se analiza la persistencia de los desahucios, la eterna carencia de vivienda pública, las nuevas estrategias inmobiliarias de las patronales del sector y las extensas clases propietarias que dominan la sociedad española.

En relación con el derecho de propiedad urbanística, en este año 2022 ha habido varias contribuciones doctrinales de carácter eminentemente jurídico-técnico que pueden resultar de interés. Se trata del artículo de G. SORIA MARTÍNEZ, «La patrimonialización del aprovechamiento y las facultades urbanísticas», *RDU*, núm. 354, 2022, pp. 19-45; y de las dos partes del artículo de P. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, «Del deber de conservación y rehabilitación en inmuebles hacia la declaración de ruina. Parte I y Parte II», *RDU*, núms. 354 y 355, 2022, pp. 121-165 y 67-120, respectivamente.

3.2. Planeamiento urbanístico y territorial

En materia de planeamiento urbanístico y territorial han sido, como cada año, varias las contribuciones doctrinales que pretenden arrojar luz al complejo mosaico normativo

que forman los distintos niveles de planeamiento y ordenación de los usos del suelo, así como a la función de la jurisprudencia en la interpretación del ordenamiento jurídico territorial y urbanístico. Sin duda, una aportación interesante en este ámbito, por el enfoque crítico que le caracteriza, ofrece la obra de R. FERNÁNDEZ VALVERDE, *Urbanismo judicial: Jurisprudencia para la ciudad del futuro*, Fundación ARQUIA (Caja de Arquitectos), Barcelona, 2022. En el libro puede encontrarse una selección de sentencias y pronunciamientos judiciales que muestran el papel del Derecho urbanístico, en términos de autonomía local, discrecionalidad técnica, seguridad jurídica, proporcionalidad y buena administración en pro de la calidad futura de nuestros entornos urbanos y arquitectónicos. A la vez, el libro abre el debate sobre la aplicación de una serie de principios esenciales, deducibles de la normativa, de la práctica y la jurisprudencia actuales, que no está claro si puede llegar a mantener los valores tradicionales de la planificación urbanística y permitir, al mismo tiempo, adaptarse al carácter evolutivo y cambiante de las ciudades.

Igualmente recomendable resulta también el libro M. J. SARMIENTO ACOSTA, *El planeamiento urbanístico en el Estado Autonómico*, Atelier, Barcelona, 2022, que ofrece una análisis actualizado de la función que tiene el plan urbanístico como categoría esencial para ordenar la ciudad, su régimen jurídico en la legislación urbanística autonómica y los derechos de los particulares y la posición de la Administración urbanística. Además, el libro analiza, desde el punto de vista técnico-jurídico, el modelo de planificación dominante en España, ahondando en las inconsistencias que el sistema tiene por su excesiva complejidad y por los efectos que se producen de la anulación de los planes o su alteración.

Profundizando más en esto último, la obra de A. MUÑOZ GUIJOSA, *El problema de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico: La naturaleza jurídica de los planes de urbanismo*, Aranzadi, Pamplona, 2022, ofrece un análisis omnicomprendivo del principal problema que afecta en la actualidad al Derecho urbanístico en España: los efectos de la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Sobre la misma problemática, puede consultarse también el artículo de A. CEREZO IBARRONDO, «Análisis de las propuestas legislativas para paliar los efectos de la nulidad en los instrumentos de ordenación urbanística», *RDU*, núm. 358, 2022, pp. 51-104.

Asimismo, por el debate intenso que esta figura suscita en la doctrina, jurisprudencia y normativa, resulta interesante este año la lectura del artículo de J. ALEMANY GARCÍAS, «Los convenios de planeamiento: ¿estamos ante una segunda oportunidad para realzar su figura?», *RDU*, núm. 355, 2022, pp. 19-65.

Finalmente, por un año más, la relación entre la ordenación territorial, la planificación urbanística y la sostenibilidad ambiental ha sido objeto de análisis teórico en varias contribuciones en revistas y libros especializados. A modo de ejemplo, se puede recomendar este año el artículo de A. CEREZO IBARRONDO, «Los vicios de legalidad y los efectos sobre los instrumentos de ordenación urbanística bajo el principio de desarrollo urbano sostenible e integrado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 222, 2022, pp. 119-146.

3.2.1. *Impugnación indirecta de planes territoriales por falta de evaluación ambiental*

El alcance de impugnación indirecta de planes territoriales con ocasión de la impugnación de los instrumentos de planeamiento urbanístico general que reproducen las determinaciones establecidas en aquellos ha sido tratada este año en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 1109/2022, de 28 de julio (ECLI: ECLI:ES:TS:2022:3296)*. En el caso de autos se trata de la impugnación del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la isla de La Palma en Canarias (en adelante, PTETLP). Los recurrentes en casación, después de la desestimación del recurso en primera instancia, pretenden la declaración de nulidad de dicho Plan Territorial por haberse omitido durante el procedimiento de su aprobación la evaluación ambiental pero con ocasión de la impugnación del Plan General de Ordenación Urbana (en adelante, PGOU).

El TS considera que para que pueda prosperar la impugnación indirecta del Plan Territorial Especial es necesario que «el vicio de nulidad no sólo exista en la disposición impugnada indirectamente (PTETLP, en este caso) sino que, además, dicha causa de nulidad tenga tal naturaleza o contenido que implique la necesaria nulidad del acto o disposición directamente impugnado» (FJ 3.º). En otras palabras, el Tribunal exige que exista una conexión directa del vicio de nulidad con el instrumento impugnado y considera que se trata de una cuestión de omisión procedimental que no puede articularse a través del recurso indirecto porque, además, el PGOU impugnado cuenta con su propia evaluación ambiental sin que se le impute ningún vicio que sea consecuencia directa de la omisión de la evaluación ambiental en el PTETLP. A la luz de estas consideraciones, el TS desestima el recurso de casación.

Sobre los planes generales de ordenación urbana, puede consultarse este año el artículo de M. J. SARMIENTO ACOSTA, «De nuevo sobre los planes generales de ordenación: estudio comparativo de las modificaciones de los últimos años», *RDU*, núm. 356, 2022, pp. 21-96.

3.2.2. *Control ambiental de planes de ordenación territorial y proyectos de ejecución de parques eólicos*

En relación con los Proyectos de Ejecución de Parques Eólicos (en adelante, PERE) y su interacción con los planes de ordenación territorial y su control ambiental, dos son las sentencias que pueden destacarse como entre las más relevantes para este año. Por una parte, en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 149/2022, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:605)*, el TS confirma en casación la STSJ-Galicia que estimó el recurso interpuesto contra la modificación de la aprobación definitiva del proyecto del parque eólico como proyecto sectorial de incidencia supramunicipal (en adelante, PSIS) declarando su nulidad. En el caso, el TS arroja luz sobre si es admisible que pueda cuestionarse una Declaración de Impacto Ambiental que se emitió en el procedimiento para la aprobación de un originario PEPE y su necesario PSIS, con ocasión de una posterior modificación de dicho Proyecto Sectorial. El TS considera que, a los efectos del caso

suscitado, la Administración autonómica no sólo podía, sino que debía tomar en consideración el contenido de la DIA emitida durante la aprobación del Proyecto técnico originario (PERE) con independencia de los efectos que dicha evaluación ambiental hubiera tenido para la aprobación del mismo. Así, el TS responde a la cuestión casacional objetiva para la formación de la jurisprudencia, «que no procede declarar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, cuando se impugna un instrumento de ordenación territorial —o su modificación—, cuya finalidad es hacer efectiva la instalación —o modificación— de un Parque Eólico en un determinado suelo, por considerar que dicha aprobación está basada en una valoración contradictoria de la declaración ambiental que sirvió para la aprobación del Proyecto técnico originario» (FJ 4.º).

Unos meses después de la sentencia anterior llegó otra sentencia bastante controvertida, por las distintas cuestiones que acarrea su análisis (declaración originaria de derechos, declaración de caducidad por la Administración y posibilidad de dictarse por el órgano judicial e interconexión entre proyectos, planes, y los dos procedimientos de evaluación ambiental). Se trata de la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 1178/2022, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3618)*. En dicha sentencia, el TS desestima el recurso de casación contra la STSJ-Galicia que estimó el recurso interpuesto por la representación procesal de asociaciones ecologistas contra la resolución de la Dirección General de Energía y Minas por la que se publica el Acuerdo del Consejo de la Junta de Galicia, que aprueba la modificación del proyecto sectorial de incidencia supramunicipal del Parque Eólico de Oribio, así como las disposiciones normativas contenidas en el mencionado proyecto. La Sentencia delimita como objeto del recurso de casación la determinación de si la firmeza de la aprobación de un PSIS para la instalación de un parque eólico, con la preceptiva DIA, impide que dicha declaración ambiental pueda cuestionarse con ocasión de una posterior modificación de dicho instrumento de planeamiento. Realmente, el TS, aunque confirma el carácter estimatorio de la sentencia de instancia, discrepa de algún modo en la forma de razonamiento. Lo que sostiene el TS es que la constatación de que una DIA ya no es eficaz no es una declaración originaria de que la autorización para la instalación del Parque Eólico esté caducada, sino que sirve de apoyo a la pretensión de que el objeto de esa autorización pueda modificarse. En este razonamiento, la argumentación de la caducidad sirve como un fundamento más de que la resolución impugnada —modificación de una autorización— no está ajustada a Derecho. Finalmente, el TS confirma que la Modificación del instrumento del planeamiento que exigía la modificación del inicial proyecto de la instalación requería una específica Declaración Ambiental Estratégica (DEA).

3.2.3. *Planes de ordenación territorial, informe de sostenibilidad económica e informes «neutros» en materia de género, familia e infancia*

Dos de las sentencias más importantes, por los distintos temas que plantean y analizan en materia de planeamiento territorial en 2022, son las *SSTS (Sala de lo*

Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núms. 490/2022 y 491/2022, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2022:1754 y ECLI:ES:TS:2022:1751). En ambas se resuelven y desestiman los recursos de casación contra las SSTSJ-Valencia que estimaron los recursos contencioso-administrativos contra el *Decreto 58/2018, de 4 de mayo, del Consell de la Vivienda, por el que se aprueba el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral de la Comunidad Valenciana y el Catálogo de Playas de la Comunidad Valenciana* (en adelante, PATIVEL).

En primer lugar, en cuanto al contenido de esta figura de ordenación territorial (PATIVEL), ambas sentencias declaran que el estudio económico-financiero no forma parte del contenido necesario para su aprobación porque no se trata de un instrumento de ordenación urbanística, sino de un instrumento de ordenación territorial, conceptualmente diferenciable de aquel. Sin embargo, el TS considera que es la naturaleza reglamentaria de los planes de ordenación territorial, como el PATIVEL, que demanda que en su tramitación se incorpore obligatoriamente una previsión suficiente del impacto económico que, en su caso, pudiera derivarse directamente de la aprobación de la norma reglamentaria, atendiendo al contenido material de sus determinaciones. En el caso específico, se considera que la memoria económica incorporada durante la tramitación del PATIVEL debe estimarse suficiente en función del contenido material de las determinaciones del Plan. Por tanto, la declaración de nulidad en primera instancia se considera improcedente y el TS estima el recurso de casación en este punto (FFJJ 6.º y 7.º).

En segundo lugar, en cuanto a los informes «neutros» en materia de género, familia e infancia atañe, ambas sentencias declaran que los informes «neutros» no son equivalentes a los inexistentes, siempre que se deduzca que en el caso enjuiciado se haya realmente llevado a cabo un análisis del impacto que las determinaciones del plan de ordenación territorial pudieran tener sobre el género, familia, infancia y adolescencia. Si se infiere del caso específico que se ha utilizado una fórmula rituarial para afirmar la neutralidad de la norma a esos efectos, esos informes entonces deben reputarse inexistentes (FFJJ 8.º y 9.º). En el caso de autos, el TS estima en este punto el recurso de casación porque considera que, para poder declarar fundadamente la nulidad del PATIVEL por este motivo, deberían haberse precisado por la Sala en primera instancia cuáles eran las concretas determinaciones incluidas en el plan aprobado que incurrían en contravención del principio de igualdad o que podían afectar desfavorablemente a la familia, infancia o adolescencia. En concreto, debería haberse indicado la razón por la que una específica omisión en las determinaciones del plan comporta una quiebra de aquel principio o de la necesaria protección de la familia, infancia o adolescencia.

En tercer lugar, en cuanto al estudio de alternativas que debe contener la evaluación ambiental estratégica, el TS considera que el mismo debe, además de la referencia al alcance y contenido del plan propuesto, incluir aquellas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito territorial de aplicación del plan o programa, con el fin de prevenir o corregir los efectos adversos sobre el medio ambiente derivadas de la aplicación del plan o programa. Finalmente,

en este punto también (FFJJ 10 y 11), el Tribunal casa la STSJ-Valencia y declara que el contenido del mismo es suficiente y adecuado en función de los objetivos, el ámbito geográfico y territorial, y las determinaciones del PATIVEL.

3.2.4. *Planes urbanísticos e informe de sostenibilidad económica*

A diferencia de lo que declaró el TS en la sentencia justo anteriormente mencionada en relación con los planes de ordenación territorial y el informe de sostenibilidad económica, en una de las sentencias de mayor impacto mediático este año —la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 992/2022, de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2885)*—, el TS considera que estos informes *sí que son* preceptivos para la aprobación de los instrumentos de ordenación que comporten actuaciones de transformación urbanística. En esta sentencia, el TS desestima los recursos de casación interpuestos por la letrada del Ayuntamiento de Madrid, la letrada de la Comunidad de Madrid, Metro de Madrid, S. A., y Residencial Metropolitán, S.Coop.Mad, contra la STSJ-Madrid, estimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación «Colectivo ciudadano de urbanismo corazón verde Chamberí» contra la modificación puntual del PGOUM-97 de Madrid en el ámbito del nuevo Área de Planeamiento Remitido «Metro Cuatro Caminos». El TS considera que el informe de sostenibilidad/viabilidad económica de carácter preceptivo del instrumento de ordenación urbanística no cumplía con los requisitos exigibles por el actual art. 22.4 TRLS 2015 (FJ 4.º) y, por tanto, dicha omisión comporta la nulidad de pleno derecho (FJ 5.º) del mismo. En sentido igual, puede consultarse la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 912/2022, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2857)*.

3.2.5. *Planes especiales y modificación de uso característico*

Especialmente relevante en materia de asignación de usos característicos por un plan especial es este año la *STSJ-Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 80/2022, de 28 de enero (ECLI:ES:TSJM:2022:1824)*. La Sala considera que el Plan Especial de las parcelas A-1 y A-2 de la zona este de La Moraleja-ámbito de la Carrascosa, que modificó el uso característico terciario por el uso residencial en tipología de vivienda unifamiliar no adolece de nulidad. A juicio de la Sala, la falta de puesta en conocimiento del Ministerio de Fomento del procedimiento de redacción del Plan Especial carece de efectos anulatorios. Además, la Administración no incurrió en este caso en desviación de poder por dos razones: en primer lugar, porque el Plan Especial no altera determinaciones estructurantes puesto que el cambio de uso de las parcelas debe considerarse como una determinación pormenorizada (FJ 8.º); y en segundo lugar, porque ha quedado acreditada la suficiencia y funcionalidad de las redes para atender las necesidades de la nueva población residencial, lo que conduce a una mejora efectiva del entorno urbano siguiendo criterios de interés general y coherencia urbana (FJ 9.º).

3.2.6. Estudios de Detalle, informes sectoriales y evaluación ambiental estratégica

Con respecto a la figura urbanística de los Estudios de Detalle dos son las sentencias que pueden destacarse este año. Por una parte, en la línea de la doctrina ya asentada en esta materia sobre el sometimiento, de carácter obligatorio y en todos los casos, de los estudios de detalle al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, el TS se pronuncia en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 165/2022, de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:618)*. En dicha sentencia se analiza si los Estudios de Detalle —con base al art. 6.2 de la *Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental* (en adelante, LEA)— han de someterse a Evaluación Ambiental Estratégica simplificada, y en caso afirmativo, si esta, de conformidad con la referida normativa estatal, puede ser excepcionada en supuestos determinados. El TS comparte la argumentación de la Sala del TSJ-Navarra en que, conforme al art. 6 LEA y a los arts. 30 y 31 de la *Ley Foral 4/2005* (actualmente derogada por la *Ley Foral 17/2020*) «ni la norma estatal ni la foral indican expresamente que todos los estudios de detalle tengan que estar sometidos siempre y en todo caso a evaluación ambiental estratégica. En ambas normas sólo precisarán tal evaluación los estudios de detalle que establezcan el marco para autorizar futuros proyectos de ordenación del territorio sometidos legalmente a evaluación de impacto ambiental por conllevar afecciones al medio ambiente». Por lo demás, según el TS que confirma el análisis de la Sala, la regulación navarra «no es contraria a la normativa estatal, al contrario, presenta una redacción semejante, sin que se aprecie vulneración de la doctrina recogida en la *STC 109/2017* que declaró la inconstitucionalidad del art. 9.4 de la *Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears*, dado que dicho precepto excluía expresamente de la evaluación estratégica ambiental a todos los estudios de detalle, situación que en la norma navarra no concurre, pues como se ha razonado, el art. 22, apartado F) del Anejo III obliga a eventuales estudios de detalle que reúnan las características citadas, a incorporar evaluación ambiental estratégica». Partiendo de estos argumentos, el TS concluye que «los estudios de detalle en la medida que no pueden constituir en ningún caso “el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación ambiental”, ni el marco tampoco para la futura aprobación de otros proyectos, cuando se pueda determinar *a priori* —dado su objeto, extensión y espacios afectados— que no son susceptibles de tener un impacto significativo en el medio ambiente, no precisan de Evaluación Ambiental, pudiendo, también, ser excepcionados expresamente por la normativa de desarrollo de las comunidades autónomas» (FJ 2.º).

Por otra parte, en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), núm. 1647/2022, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4550)*, el TS aborda el alcance de la exigencia del informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Fomento en el caso de aprobación de un Estudio de Detalle. En concreto, el TS analiza si al Estudio de Detalle en el caso de autos, al que precede la modificación del Plan General, referido al cambio de uso e implantación de nueva actividad en una parcela ubicada en espacio sujeto a servidumbres aeronáuticas, necesita de este

informe previo. El TS declara en el FJ 2.º que la aprobación de un Estudio de Detalle (como el del presente caso) que se limita a reflejar la ampliación de usos operada por una modificación anterior (1998) del PGOU (no impugnada) de una parcela ubicada en espacio sujeto a servidumbres aeronáuticas (o a servidumbre de limitación de actividades), siempre que no comporte incremento de altura que afecte a espacios sujetos a dichas servidumbres, no exige el informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Aviación Civil.

En la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 338/2022, de 16 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:989)*, el TS aborda la cuestión de si la omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica en el procedimiento de aprobación de la modificación de un plan general que obedece a la reprogramación de suelos urbanizables conduce a nulidad de dicha modificación por defectos procedimentales. El Tribunal, confirmando en casación la sentencia de la Sala del TSJ-Andalucía, indica que la aprobación de la Modificación en el caso de autos no es sólo que no afecte a la ordenación estructural significativamente, sino que tampoco tiene incidencia alguna en esa ordenación, por cuando se limita a una mera modificación de los plazos de ejecución de las determinaciones ya establecidas en el originario (FJ 2.º).

Distinta es la conclusión a la que llega el TS en el caso de la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 234/2022, de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:763)*, en relación con el Plan Especial de Protección y Rehabilitación del Barrio de Ferrol Vello en Galicia. En esta interesante sentencia, el TS, aunque comparte la argumentación de la Sala del TSJ-Galicia en lo sustantivo (declaración de nulidad del plan por no haberse sometido a Evaluación Ambiental Estratégica), difiere de la misma en cuanto que considera que es contrario a Derecho permitir, como hace la Sala de instancia, la subsanación de tal defecto esencial en ejecución de sentencia mediante la aportación de un informe complementario emitido por el órgano ambiental. En este sentido, el TS declara haber lugar al recurso de casación y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día, declarando la nulidad de pleno derecho de la aprobación definitiva del Plan Especial de Protección y Rehabilitación del Barrio de Ferrol Vello, despejando cualquier duda sobre la posibilidad de que la Sala de instancia pudiera corregir tal defecto esencial en ejecución de sentencia (FFJJ 7.º y 8.º).

3.2.7. Informe de recursos hídricos en casos de concesiones en dominio público-hidráulico

En la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 767/2022, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2557)*, el TS desestima el recurso de casación contra la STSJ-Canarias que había declarado la nulidad del *Decreto 373/2015, de 7 de diciembre, de aprobación del «Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad en el ámbito de El Veri»* (en adelante, PMIIC). La finalidad del decreto era facilitar la instalación de un gran parque acuático similar al situado en la isla de Tenerife. Pues, según el TS, el PMMIC constituye un instrumento de planeamiento urbanístico peculiar previs-

to en la normativa sectorial canaria con ámbito municipal. Los recurrentes consideran que el informe de recursos hídricos de carácter preceptivo que debe acompañar dicho Plan debería estar implícito ya que había sido autorizado con el otorgamiento de la preceptiva concesión que se había realizado con intervención de la propia Administración hidráulica canaria competente también para la emisión del informe. Sin embargo, el TS no comparte este argumento. El TS sostiene que «no hay la más mínima prueba de que con ocasión de la tramitación del procedimiento para el otorgamiento de la concesión se acreditase la disponibilidad y suficiencia de recursos hídricos, cuando es lo cierto que de haberse acreditado dicha disponibilidad habría sido fácil aportarla a este proceso, sin que deba desconocerse que esa facilidad de la prueba constituye un elemento de valoración». A más abundamiento, el TS considera que teniendo en cuenta que el parque debía instalarse en unos terrenos de dominio público hidráulico, lo que resulta de las actuaciones es que el procedimiento para dicha concesión tramitado por la Administración Hidráulica se centró en las condiciones de dicha instalación en esos terrenos, pero no en la disponibilidad de los recursos. En estas claves, el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia de instancia.

3.2.8. *Aprobación definitiva parcial*

En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 971/2022, de 12 de julio (ECLI: ECLI:ES:TS:2022:2886), el TS casa la sentencia del TSJ-Canarias que había declarado la nulidad del *Decreto 116/2005, por el que se aprueba el «Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad de Costa Mogán»* a excepción (hasta tanto se emita informe favorable de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar) de los ámbitos territoriales determinados en su art. 2, por contener actuaciones previstas sobre el dominio o servicio público marítimo-terrestre. El TS considera que se puede proceder a la aprobación definitiva parcial del instrumento de planeamiento, cuando esta no se ve afectada por la omisión de un informe preceptivo y vinculante en materia de costas (en este caso, de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar). El TS establece que esta posibilidad es jurídicamente factible, dado que las determinaciones urbanísticas que contenía el Plan quedaban limitadas a zonas del interior desligadas del litoral e independientes de las que puedan adoptarse, una vez que se reciba el informe, respecto de las áreas para las que quedó suspendida la aprobación. El TS considera improcedente la nulidad del decreto declarada en primera instancia y ordena la retroacción de las actuaciones (FJ 2.º).

3.2.9. *Efectos de la declaración de nulidad de los planes urbanísticos*

En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 114/2022, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:309) se resuelve el recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil contra la sentencia dictada por el TSJ-Cataluña que desestimó el

recurso contencioso-administrativo contra el Plan Especial de Urbanismo para la regulación de establecimientos de uso turístico de Barcelona. La cuestión principal sobre la que versa la Sentencia es determinar si la anulación íntegra de un plan urbanístico por sentencia que no es firme, obliga al órgano jurisdiccional que la anuló y conoce de otro recurso en el que se impugna la misma disposición —pero por motivos distintos— a estimarlo, apreciando la referida nulidad, y, en tal caso, si para ello ha de proceder, previamente, de conformidad a lo dispuesto en el art. 33.2 LJCA. El TS razona que el objeto del recurso está determinado sobre la base de que la sentencia que haya declarado la nulidad de un plan de urbanismo no había adquirido firmeza. En este sentido, entienden que las condiciones que se daban en el momento de la admisión del presente recurso no concurren al momento de dictarse la presente sentencia, lo que comporta que, tal y como suplica la parte recurrente, se dicte sentencia estimatoria del presente recurso de casación, al menos en lo que se refiere a la pretensión accionada, esto es, la declaración de nulidad del plan que había solicitado en su demanda, aunque por motivos diferentes por los que se había declarado la nulidad en la sentencia en el otro proceso. En consecuencia, el TS estima el recurso.

3.3. Ejecución urbanística: entidades urbanísticas de conservación

En materia de ejecución urbanística a través del modelo de compensación, destaca este año por la relevancia que tiene en el ámbito municipal la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 535/2022, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1828)*. En dicha sentencia, el TS estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ-Murcia, confirmatoria en apelación de la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Murcia que estimó la pretensión subsidiaria de la actora —Entidad de Conservación—, anulando la resolución presunta recurrida y, estableciendo que la limpieza de viales y los gastos de consumo de alumbrado público serán a costa de la Administración demandada. Antes de que se dictara la sentencia en primera instancia, la Entidad de Conservación había solicitado al ayuntamiento la modificación de los Estatutos de la Entidad Urbanística de Conservación y Mantenimiento para que fuera la entidad municipal la que asumiera los costes de limpieza del viario público de la urbanización y los consumos de energía eléctrica del alumbrado público. El Ayuntamiento no contestó a dicha solicitud quedando denegada la pretensión por silencio negativo.

La cuestión a analizar en la STS es si, conforme a los arts. 67 y 68 del *Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística*, es legalmente posible que los Estatutos de una Entidad Urbanística prevean que tal entidad asuma la limpieza del viario público de la urbanización y los consumos de energía eléctrica del alumbrado público, por entender que son englobables en las obligaciones a las que, conforme a dicho art. 68, quedan sujetos los propietarios. El TS fija como doctrina que esto es legalmente posible al tener como cobertura planes y proyectos de urba-

nización de iniciativa privada, de forma que sus costes de conservación y mantenimiento (art. 68 RGU) no tengan incidencia en la Administración Municipal, que condicionó la aprobación de la urbanización a la asunción por los propietarios de las obligaciones pactadas en los Estatutos de la Entidad, aprobados por esos mismos propietarios. Para el TS, nada obsta a que, por vía estatutaria se asuma, en todo o en parte, los servicios de titularidad municipal (FFJJ 2.º y 3.º).

Sobre las entidades urbanísticas se recomienda la lectura del libro de M. A. CASABONA BERBERANA, *Las Entidades Urbanísticas de Conservación: situación actual y expectativas*, Atelier, Barcelona, 2022, que profundiza en el conocimiento de esta figura jurídica que, a pesar de estar aplicándose de forma recurrente en la conservación y mantenimiento de urbanizaciones, tanto en el ámbito industrial, como en el residencial no ha tenido un tratamiento sistemático. En la misma línea, pero con un enfoque práctico, puede consultarse el libro de J. GARCÍA MERA y M. D. PUJADAS SÁNCHEZ, *Las Entidades Urbanísticas de Conservación. Régimen jurídico, aspectos técnicos, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid, 2022. A lo largo del libro se analizan aspectos tales como la articulación de las Entidades Urbanísticas de Conservación en el planeamiento urbanístico, su constitución, organización y funcionamiento interno, normas de contratación y contabilidad, régimen tributario y de responsabilidad, así como el de su disolución y liquidación, todo ello en el marco de la legislación estatal y autonómica aplicable en cada caso.

Asimismo, debe destacarse la contribución doctrinal de J. M. CANTERA CUARTANGO, «La elusión de los procedimientos de contratación pública en las sociedades urbanísticas locales: su constatación desde un punto de vista empírico», *RDU*, núm. 353, 2022, pp. 75-118.

3.4. Disciplina urbanística

En materia de disciplina urbanística, este año destaca la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 1470/2022, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4004)*. El TS estima el recurso de casación interpuesto por una sociedad mercantil contra la STSJ-Madrid, desestimatoria del recurso de apelación deducido contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo frente a distintos decretos del Ayuntamiento de Alcobendas recaídos en expedientes de protección de la legalidad urbanística, por obras realizadas en el Municipio de Alcobendas. La Sala del TSJ-Madrid, confirmando el criterio de instancia, estableció en su Sentencia que la realización de obras que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad sobre edificaciones en situación asimilada a fuera de ordenación, por haber caducado la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, supone la pérdida de la caducidad ganada, por lo que desestima el recurso de apelación formulado. Considera que ante la ausencia de regulación en la normativa autonómica del régimen jurídico aplicable a las edificaciones y construcciones no legitimadas por título administrativo suficiente, sobre las que hubiere caducado el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, el vacío normativo

deberá ser colmado con la regulación contenida en el *TR de la Ley del Suelo de 1976*, y en su caso, con la jurisprudencia interpretadora de sus preceptos, dado el carácter supletorio del Derecho estatal. El TS no comparte enteramente esta conclusión. En los FFJJ 2.º y 3.º de la sentencia, establece que el transcurso del plazo previsto en la normativa para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística sobre obras sin licencia o contrarias al planeamiento:

«i) Tiene como efecto el impedir a la Administración la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada (asimilable a la situación de fuera de ordenación), esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata;

ii) Sólo serán autorizables las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad, no resultando posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación.

iii) La realización de obras no autorizables en edificios asimilados a la situación de fuera de ordenación supone un claro incumplimiento del régimen jurídico que se les otorga a estos y, evidentemente, la ilegalidad de las nuevas obras acometidas, que resultarán perseguibles mediante las potestades de disciplina urbanística de las que gozan las Administraciones competentes; pero de ello no se puede deducir, con carácter directo y automático, la renuncia a la prescripción de los derechos obtenidos por los propietarios de las mismas y, en consecuencia, la pérdida de la caducidad ganada respecto a la posibilidad del ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística».

Partiendo de estos fundamentos, el TS concluye que la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística respecto de las obras ilegales realizadas por los anteriores propietarios antes del año 2011 deberá entenderse caducada, pudiendo únicamente ejecutarse esta potestad de restitución de la realidad física vulnerada respecto de las nuevas obras realizadas en el año 2018 que exceden de la mera conservación, ornato, seguridad o salubridad.

Por otra parte, en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) núm. 898/2022, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2757)*, el TS desestima el recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional estimatoria del recurso interpuesto frente al Acuerdo por el que se ordenó la interrupción de los procedimientos iniciados relativos a licencias de obras para la habilitación de distintos locales como nuevos establecimientos de hostelería en Bilbao durante un año. El Acuerdo se adoptó con ocasión de la revisión de Ordenanza municipal. El TS en su sentencia recuerda la jurisprudencia del TJUE en la materia y considera que el Acuerdo, por cuanto establece limitaciones y obstáculos al ejercicio de la actividad económica en el sector de la hostelería, no acreditó la concurrencia de razones de interés general suficientemente justificadas para ello (FJ 3.º). El TS confirma la argumentación de la Sala de la AN en que el Acuerdo vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en la *Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía para la Unidad de Mercado*.

Desde la perspectiva doctrinal, una de las novedades más relevantes de este año es la publicación del libro de S. M.^a MARTÍN VALDIVIA, *El Algarrobico: historia de un fracaso institucional*, Aranzadi, Pamplona, 2022, que analiza uno de los casos más mediáticos en el urbanismo español, el caso del Algarrobico. El libro aborda las varias variantes que plantea el problema: *a)* el aspecto de delimitación del dominio público marítimo terrestre y sus servidumbres de protección, y en la de la protección del parque natural; *b)* el aspecto urbanístico —de la virtualidad actual de planes y licencias, que pudieran devenir ya inútiles para el fin para el que se obtuvieron—, y *c)* el aspecto dominical.

Asimismo, en materia de disciplina urbanística, enfocado en la Comunidad Autónoma de Murcia, se recomienda la lectura del libro de J. A. SERRANO LÓPEZ y M. GÓMEZ-HITA, *Usos y obras provisionales, su régimen jurídico en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Murcia*, Civitas, Madrid, 2022. La obra analiza el régimen particular de estas autorizaciones que encomienda a la Administración la ponderación de las circunstancias que en cada caso se den, difiriendo del tradicional carácter reglado de las licencias urbanísticas. Para un análisis más general de los usos provisionales puede consultarse el artículo de F. J. GALICIA MANGAS, «Licencias provisionales o en precario en el ámbito urbanístico», *RDU*, núm. 353, 2022, pp. 61-86.

Finalmente, cabe destacar la siempre sugerente contribución teórica de A. MENÉNDEZ REXACH, «Obras públicas y licencia en los puertos de interés general», *RDU*, núm. 358, 2022, pp. 17-50.

3.5. Delitos urbanísticos

Sin perjuicio que en este mismo número del *Anuario* se incluya un informe en materia penal que recoge las novedades jurisprudenciales y doctrinales de relevancia para el gobierno municipal, debe destacarse en este punto la *STS (Sala de lo Penal, Sección 1.^a)*, núm. 241/2022, de 16 de marzo, que desestima el recurso de casación contra la sentencia desestimatoria del recurso de apelación frente a la sentencia del Juzgado de lo Penal, que condenó a los recurrentes por delito contra la ordenación del territorio. El caso trata de una edificación no autorizable en suelo urbanizable no programado (equiparable a suelo rústico de protección ordinaria). En concreto, se trata de la construcción sin licencia de vivienda unifamiliar de planta baja con una caseta adosada a un lado un cubierto de planchas metálicas con solera de hormigón. Los recurrentes que interponen el recurso por infracción de ley alegan que la futura modificación de los instrumentos de planeamiento afectará a la tipicidad. El TS descarta este argumento. Considera que el carácter del suelo y la no posibilidad de conceder licencia para construir se data al momento de la construcción y según la sentencia de instancia no había ni cabía posibilidad de concederse licencia, con independencia de que en un futuro cualquier cambio normativo pudiera llevarse a efecto. Sin embargo, considera que ello no altera la tipicidad de las conductas infractoras al momento de cometerse los hechos (FFJJ 2.º y 3.º).

Sobre la suspensión de órdenes de demolición por el orden penal, puede consultarse el artículo de D. OTERO LÓPEZ, «La orden de demolición de construcciones ilegales y su suspensión en la jurisdicción penal, y su implicación en el Derecho urbanístico», *RDU*, núm. 353, 2022, pp. 133-168.

Servicios públicos y actividad económica privada y pública en el ámbito municipal

Julia ORTEGA BERNARDO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-3266-558X

Palabras clave: servicios públicos; actividad económica; Derecho de defensa de la competencia.

Keywords: public services; economic activity; Competition Law; Regional Authorities for competition's Law enforcement; state aids.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y ACTIVIDADES DE LOS AYUNTAMIENTOS: 2.1. Sanción al ayuntamiento en la prestación del servicio de tanatorio. 2.2. Informe emitido por autoridad de la competencia en relación con posible Convenio de Ayuntamiento con Colegio de Dentistas.—3. SERVICIOS PÚBLICOS: 3.1. Ausencia de implantación de un servicio municipal de carácter obligatorio. 3.2. Conflictos derivados de la implantación de monopolio y de gestión directa para prestar el servicio municipal de abastecimiento de aguas en ámbitos no municipalizados. 3.3. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia: 3.3.1. En relación con los servicios municipales de abastecimiento de agua. 3.3.2. En relación con los servicios municipales de recogida de residuos. 3.4. Formas de gestión de los servicios públicos: 3.4.1. La gestión directa mediante sociedad mercantil municipal. 3.4.2. Traslado de competencias y servicios municipales en materia de ferias y abastos asumidos por una entidad comarcal a la comunidad autónoma. 3.5. Sostenimiento financiero de guarderías de titularidad municipal en Cataluña. 3.6. Anulación de la regulación autonómica de régimen local que disponía la no intervención de todos los ayuntamientos integrantes de la mancomunidad en la aprobación de la reforma estatutaria de dicha mancomunidad. 3.7. Prestación de servicios sociales municipales de emisión de informes sobre unidades familiares

en situación de vulnerabilidad. 3.8. Bibliografía en materia de servicios públicos locales.—4. DISTINCIÓN ENTRE INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL Y PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.—5. INICIATIVA PÚBLICA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: La prestación municipal de servicios de odontología.—6. INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PARTICULARES: 6.1. Las limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona y la libertad de establecimiento. 6.2. Cambio de titularidad en la prestación de un servicio económico particular y necesidad de un título habilitante.

1. INTRODUCCIÓN

En el último año 2022, aunque no se detectan cuestiones especialmente novedosas en relación con el sector de defensa de la competencia, sí resulta de interés el desarrollo de la actividad consultiva de las Autoridades de la competencia en relación con la implantación de los monopolios locales. Sigue planteando problemas significativos que se sustancian en sede judicial el llevar a cabo una municipalización de los servicios públicos, concretamente, cuando se trata de la gestión de los servicios relativos al ciclo del agua. Asimismo, continúa suscitando declaraciones judiciales la distinción entre servicio público e iniciativa pública local en la actividad económica. Es de reseñar también pronunciamientos que aplican la doctrina contenida STC 19/2022 que anula el precepto autonómico de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local andaluza que, en contra de la previsión básica estatal, permite a las mancomunidades aprobar reformas estatutarias al margen de los plenos de los municipios mancomunados. Otros giran en torno a la controversia sobre la financiación de las guarderías municipales por parte de la Generalitat y la aplicación en estos casos de la STC 159/2021 que declara conforme a la Constitución la legislación autonómica aprobada a ese respecto.

Por otra parte, en relación con la incidencia local de las actividades económicas privadas merece especial consideración los avances en relación con el litigio pendiente sobre la reglamentación pública del servicio de transporte privado de vehículos con conductor en el área metropolitana de Barcelona.

2. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y ACTIVIDADES DE LOS AYUNTAMIENTOS

2.1. Sanción al ayuntamiento en la prestación del servicio de tanatorio

Con fecha de 21 de diciembre de 2022, el Consejo de la Competencia de Andalucía ha acordado en su Resolución (S/09/2022 Ayuntamiento de Fuentes de Andalucía) la sanción a un ayuntamiento por prácticas restrictivas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al considerar acreditada una conducta anticompetitiva. En

concreto, quedo constancia en el expediente de que durante más de seis años el ayuntamiento impidió a una empresa desarrollar la actividad empresarial de sala de velatorio y obstaculizó su funcionamiento, intentando desviar la demanda de dichos servicios. A la vista de ello, se considera que el ayuntamiento ha incurrido en una conducta prohibida por el art. 3 LDC, consistente en la realización de actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afectan al interés público.

2.2. Informe emitido por autoridad de la competencia en relación con posible Convenio de Ayuntamiento con Colegio de Dentistas

Con fecha de 22 de noviembre de 2022 el Consejo de la competencia de Andalucía emitió Informe I 04/2002, sobre la consulta formulada por el Colegio Oficial de Dentistas de Cádiz (en adelante CODC) relativa a un posible acuerdo en materia de precios con el ayuntamiento para la prestación de asistencia bucodental a los ciudadanos empadronados en el municipio en situación de vulnerabilidad económica. En él se recuerda, en primer lugar, que cualquier orientación, recomendación o regla de carácter general sobre honorarios o precios profesionales, adoptada por el CODC o por cualquier otra entidad de carácter corporativo, integrada por los profesionales que compiten en el mercado, está expresamente prohibida no sólo por la normativa de defensa de la competencia (art. 1 LDC) sino por la Ley sobre Colegios Profesionales (art. 14). Por tanto, la elaboración por parte del CODC de un listado de precios para la prestación de determinados servicios de asistencia bucodental por parte de sus colegiados, entraña un riesgo para la competencia y sus colegiados; y, si se aplica con carácter general, podría constituir una infracción del art. 1.1.a) LDC. Ello es así en cuanto comportaría una coordinación o uniformidad de los precios en dicho mercado. Teniendo en cuenta lo interior lo ideal sería que el Colegio destinara una cantidad de su presupuesto para fines benéficos y con dicha suma se abonara los honorarios de los dentistas que atendieran al colectivo necesitado, o que los propios dentistas asumieran *motu proprio* sus servicios «pro bono» o con descuentos libremente fijados, como parte de una campaña social o benéfica de dichos profesionales. En este sentido recuerda que incluso una pequeña reducción de precios, instrumentada mediante un baremo, adoptado de referencia con carácter general, podría suponer una infracción del art. 1.1.a) LDC. En conclusión para evitar riesgos los descuentos tienen que ser libremente fijados por los colegiados.

3. SERVICIOS PÚBLICOS

3.1. Ausencia de implantación de un servicio municipal de carácter obligatorio

En la *STSJ de Andalucía de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:981)*, se sigue la corriente jurisprudencial (STS de 22 de septiembre de 2004) que se ha mani-

festado a favor de la posibilidad de encauzar por la vía del art. 29.1 LJCA la demanda de nueva implantación de servicios públicos obligatorios cuando se trata de la solicitud de servicios ya implantados y prestados en el resto del municipio. En este caso se invocan los arts. 18.1.g) y 26.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local (LRBRL), y se llega a la conclusión de que se ha incumplido la obligación prevista en el art. 26 LRBRL y, en concreto, la de prestar los servicios de pavimentación y alumbrado en las vías públicas; servicios cuya prestación puede ser exigida por los vecinos. Lo primero de todo, en ella se dilucida si se considera «inactividad administrativa» a efectos de impugnación el incumplimiento de obligaciones legales que requieren una necesaria tramitación administrativa y en las que hay un cierto margen de apreciación por parte de la Administración aplicadora. A pesar de ello, finalmente en la sentencia se declara que este incumplimiento tiene encaje en el concepto de inactividad administrativa, pues se trata de una inactividad material (y no jurídica), consistente en la prestación física de un servicio. No es obstáculo que para la prestación de los servicios demandados puedan ser necesarios actos administrativos preparatorios (como la aprobación presupuestaria del gasto o la adjudicación del contrato para su ejecución) en los que existe un margen de discrecionalidad administrativa. Se reconoce expresamente que los entes locales deben tener también —atendidas circunstancias como la extensión territorial del municipio o sus disponibilidades presupuestarias— un ámbito de decisión en cuanto al momento en que se acometerá la prestación del servicio obligatorio; pero se entiende que ello no puede dar lugar a que la prestación del servicio se demore excesivamente en el tiempo (así ha ocurrido en el presente caso, en el que las reclamaciones de los vecinos para la prestación del servicio de alumbrado y pavimentación llevan años realizándose).

En esta sentencia se recuerda también cómo este derecho a exigir la prestación de servicios no es un derecho reconocido a todos los ciudadanos, sino sólo a los vecinos, que se proyecta sobre una obligación concreta referida a la creación o prestación de unos servicios públicos determinados y específicos, los que son obligatorios para cada municipio. Se niega que la Administración tenga discrecionalidad para crear o no el servicio y se recuerda cómo en estos casos la reclamación interpuesta previamente a la interposición del recurso no convierte tales recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones o requerimientos.

En un sentido contrario se pronuncia la *STJ de Madrid de 30 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14397)*, que no admite el cauce específico del recurso contra la inactividad de la Administración previsto el art. 29.1 de la Ley 29/1998, en un supuesto en el que se alega no haber dado cumplimiento por parte de un ayuntamiento al mandato legal de pavimentación de las vías públicas de la Colonia Farmacéutica de la localidad, con incumplimiento de lo prevenido en el art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local. Según el tribunal esto ha de entenderse así, porque no lleva consigo en sí mismo la obligación de realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Según la sentencia citada no nos encontramos ante obligaciones exigibles sin previos actos administrativos de aplicación, pues se «supedita el cumplimiento mismo de dicha obligación a la aprobación de las correspondientes con-

tribuciones especiales y del correspondiente programa urbanístico dentro de los plazos y presupuesto que dichas obras requieran».

3.2. Conflictos derivados de la implantación de monopolio y de gestión directa para prestar el servicio municipal de abastecimiento de aguas en ámbitos no municipalizados

El TS en *STS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:57)*, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que, a su vez, se desestima el recurso de reposición formulado contra el acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya, de 10 de octubre de 2017, con el que se aprueba definitivamente el establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el Municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, adoptando la gestión directa por la propia entidad local. La intervención del Consejo de Ministros se realiza conforme a lo establecido en el art. 5 del Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designaban a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, al amparo del art. 155 CE.

Las entidades recurrentes alegaron en su momento que prestaban el servicio de abastecimiento de agua potable en el polígono industrial y en varias urbanizaciones del término municipal de Vidreres y que el objeto del acuerdo que se impugnaba consistía precisamente en extender el servicio público municipal a estas áreas. Alegan en este sentido que la decisión de municipalizar el servicio es arbitraria, por cuanto se prescinde de las instalaciones que actualmente se están utilizando para la gestión privada del servicio. También consideran las demandantes que se han omitido elementos en el análisis económico-financiero en la Memoria, por lo que la califican de insuficiente. Con respecto a esto último se remiten al Informe emitido por la Autoridad Catalana de la Competencia de fecha 22 de marzo de 2017 en el que se alude a la ausencia de suficiente valoración de alternativas de prestación distintas a la gestión directa del servicio público y de justificación de por qué esta resulta preferente.

Las empresas recurrentes se dedicaban desde hace años al suministro (abastecimiento domiciliario o en baja), en régimen de Derecho privado, de agua potable a distintos núcleos de población aislados situados en varios términos municipales de Girona. Aunque no estaban vinculadas contractualmente a la Administración local y prestaban el servicio en ejercicio de su libre iniciativa empresarial, su posición jurídica era, según se alega en la sentencia, la propia de los «concesionarios de hecho» ya que, a juicio de las empresas, se realizó siempre bajo el conocimiento —y con el consentimiento— de distintas Administraciones públicas (en particular del Ayuntamiento de Vidreres y de la Agencia Catalana del Agua). Las empresas precisan que, aún con todo, no se oponen a la municipalización del servicio de abastecimiento de agua en el Municipio de Vidreres

y a que este sea prestado por el ayuntamiento, sino que se oponen de forma radical a una municipalización prescindiendo total y absolutamente de su situación jurídica y de sus derechos patrimoniales legítimos.

En relación con la municipalización del servicio señalan que, en un principio, se había producido una incautación de las instalaciones gestionadas por las recurrentes sin procedimiento y sin indemnización, por vía de hecho y sin ajustarse al procedimiento de municipalización del servicio previsto en los arts. 143 a 149, 183 y 187 del Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales de la Comunidad Autónoma de Cataluña («ROAS»). En esta línea, alegan que la municipalización emprendida exigía la expropiación de la red privada, lo que debería haber comportado la ocupación de las redes y bienes privados previa determinación y pago de su justiprecio e inicio de la gestión pública (arts. 185 y 186 ROAS). Asimismo, denuncian la infracción de la normativa presupuestaria y financiera, en concreto del art. 2.1 LBRL y al art. 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que obliga a todas las Administraciones en la adaptación de los actos de cualquier tipo, a valorar sus repercusiones y efectos sobre las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

También alegaron infracción del régimen legal de la libertad de empresa al sujetar el cese de la actividad privada al hecho futuro e incierto de la efectiva asunción del servicio, con infracción del principio de proporcionalidad, conforme a lo previsto en la Ley 17/2009, de 27 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (art. 9). A su juicio se infringe el principio de proporcionalidad porque, en primer lugar, no es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad) ya que las circunstancias en las que se está prestando el servicio quedan inalteradas tras su aprobación; en segundo lugar, esta municipalización «incierta» no es necesaria en tanto en cuanto la municipalización no pueda ser efectiva pues existen otras medidas más moderadas para la consecución de tal propósito con igual eficacia, como es significativamente la regulación de la actividad privada mediante ordenanza municipal; y en tercer lugar, no se advierte qué ventaja hay con una municipalización que no sirve a su propósito de establecer el servicio público en los ámbitos o áreas del término municipal a los que aún no llega.

Asimismo aducen que si bien es cierto que el pleno del ayuntamiento acordó iniciar el expediente de establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, en régimen de monopolio y que, tras diversas vicisitudes jurídico-administrativas, se adoptó el acuerdo y se elaboró la memoria, lo que fue sometido al trámite de información pública, sin embargo, a las empresas concernidas no se les dio específicamente trámite de audiencia, lo que consideran que les ha causado indefensión y conduce a la nulidad del acuerdo.

Por su parte, la representación del ayuntamiento señala que el abastecimiento domiciliario de agua potable es un servicio público de prestación obligatoria por los municipios ya sea de forma directa o indirecta [art. 26.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local] y que en este caso y en lo que concierne a

determinados ámbitos del Municipio de Vidreres, ese servicio lo presten las recurrentes sin ninguna vinculación contractual con la Administración municipal. La modalidad de prestación del servicio se realiza en precario y, por ello, cabe su extinción en cualquier momento. En relación con lo anterior entiende que las demandantes no ostentan la condición de interesadas (art. 4 LPACAP) en el procedimiento de aprobación del expediente de establecimiento del servicio de abastecimiento de agua en Vidreres en régimen de monopolio. También aduce que, en el procedimiento de establecimiento de un servicio esencial en régimen de monopolio regulado en Cataluña por el ROAS, en particular los arts. 143 a 149, sólo se abre el trámite de información pública. También alega el ayuntamiento que, impugnándose el acuerdo del Gobierno de la Generalitat, el control judicial debería versar exclusivamente sobre si se ha justificado adecuadamente la conveniencia y la oportunidad del monopolio para la prestación del servicio en relación con los intereses de la Generalitat, por lo que habría que remitirse al informe de la Autoridad Catalana de la Competencia de 22 de marzo de 2017, que fue favorable. En relación con la necesidad de expropiación se alega que no hay suficiente constancia de la propiedad de dichas instalaciones por parte de las recurrentes. Y finalmente sostienen, apoyándose en pronunciamientos judiciales y el art. 186 ROAS que, el expediente de expropiación debe iniciarse aprobado definitivamente la prestación del servicio de monopolio.

Por su parte, los servicios autonómicos en contestación a la demanda afirman que la Memoria económica es suficiente, que no ha habido indefensión y que la Agencia Catalana del Agua ha concedido varias subvenciones al Ayuntamiento de Vidreres para prestar el servicio de abastecimiento de agua potable en alta, motivo por el que no se ha contemplado la expropiación de sus instalaciones.

En la sentencia finalmente se constata la correcta tramitación administrativa del expediente de monopolio, en el que los dictámenes externos emitidos para su aprobación resultan favorables (tanto el de la Autoridad Catalana de la Competencia como el de la Comisión Jurídica Asesora estatal competente en ese momento) y se concluye finalmente que ha quedado debidamente motivada la oportunidad y conveniencia del establecimiento del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable en el Municipio de Vidreres, en régimen de monopolio, adoptando la gestión directa. También se afirma que no resulta apreciable una situación de indefensión de las recurrentes respecto de sus derechos e intereses, imputable a la actuación administrativa y determinante de nulidad del acto impugnado, por la omisión del trámite de audiencia, ya que cuando las demandantes, pudiendo hacerlo, no han hecho uso de esta posibilidad que el ordenamiento jurídico les ofrecía. Se afirma que el expediente les fue notificado y que no se personaron ni en el trámite de información pública, abierto al efecto casi tres años, también que sólo una vez impugnado en plazo el acuerdo resolviendo el procedimiento han invocado la falta de audiencia en el mismo. Con respecto a la necesidad de expropiación se declara que correspondería en su caso después del acuerdo de establecimiento del servicio. Y en relación con la insuficiencia de la memoria y el estudio económico en que se sustenta la municipalización, consideran que se han de contener aquellas determinaciones necesarias para justificar los distintos aspectos de la decisión adoptada, satisfaciendo así las

exigencias legales. En relación con esto último el TS declara que en el expediente administrativo de estos documentos se contienen los distintos conceptos establecidos en el art. 97 TRRL y el art. 146 ROAS, por lo que entiende que se justifica su conveniencia y oportunidad, y, con todo ello, se consideran irrelevantes las deficiencias planteadas por los recurrentes. Y en relación con la invocación del informe de la Autoridad Catalana de la Competencia de fecha 22 de marzo de 2017 considera el tribunal que se limita a apreciar una insuficiencia en la valoración de alternativas, no la inexistencia de las mismas, y, en todo caso, el informe resulta favorable a la municipalización del servicio. También sostiene que tales documentos —memoria y estudio económico— sirven para satisfacer las exigencias impuestas por la legislación que garantiza el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad financiera.

3.3. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia

En la anualidad de 2022 se han emitido varios informes por parte de las respectivas Autoridades de la Competencia, adoptados con base en lo dispuesto en el art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

3.3.1. En relación con los servicios municipales de abastecimiento de agua

Este tipo de informes se dictan sobre la base del reconocimiento constitucional (art. 128.2 CE) de que se puede, mediante una ley reservar al sector público recursos o servicios esenciales y también con base en el reconocimiento legal, en la medida que el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) preceptúa que los municipios disponen de competencias en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Por su parte, el art. 26.1 de la ley mencionada establece la obligatoriedad, para todos los municipios, de prestar servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y de alcantarillado. Asimismo, el art. 86.2 declara la reserva a favor de las entidades locales en materia de abastecimiento y depuración de aguas. Normalmente estos informes resultan favorables. Desde una óptica de defensa de la competencia este tipo de servicios se encuentra dentro de las situaciones en las que estaría justificado el establecimiento de un determinado servicio en régimen de monopolio (quedando, por tanto, vetada la entrada de operadores distintos al establecido). Se trata de casos caracterizados por la existencia de elevados costes fijos y en los que la prestación por un único operador (o pocos operadores) se considera más eficiente. Esto sucede en los sectores en que la estructura de mercado responde a un monopolio natural, como es el caso, precisamente, de la gestión del ciclo del agua. Entre ellos destaca el Informe emitido el 22 de noviembre de 2022 por la Agencia de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (*Ref. núm. OB 62/2022 -*

INF art. 97.2 RDL 781/1986 Can Canyamars - Dosrius). En él se considera que dentro del régimen de monopolio la forma de gestión indirecta escogida por el municipio concernido es la que comporta un sacrificio menor en términos estrictos de competencia, pues permitirá la activación de los mecanismos de competencia «por el» mercado en el momento de la primera y sucesivas licitaciones. Además, en él se recuerda la importancia de la programación de las licitaciones y la limitación del uso de las prórrogas de las concesiones del servicio de abastecimiento de agua.

3.3.2. En relación con los servicios municipales de recogida de residuos

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón emite el 3 de febrero de 2022 (INF/03/2021) un Informe del en el que se analiza la propuesta de un ayuntamiento de cambiar el modo de gestión del servicio de recogida de residuos en dicho municipio, pasando de su gestión indirecta —a través de una empresa privada seleccionada por concurso— a una gestión directa —a través de una encomienda a una mancomunidad y la implantación al mismo tiempo del régimen de monopolio—.

El informe se adopta sobre la base de que el art. 25.2.*b*) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) establece que los municipios disponen, entre otras, de competencias en materia de recogida de residuos, el art. 26.1 establece la obligatoriedad para todos los municipios de prestar tales servicios y el art. 86.2 declara la reserva a favor de las entidades locales, entre otras, en materia de recogida de residuos. En Aragón, estos preceptos encuentran su desarrollo en el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón (en adelante, RASOELA). Concretamente su art. 224.2 recoge la reserva legal del servicio de recogida de residuos en favor de los municipios. En cuanto al régimen de prestación, el art. 225 precisa que dichos servicios podrán prestarse, bien en régimen de libre concurrencia, bien en régimen de monopolio, y el art. 226 establece el procedimiento a seguir si se desea optar por el régimen de monopolio. En cuanto a las posibles formas de gestión, el art. 2 distingue entre la gestión directa y la gestión indirecta.

Sobre el supuesto específico, el Tribunal se pronuncia afirmando que el ayuntamiento en cuestión no parece haber justificado suficientemente la conveniencia de sustituir el actual modelo de gestión indirecta a través de un contrato con una empresa privada, por uno de gestión directa a través de una encomienda directa a la mancomunidad. Ahora bien, reconoce al mismo tiempo que probablemente el mercado constituye ya un monopolio natural, por lo que la competencia en este ámbito es «por el mercado», que el actual modo de gestión indirecta posibilita al abrir temporalmente la competencia mediante licitaciones. En el informe se afirma, por tanto, que la exclusión total de la competencia que implica el monopolio no se ha justificado y sólo sería recomendable si se obtuvieran de la misma beneficios para el interés público, sea en términos de menos coste o de mayor calidad. Todo ello le lleva a recomendar la implantación del monopolio, pero mediante una forma de gestión indirecta.

3.4. Formas de gestión de los servicios públicos

3.4.1. *La gestión directa mediante sociedad mercantil municipal*

Con relación a la gestión de servicios públicos de forma directa por medio de sociedad mercantil municipal se pronuncia el *Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Pamplona/Iruña (ECLI:ES:JCA:2022:3322)*. En ella se menciona esta forma de gestión de servicio público por un ente del sector público de los previstos en el art. 2.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En la sentencia se recuerda que el modelo organizativo básico aplicable a los municipios de gran población, según el art. 123.1.k) LBRL corresponde al pleno, y este, entre otras atribuciones, puede adoptar el acuerdo de creación de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal, así como la aprobación de los expedientes de municipalización. En este caso el acuerdo municipal que se impugna contiene una compra directa de una parcela para la ubicación en ella de un centro de tratamiento de residuos, que es el servicio que presta la referida sociedad. El acuerdo se declara conforme a Derecho, pero lo más interesante del pronunciamiento judicial es que incide en la cuestión de la aplicación del ordenamiento jurídico privado de las sociedades mercantiles, para lo que se trae a colación la STC 137/2018. En ella se afirma que Las sociedades mercantiles locales se rigen por el ordenamiento jurídico privado (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante LSC), salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación (art. 85 *ter*.1 LBRL).

El acuerdo de creación que corresponde al pleno municipal [art. 123.1.k) LBRL] equivale al acto unilateral de constitución de las sociedades unipersonales (art. 19.1 LSC), primera fase del proceso formativo de una sociedad mercantil. En la siguiente fase de la sociedad en formación, la escritura de constitución de las sociedades de capital, que perfecciona el proceso fundacional, forzosamente deberá ser otorgada por el socio fundador, por medio de representante cuando se trate de una persona jurídica (art. 21 LSC). Esto constituye un negocio jurídico unilateral, en el que la voluntad del único socio fundador se manifiesta en la escritura pública de constitución, cuyo contenido mínimo, por exigencia legal, incluye los estatutos sociales [art. 22.1 d) LSC].

El art. 85. *ter*.3 LBRL en congruencia con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico privado [art. 23.e) LSC], remite a los estatutos los modos de organización de la sociedad, esto significa que se encomienda esta decisión a la voluntad del socio fundador, que en las sociedades mercantiles locales de carácter unipersonal es el pleno del ayuntamiento [art. 123.1.k) LBRL].

En el presente caso, al tratarse de una sociedad mercantil que tiene encomendada por una mancomunidad la gestión directa de los servicios públicos de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos urbanos, el Consejo de Administración es el órgano facultado para la gestión, dirección y administración de la sociedad en cuestión.

3.4.2. *Traslado de competencias y servicios municipales en materia de ferias y abastos asumidos por una entidad comarcal a la comunidad autónoma*

El TSJ Cataluña en *STSJ de 16 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:7370)* anula en parte el decreto el Departament de la Presidència de la Generalitat de Cataluña que aprueba la distribución y el traspaso de las competencias, actividades y los servicios del Consell Comarcal del Barcelonès y de los organismos, entidades y empresas vinculados o dependientes, específicamente, aquellas disposiciones relativas a la asignación de sus competencias a Mercabarna (sociedad gestora de ferias, mercados de la Generalitat) que había asumido así la prestación de competencias municipales del Consell. El traslado, que se realiza tras la supresión por ley del Consell Comarcal del Barcelonès como entidad local, se declara nulo porque en realidad es a los municipios a quienes corresponde ejercer competencias en materia de ferias, abastos y lonjas (arts. 25 LBRL y 66.3 del Texto refundido de régimen local de Cataluña). En el caso de Mercabarna, la entrega a la Generalitat no vendría amparada por competencia alguna dentro del decreto o del expediente administrativo, más aún, cuando la Generalitat no presta servicios de mercados municipales.

3.5. **Sostenimiento financiero de guarderías de titularidad municipal en Cataluña**

La *STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:2947)* resuelve el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Generalitat por la que se desestima el requerimiento previo formulado por el ayuntamiento recurrente, en relación con la inactividad material derivada responsabilidad financiera de la Administración autonómica con respecto al sostenimiento económico de plazas para niños de 0 a 3 años en guarderías de titularidad municipal durante determinados cursos.

La controversia sobre la financiación de las guarderías municipales por parte de la Generalitat ya había sido objeto de varios recursos contencioso-administrativos seguidos ante el mismo tribunal y Sección, interpuestos en los años 2014 y 2015, que dieron lugar a diferentes resoluciones (Sentencias de esta Sala y Sección núms. 844/2017, de 17 de noviembre; 849/17, de 17 de noviembre de 2017; 853/2017, de 22 de noviembre; 940/2017, de 15 de diciembre; 946/2017, de 20 de diciembre, y 967/2017, de 28 de diciembre), en las cuales se reconocía el derecho de los ayuntamientos demandantes al pago de 1.300 euros por alumno de las *Llars d' Infants* en cada uno de los cursos escolares reclamados. En síntesis, las citadas sentencias reconocen que la atribución de competencias a las Administraciones locales en este ámbito impone insoportablemente la atribución de los recursos correspondientes, siendo indiferente a estos efectos que, en el caso de la educación infantil, estemos ante una competencia delegada en los términos de la LRRL, o bien una competencia atribuida como propia por el Estatuto de Autonomía. El caso es que la Generalitat fue conviniendo con los ayuntamientos en la creación

de sucesivas guarderías y la correlativa asunción de la competencia de gestión, situación que comportó la necesidad de transferir los recursos económicos correspondientes en los términos de la normativa aplicable, al incorporarse las guarderías municipales a la red de titularidad pública como parte del sistema educativo, de acuerdo con los arts. 1 y 4 de la Ley del Parlamento catalán 5/2004. Al aprobarse una nueva Ley, la 5/2020 en Cataluña, en la que se fijan nuevas cantidades en concepto de subvención, las cuales son menores a las que venían percibiendo los municipios se reabre la cuestión. Ello es así en la medida que la nueva norma legal considera que dicha financiación autonómica ha de ser concedida en términos de estricta suficiencia. Ante este cambio legal se planteó en sede judicial su ajuste con la Constitución española. Tras elevarse la cuestión de inconstitucionalidad en uno de los procedimientos judiciales que se habían planteado por impago de la comunidad autónoma, el TC se pronunció sobre esta materia en la STC 159/2021, de 16 de septiembre. En ella, en síntesis, se declararon ajustadas a Derecho las previsiones legales de la comunidad en relación con las subvenciones a los servicios municipales de guardería; en definitiva, se reputó que es admisible que sólo se deba atender a su financiación en términos de suficiencia.

3.6. Anulación de la regulación autonómica de régimen local que disponía la no intervención de todos los ayuntamientos integrantes de la mancomunidad en la aprobación de la reforma estatutaria de dicha mancomunidad

En la *STS de 4 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1252)*, se enjuicia si la reforma de los Estatutos de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental debió ser sometida a la aprobación de los plenos de los ayuntamientos que integran la citada mancomunidad o, por el contrario, bastaba que se aprobase por el órgano de representación municipal, es decir, por la asamblea formada por representantes de los ayuntamientos mancomunados. La modificación de los Estatutos había seguido el procedimiento que exigía el art. 74 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA). En el proceso judicial y antes de dictar sentencia, el TS llegó a la conclusión de que este precepto autonómico, el art. 74.2 LAULA podría ser inconstitucional en la medida en que establecía que la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios «corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» y que esto podría ser incompatible con lo dispuesto por la norma básica del Estado recogida en el art. 44.4 LBRL, que ordena que para las referidas modificaciones estatutarias se siga un procedimiento «similar» al de su aprobación inicial. Por ello, planteó cuestión de inconstitucionalidad. Con fecha 9 de febrero de 2022, el TC en STC 19/2022 (rec. 3523/2021) ha dictado sentencia resolviendo y, en su parte dispositiva, declara inconstitucional y anula el inciso «y su aprobación corresponderá, en todo caso, al órgano de representación municipal» del art. 74.2 LAULA.

En la referida sentencia se declara que las modificaciones de aspectos sustanciales o estructurales de los estatutos de las mancomunidades de municipios no pueden aprobarse sin el consenso de todos los afectados. Partiendo de este presupuesto, los recurrentes ante el TS sostienen que la modificación estatutaria que estaba en el origen del litigio no tiene carácter sustancial o estructural, pues se refiere principalmente a una ampliación de las actividades de la mancomunidad.

En relación con la alegación de los recurrentes, el TS reconoce que es cierto que el TC no ha afirmado que la legislación autonómica de régimen local deba introducir, para la aprobación de las modificaciones de los estatutos de las mancomunidades de municipios, una norma idéntica a la establecida por el art. 44.3 LBRL y que el legislador autonómico dispone de cierto margen al respecto, pero que esto no deja de ser una mera consideración pro futuro, que habrá de ser tenida en cuenta por el legislador autonómico a la hora de elaborar una nueva regulación de esta materia y que en el momento de dictar sentencia la única realidad es que la norma legal en que se basó la modificación estatutaria impugnada ha dejado de existir; lo que arrastra al acto de aplicación que era objeto del litigio.

3.7. Prestación de servicios sociales municipales de emisión de informes sobre unidades familiares en situación de vulnerabilidad

En la *STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:7547)*, se condena a la Administración municipal, en concreto a sus servicios sociales, a emitir en plazo los informes previstos en el art. 9.4 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinados a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social. El recurso lo interponen empresas de suministro de gas que son las responsables según la ley de conceder ayudas a personas en situación de riesgo de exclusión residencial o de aplicar descuentos muy notables en el coste de los consumos mínimos.

3.8. Bibliografía en materia de servicios públicos locales

Durante 2022, se han publicado diversas obras colectivas de gran interés en materia de servicios públicos.

Es de destacar obra coordinada por J. R. FUENTES I GASÓ sobre *Externalización e interiorización de la gestión de los servicios públicos locales: entre público y privado*, que integra estudios desde diferentes enfoques que se complementan entre sí aportando análisis de carácter doctrinal, jurisprudencial, práctico y comparado. También es muy reseñable la publicación colectiva sobre *Gobiernos locales y economía colaborativa* coordinada por las profesoras L. DE LA TORRE MARTÍNEZ y E. CARBONELL PORRAS. Por último, ha de mencionarse la titulada *Régimen jurídico y configuración de las entidades instrumentales*

y de cooperación para la prestación de servicios públicos locales coordinada por J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS e I. MARTÍ SARDA, y el libro colectivo *La financiación de los servicios públicos en las áreas urbanas*, dirigido por A. NAVARRO GARCÍA y M.^a L. ESTEVE PARDO.

Como aportaciones individuales con una perspectiva más sectorial cabe citar a «El fortalecimiento de los servicios públicos municipales en los planes de lucha contra la despoblación» de M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, publicada en *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación: Diagnóstico, territorio y gobierno local*, Ciudad Real, 22 y 23 de septiembre de 2022, obra coordinada por C. NAVARRO GÓMEZ (ed. lit.), Á. R. RUIZ PULPÓN (ed. lit.), F. VELASCO CABALLERO (ed. lit.), J. CASTILLO ABELLA (ed. lit.). En relación con el art. 26.2 LRBRL, se ha publicado el trabajo de T. FRANCO JIMÉNEZ y M. ZAFRA VÍCTOR sobre «La controvertida interpretación y aplicación del art. 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 17, 2022, pp. 139-154, en el que se analiza, basándose en hechos reales, la controvertida coordinación por la diputación de una serie de servicios para los municipios con población inferior a 20.00 habitantes, sin que quede claramente determinado qué Administración resulta responsable en caso de que se produzca un supuesto de responsabilidad patrimonial por daño causado en el funcionamiento de los servicios públicos.

4. DISTINCIÓN ENTRE INICIATIVA ECONÓMICA LOCAL Y PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO

En la *STS de 12 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:57)*, en la que se enjuicia una decisión relativa al expediente de monopolio del servicio público de abastecimiento de aguas (citada *supra* 3.2) se alude a la distinción de lo que es el ejercicio de la iniciativa para el desarrollo de actividades económicas por parte de los entes locales y la prestación de servicios esenciales por parte de las corporaciones locales en régimen de monopolio. En el primer caso, según la sentencia citada, nos hallamos ante una incursión de los entes locales en el ámbito del mercado y en este contexto cobra sentido la previsión del art. 86.1 LRBRL de que en el caso de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económica es preciso que en el correspondiente expediente se incluya un análisis de mercado relativo a la oferta y la demanda y la incidencia de la actividad local en la concurrencia empresarial. Mientras que en la prestación de un servicio esencial por parte de una corporación local en régimen de monopolio es el legislador quien ha realizado ya esa valoración sobre la conveniencia de que los entes locales presten el servicio, por ello está fuera de lugar un análisis de mercado para decidir si la corporación local asume o no dicha actividad. Es por esto último que la previsión del art. 86.1 LRBRL no es de aplicación a los servicios esenciales reservados a las corporaciones locales por la ley, sino el art. 86.2 que condiciona la efectiva ejecución de dichas actividades reservadas, cuando se ejercen en régimen de monopolio, al acuerdo del pleno de la corporación local y a la aprobación por el órgano competente de la comunidad autónoma.

5. INICIATIVA PÚBLICA LOCAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: LA PRESTACIÓN MUNICIPAL DE SERVICIOS DE ODONTOLOGÍA

En este ámbito resulta muy interesante la *STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10755)*, en ella se discute el Acuerdo del Plenari del Consell Municipal de l'Ajuntament de Barcelona de fecha 29 de marzo de 2019, cuyo objeto es el ejercicio por parte de la Administración municipal de la actividad de servicios de odontología. En primer lugar, la sentencia se pronuncia sobre el motivo de la anulación del acuerdo en la sentencia previa, ahora recurrida, que no es otro que considerar que concurre falta de competencia municipal. Esta falta de competencia se vincula a que el ejercicio de la iniciativa pública económica de los municipios debe llevarse a cabo en el ámbito de sus respectivas competencias y que el Ayuntamiento de Barcelona carece de competencias para la prestación de servicios de odontología, por estar atribuida a la Generalitat de Catalunya, y apreciar asimismo una duplicidad de actuaciones administrativas, lo que iría en contra del principio «una Administración una competencia», tal como se prevé en el preámbulo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Por ello la sentencia invoca el art. 86.1 LRBRL, en el que se concreta la regulación de la iniciativa pública de las entidades locales para el desarrollo de actividades económicas, y se recuerda como en este precepto incidió la reforma constitucional del art. 135 CE, y cómo la doctrina constitucional (STC 54/2017, de 11 de mayo, FJ 5.º) ha declarado que las concretas limitaciones introducidas en el art. 86.1 LRBRL «no desvirtúan ni desactivan la opción constitucional favorable a permitir la iniciativa pública local en la actividad económica (art. 128.2 CE)», de manera que en modo alguno resultaba injustificado o desproporcionado exigir la ausencia de «riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal» y «los requisitos formales asociados (justificación de aquella condición material que incluya un análisis de mercado sobre la oferta y la demanda existente, la rentabilidad y los efectos posibles de la actividad sobre la concurrencia empresarial), máxime si se tiene en cuenta que de ese modo se dinamizan otros principios constitucionales, la eficiencia (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)».

Una vez recordado esto, el TSJ catalán centra la controversia que se plantea en este caso en si la actividad económica —prestación del servicio de odontología— puede ser de iniciativa municipal, pese a que no está dentro de marco competencial de las entidades locales definido en el art. 25 LRBRL. Para ello interpreta que las entidades locales pueden ejercer cualesquiera competencias relacionadas con la gestión de asuntos de interés municipal, pero con sujeción a determinadas condiciones materiales y formales, sin necesidad de habilitación legal. Asimismo trae a colación la cláusula general habilitante que se recoge en el art. 7.4 LRBRL que establece que las entidades locales sólo podrán ejercer competencias distintas de las propias con ciertos requisitos: y cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio

público con otra Administración pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. Asimismo recuerda que la doctrina constitucional indica que las competencias contempladas en el art. 7.4 LRBRL deben considerarse como «propias generales», puesto que, a diferencia de las reguladas en el art. 25 LRBRL que son determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LRBRL están directamente habilitadas mediante una cláusula general básica, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones (SSTC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 10, y 54/2017, de 11 de mayo, FJ 3.º). Se recuerda, en definitiva, como la STC 107/2017, de 21 de septiembre, al examinar el conflicto sobre la autonomía local planteado con relación al art. 7.4 LRBRL, expresa que «el legislador básico sigue habilitando directamente por sí a los municipios a las llamadas “actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas”, en general, y las complementarias de las desarrolladas por las comunidades autónomas, en particular (antiguo art. 28 LRBRL)» [FJ 3.ºa)]. «Para discernir cuando se está ante una competencia complementaria, pero no duplicada, se vuelve a remitir a la citada STC 107/2017 [FJ 3.ºb)], y se pone como ejemplo, la educación, la sanidad o la vivienda, como ámbitos materiales donde pueden tener lugar los servicios municipales “complementarios”, y se afirma que no serán “duplicados” si, por ejemplo, las acciones locales específicamente desarrolladas o sus concretos destinatarios no coinciden con los de los servicios autonómicos correspondientes».

En el caso concreto, en relación con los servicios de odontología, se afirma que la competencia corresponde a la Administración de la Generalitat, conforme a lo dispuesto en el art. 162.3 EAC, como Administración sanitaria, puesto que se trata de servicios que entran en el ámbito de la sanidad pública, según dispone la Ley estatal básica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y, en concordancia, la Ley del Parlament de Catalunya 15/1990, de 9 de julio (art. 8). La competencia de los ayuntamientos se recoge en el art. 64 de la misma Ley, la cual se concreta en la prestación de los servicios mínimos obligatorios establecidos en la legislación que regula el régimen municipal en lo referente a los servicios de salud, y también se habilita a la realización de actividades complementarias,

En cuanto a los servicios que son asumidos por la Administración sanitaria dentro del sistema de salud, el Anexo II, apartado 9 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye las actividades asistenciales, diagnósticas y terapéuticas, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y preventivas dirigidas a la atención a la salud bucodental. Dentro del contenido de la atención bucodental en atención primaria incluyen determinados tratamientos que resultan incluidos dentro de la iniciativa municipal ahora impugnada, en tanto que se excluye otros también incluidos en los servicios de iniciativa municipal como los tratamientos reparadores de la dentición temporal, tratamientos ortodóncicos, oxodoncias

de piezas sanas, tratamientos con finalidad exclusivamente estética, o con carácter general los implantes dentarios.

Esta cobertura bucodental se ha ampliado posteriormente en la Ley del Parlament de Catalunya 12/2020, de 13 de octubre, de la atención pública de la salud bucodental, donde se expresa la voluntad del legislador de incorporar progresivamente todas las prestaciones asistenciales básicas de la salud bucodental a la cartera pública de servicios.

De conformidad a esta normativa, es la Administración autonómica la que ostenta las competencias en materia sanitaria, en este caso en la vertiente de servicios odontológicos, las cuales deben ejercitarse conforme a los principios informadores de la Ley de Sanidad de Catalunya, esto es, de forma universal para todos los ciudadanos residentes en Cataluña.

Según este marco normativo, la iniciativa municipal para la prestación de servicios de odontología, por medio de una sociedad municipal en régimen de gestión directa, desarrollada al margen de la Administración competente, no se ajusta al marco competencial definido legalmente, ni puede considerarse una actividad «complementaria», pues incide en el ámbito material de prestación de servicios sanitarios competencia de la Administración autonómica, por lo que se produce una duplicidad en el ejercicio de las competencias en los términos que resultan definidos en la doctrina constitucional antes expuesta.

A mayor abundamiento, la STSJ de Cataluña aclara que el régimen especial de la ciudad de Barcelona no supone el desplazamiento de la legislación básica local en cuanto a la necesidad de informe previo vinculante de la Administración competente por razón de materia, porque legislación específica aplicable al Ayuntamiento de Barcelona no tiene ninguna particularidad en este ámbito y no exime al Ayuntamiento de Barcelona de solicitar el informe exigido por la legislación básica. En este sentido, la Carta Municipal de Barcelona no establece nada al respecto; mientras que el Decret 208/2015, de 22 de septiembre, de la Generalitat de Cataluña, que regula el procedimiento para obtener los informes previstos en el apartado 4 del art. 7 LBRL se aplica a todos los entes locales, y no contiene ninguna disposición que establezca un régimen específico para la ciudad de Barcelona.

Con anterioridad a esta sentencia, en su momento, la autoridad autonómica de la competencia había emitido con fecha de 1 de marzo de 2019 un informe, dado que el ejercicio de la iniciativa económica por un municipio presentaría implicaciones en términos de competencia (*ref. núm. OB 44/2019 - Servicios Odontológicos Ayuntamiento de Barcelona*). Este informe se pronunció en relación con la memoria aportada a la decisión de emprender la actividad y no consideró que se tratara de un verdadero análisis del impacto competitivo basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión. Además, aunque valoró en general positivamente esta iniciativa municipal entendida como mecanismo que puede contribuir a inducir demanda en el mercado de los servicios odontológicos en Barcelona entre determinado colectivo de ciudadanos; consideró que era difícil que esta iniciativa municipal fuera la más idónea para hacer

disminuir el nivel de precios practicados por los competidores. En el informe también se alertó sobre lo primordial que resultaría el respeto al principio de neutralidad competitiva de los mercados, de forma que no se puede privilegiar la posición de los operadores públicos a fin de que estos obtengan ventajas competitivas no fundamentadas en méritos del mercado frente al resto de operadores.

6. INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PARTICULARES

6.1. Las limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona y la libertad de establecimiento

Se han recibido el 15 de diciembre de 2022 las conclusiones del Abogado General en el asunto C-50/21, *Prestige and Limousine, S. L. c. Área Metropolitana de Barcelona, Asociación Nacional del Taxi (ANTAXI), Asociación Profesional Elite Taxi, Sindicat del Taxi de Catalunya (STAC) y otros*, dentro del procedimiento de cuestión prejudicial pendiente al TJUE e interpuesta por el Tribunal de Justicia de Cataluña en relación con la compatibilidad con el Derecho de la Unión del Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas aprobado en el Área Metropolitana de Barcelona (AMB). El referido reglamento dispone que para poder prestar servicios de VTC se necesiten licencias específicas, limitadas a una por cada 30 licencias de taxi, y somete esta actividad de servicios a un régimen de «doble autorización».

Las conclusiones del Abogado General se dirigen a considerar que esta norma resulta contraria al art. 49 TFUE que reconoce la libertad de establecimiento, y ello a pesar de que el transporte local de pasajeros bajo demanda no se encuentre aún sujeto a armonización en la Unión Europea. El Abogado General analiza los argumentos que se aportan para justificar la existencia en este caso de una razón imperiosa de interés general y considera que la viabilidad económica de los servicios del taxi no constituye una razón imperiosa de interés general: a pesar de que es cierto que el transporte privado local puede compensar la falta de servicios que no quedan cubiertos por el transporte público local. Entiende en este sentido que la ampliación de la oferta de servicios de transporte local ayudaría a crear un sistema que funcionara correctamente, pero afirma que no hay razón para proteger los servicios de taxi al amparo de que constituyan un servicio de interés económico general. También sostiene que, si la intención es crear un sistema de transporte privado local, la ampliación de la oferta a través de la admisión de más VTC sería mucho más útil para resolver el problema.

En relación con la exigencia de una autorización adicional, entiende la necesidad de autorizar pues ello puede contribuir a satisfacer las especificidades de una región con respecto al tráfico y la contaminación, pero afirma que esa autorización adicional no

debe suponer una duplicidad de controles ya efectuados. Con respecto a la ratio 1/30, el Abogado General no encuentra justificado por qué los servicios del taxi y los de los VTC se sujetan a regímenes jurídicos distintos, si satisfacen unas mismas necesidades (transporte privado local) y, especialmente, si compiten entre ellos.

6.2. Cambio de titularidad en la prestación de un servicio económico particular y necesidad de un título habilitante

En la *STJ de Asturias de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAS:2022:3283)*, se enjuicio un caso relativo al cambio de titularidad de actividad de clínica dental. En ella se declara que la Comunicación Previa del interesado para el inicio de la actividad ha de ser considerada como título habilitante suficiente para ejercer la actividad de clínica dental en el local en cuestión, con eficacia para operar el cambio de titularidad en su favor, sin necesidad de presentar declaración responsable. Se entiende que con la Comunicación Previa está implícita en la solicitud de cambio de titularidad, ya que el solicitante ha comunicado al ayuntamiento el inicio de la actividad a título de sucesión en la actividad preexistente. Esto es así frente a lo que en su momento había mantenido la resolución del concejal responsable del área de movilidad, sostenibilidad, mantenimiento y diseño urbano, del ayuntamiento. En este caso resulta de aplicación el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, modificado por Real Decreto Legislativo 1175/1990, concretamente su art. 13. Asimismo se pone de manifiesto cómo la liberalización operada por la Ley 17/2009 y por el art. 84 de la Ley de Bases de Régimen Local ha formulado un nuevo régimen de autorizaciones de establecimientos y actividades que gira en torno a tres modalidades: lo normal, que será la comunicación previa; lo especial, que será la declaración responsable cuando la actividad cuente con elementos cualificados de impacto que aconsejen asegurar las condiciones de seguridad, salubridad o estética desde la misma declaración de inicio de actividad; y lo excepcional, que sería la licencia previa, reservada para actividades cualificadas por su singular y sensible impacto de molestia, nocividad, peligrosidad o insalubridad. En la sentencia se recuerda además que las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas.

En la sentencia referida se pasa además a definir la naturaleza común de la comunicación previa y de la declaración responsable en la medida que ambas no son controles preventivos sino condición de atribución simultánea de título para ejercer la actividad sin esperar licencia o autorización posterior. También se establecen sus diferencias, ya que se pone de manifiesto como la Comunicación previa se refiere a actividades de menor calado y riesgo, y la Declaración Responsable para las actividades de mayor envergadura y riesgos objetivos, debiendo la normativa estatal, autonómica o local, o incluso la ordenanza local, precisar los supuestos en que se exige una u otra, sin perder de vista el

principio de proporcionalidad y la exigencia de contenido adecuado al fin. En definitiva, en la sentencia se afirma que no debe exigirse Declaración Responsable para aquellos supuestos que puedan encajar en Comunicación Previa, lo que lleva a que aquella vaya acompañada de una mínima justificación objetiva de su exigencia. En definitiva, se entiende deberá distinguir las actividades de menor complejidad que deben estar sometidas al régimen de la Comunicación Previa, y que satisface el mínimo control, y aquellas otras de mayor complejidad o impacto en que se impone una mayor implicación del solicitante a través de la Declaración Responsable. Como consecuencia de ello, también se sostiene que la Comunicación Previa está llamada a ser registrada y archivada, y la Declaración Responsable está llamada a ser verificada y comprobada antes del archivo.

En el supuesto enjuiciado lo relevante es que la actividad en cuestión había sido calificada expresamente por el arquitecto técnico municipal como «inocua», de manera que se concluye que para poder exigir declaración responsable habría resultado preciso que existieran razones objetivas, explícitas y atendibles, que no concurren en el supuesto.

Bienes públicos locales y expropiación forzosa

Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid
Instituto de Derecho Local
ORCID ID: 0000-0003-2686-6753

Palabras clave: bienes públicos; expropiación forzosa.

Keywords: public goods; expropriation.

SUMARIO: 1. BIENES PÚBLICOS: 1.1. Novedades doctrinales. 1.2. Novedades normativas: 1.2.1. Estado y comunidades autónomas. 1.2.2. Entidades locales. 1.3. Novedades jurisprudenciales.—2. EXPROPIACIÓN: 2.1. Novedades doctrinales. 2.2. Novedades normativas. 2.3. Novedades jurisprudenciales: 2.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.—3. BIBLIOGRAFÍA.

1. BIENES PÚBLICOS

1.1. Novedades doctrinales

En materia de bienes públicos, F. IGLESIAS GONZÁLEZ (2022) da cuenta de la mecánica de la afectación y desafectación para distinguir los bienes patrimoniales de los demaniales y como la misma se encuentra en evidente crisis. Frente a la legislación y doctrina que continúan afirmando la necesidad de la afectación y desafectación

formal, una nítida jurisprudencia enfatiza tanto la necesidad de afectación material y como la existencia de desafectación tácita. Esta línea jurisprudencial tiene un evidente efecto en el ejercicio del derecho de reversión en supuestos expropiatorios. De esta forma, una línea jurisprudencial, ciertamente minoritaria, reconoce el derecho de reversión bien cuando se demuestra la falta de afectación material, bien cuando se acredita la existencia de una desafectación tácita. Sin embargo, una jurisprudencia mayoritaria supera este análisis, haciendo hincapié, por ejemplo, en el cumplimiento de la finalidad urbanística conjunta. M. ESPINOSA DE RUEDA JOVER (2022), analiza el régimen jurídico de las aguas desaladas, distinguiendo entre las concesiones precisas para desalar el agua de las precisas para su utilización, así como otras concesiones exigidas por la legislación de costas y de otro tipo. También se abordan tangencialmente las sanciones impuestas por la utilización de esas aguas sin obtener previa concesión para ello, centrándose sobre todo en la cuenca del Segura. Por su parte, M. GARCÍA PÉREZ (2022), analiza el impacto que la Ley de Cambio Climático impone en la gestión del dominio público marítimo-terrestre.

J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ (2022), precisa como la tendencia económica a la valorización del dominio público y en su caso de determinados bienes patrimoniales de interés público, ha determinado una regulación sobre su aprovechamiento, que no está bien definida en algunos supuestos, y que llega a ser de dudosa constitucionalidad. Por ello, reexamina la regulación de la desafectación automática mediante la alteración del planeamiento municipal del art. 81 LRRL; la indefinición de los supuestos de aprovechamiento de los edificios administrativos del art. 89 LPAP, en su referencia a los contratos; así como la indefinición de la regulación sectorial en los denominados complejos inmobiliarios urbanos (en el art. 26 TRLS7/2015); y el supuesto de la protección contra el embargo de bienes patrimoniales del art. 30.3 LPAP. M.^a T. MARTÍN MELÉNDEZ (2022), partiendo de la declaración demanial efectuada por la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 de los bienes de valor histórico susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica y descubiertos, a partir de su entrada en vigor, en las condiciones que ella misma determina. El trabajo pretende, por un lado, indagar sobre la técnica utilizada por el legislador para llevar a cabo tal desplazamiento, lo que tiene especial importancia cuando se trata de inmuebles, dado que respecto a ellos podría resultar inconstitucional. Por otra parte, se profundiza sobre el fundamento que justifica la demanialización de los bienes arqueológicos y, tras encontrarlo en el especial régimen de protección que supone, se muestran también sus excesos, proponiéndose, por ello, sustituirlo por su consideración como bienes patrimoniales de la Administración con notas propias del dominio público y excepciones concretas a las mismas. C. DE GUERRERO MANSO (2022), analiza cómo las concesiones demaniales, que constituyen un título habilitante imprescindible para la utilización de los bienes de dominio público por sujetos distintos de la Administración titular cuando concurra un determinado grado de intensidad plasmado en la forma o la duración del uso de dichos bienes, pueden jugar un papel relevante en la protección ambiental. El trabajo propone la incorporación de criterios ambientales orientados a proteger el medio ambiente en los supuestos de otorgamiento de concesiones demaniales

en régimen de concurrencia competitiva. De esta manera se compaginaría la protección del medio ambiente con una correcta gestión del patrimonio público afecto a un uso o servicio público, sirviendo con objetividad los intereses generales.

1.2. Novedades normativas

Durante el año 2022 la actividad normativa en materia de bienes públicos presenta diversas novedades.

1.2.1. Estado y comunidades autónomas

La *Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte* (BOE núm. 314, de 31 de diciembre), impone a todos los deportistas, profesionales o amateurs, la obligación de hacer un uso racional y adecuado de los bienes de dominio público, de las infraestructuras e instalaciones deportivas y de los servicios públicos [art. 23.1.e)]. A su vez, la *Ley 13/2022, de 7 de julio, de Comunicación Audiovisual* (BOE núm. 163, de 8 de julio), determina que el otorgamiento de la licencia audiovisual o del título habilitante equivalente para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo mediante ondas hertzianas llevará aparejada una concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico reservado para la prestación del servicio de conformidad con la *Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones* (art. 21). La *Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones* (BOE núm. 155, de 29 de junio), incorpora una regulación aplicable al dominio público radioeléctrico utilizado por parte de todas las redes de comunicaciones electrónicas, ya sean públicas o no, y con independencia del servicio que haga uso del mismo (art. 1). Allí, además de imponer a los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, de derechos de uso del dominio público radioeléctrico diversas obligaciones de servicio público, se atribuye a los operadores de redes a la ocupación del dominio público para el despliegue de las mismas (art. 45), sin que los titulares del dominio público garantizarán el acceso de todos los operadores a dicho dominio en condiciones neutrales, objetivas, transparentes, equitativas y no discriminatorias, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso u ocupación de dicho dominio público en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante la *Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos* (BOC núm. 257, de 31 de diciembre), se modifica el régimen de las prórrogas de las concesiones de puertos deportivos (DA 14). Allí se precisa que la duración de esta prórroga en ningún caso podrá ser superior a la mitad del plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general. La *Ley 6/2022, de 29 de julio, de Viña y Vino de Castilla-La Mancha* (DOCLM núm. 154, de 11 de agosto), atribuye la condición de bienes de dominio público a Los nombres protegidos por estar

asociados a una indicación geográfica, por lo que no pueden ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen. Además, no podrá negarse el uso de los nombres protegidos a cualquier persona física o jurídica que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones para esa indicación geográfica salvo por sanción u otra causa legalmente establecida (art. 29). La Comunidad de Extremadura ha aprobado el *Decreto-ley 5/2022, de 31 de agosto, por el que se establecen medidas urgentes necesarias en la regulación del aprovechamiento de recursos minerales de litio* (DOE núm. 169, de 1 de septiembre), mediante el que se declara de interés general el aprovechamiento de los recursos minerales de litio, existente o potencial (art. 1), lo que conlleva que «el otorgamiento de cualquier concesión de explotación de los recursos minerales de litio en Extremadura estará vinculado y condicionado al cumplimiento de la obligación de que el tratamiento y beneficio metalúrgico y mineralúrgico de los recursos de este mineral, se realicen necesariamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura», lo que se articulará mediante la incorporación de condiciones en la concesión que obligatoriamente deberán ser aceptadas por el solicitante (art. 2). Su incumplimiento determina la caducidad de la concesión (art. 3). Por su parte, la *Ley 4/2022, de racionalización y simplificación administrativa* (DOE núm. 145, de 29 de julio), en aplicación del principio de proporcionalidad, posibilita la exigencia de una autorización o licencia previa cuando por la utilización de dominio público el número de operadores económicos del mercado sea limitado (art. 21). La *Ley 3/2022, de 18 de octubre, de áreas empresariales de Galicia* (DOG núm. 201, de 21 de octubre), establece que el mantenimiento y conservación de las infraestructuras, equipamientos y dotaciones de las áreas empresariales que hayan de ser entregadas a la Administración municipal para su incorporación al dominio público corresponde a la misma desde la recepción expresa o tácita de las obras de urbanización (art. 78.2), si bien puede imponer su conservación a los propietarios por un plazo máximo de cinco años (art. 84.3) constituidos en una entidad de conservación, gestión y modernización, sin perjuicio de la obligación municipal de contribuir a tales costes (art. 90).

La *Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid* (BOCM núm. 304, de 22 de diciembre), modifica diversas normas de la comunidad autónoma. De una parte, modifica la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid (art. 13), donde se requiere el otorgamiento de autorización demanial para aquellas actividades que la requieran por su intensidad, peligrosidad o rentabilidad. Asimismo, mientras que se someterán a otorgamiento de concesión demanial todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa del dominio público forestal. Dichas autorizaciones y concesiones serán otorgadas por tiempo definido, limitado de acuerdo con sus características, y con una duración inferior a treinta años, si no supone la realización de obras de carácter permanente o instalaciones fijas, o a setenta y cinco años, si conllevaran la realización de dichas obras o instalaciones. No darán lugar a renovación automática, ni a ventajas a favor del anterior titular o personas especialmente vinculadas con él. De otra parte, se modifica la Ley 3/1991, de 7 de

marzo, de Carreteras de la Comunidad de Madrid (art. 14.4), exigiendo que los instrumentos de planeamiento general, en los supuestos de travesías y tramos de carretera que discurran por suelo urbano, el señalamiento de las alineaciones de las fachadas respetará la funcionalidad de la vía de comunicación y garantizará la protección del dominio público viario. Para ello, y sin perjuicio de que el Plan General de Ordenación Urbana señale los usos y distancias en la zona de protección, la zona de dominio público será siempre incluida como sistemas generales y objeto de especial protección. Además (art. 15), el Plan de Carreteras de la Comunidad de Madrid podrá establecer para esos tramos urbanos determinaciones sobre limitaciones y prohibiciones, en las zonas de dominio público y protección, así como el régimen de autorizaciones de obras y actividades en las citadas zonas, que serán de obligatoria observancia para el planeamiento urbanístico.

En La Rioja se modifica el art. 31 de la Ley 2/1991, de 7 de marzo, de Carreteras por parte de la *Ley 17/2022, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para 2023* (BOLR núm. 250, de 30 de diciembre), estableciéndose que en la zona de dominio público de travesías y tramos urbanos de carreteras autonómicas, corresponderá al ayuntamiento el otorgamiento de autorizaciones para realizar obras o actividades no ejecutadas por la comunidad autónoma, previo informe vinculante de la misma. Además, en las zonas de servidumbre y afección de travesías y tramos urbanos, las autorizaciones de usos y obras las otorgarán asimismo los ayuntamientos, si bien, cuando no estuviere aprobado definitivamente ningún instrumento de planeamiento urbanístico, deberán aquellos recabar, con carácter previo, informe vinculante de la comunidad autónoma. El *Decreto 193/2022, de 27 de octubre, por el que se regula los alojamientos turísticos en las modalidades de campings y áreas de autocaravanas, caravanas, camper y similares en la Región de Murcia* (BORM núm. 254, de 3 de noviembre), determina que las parcelas destinadas a alojamiento turístico se ubicarán fuera de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre (art. 26.4), permitiendo que el cerramiento sea totalmente opaco hasta una altura máxima de un metro (art. 34.3).

1.2.2. Entidades locales

La *Ordenanza 12/2022, de 20 de diciembre, de Limpieza de los Espacios Públicos, Gestión de Residuos y Economía Circular del Ayuntamiento de Madrid*, aprobado por Acuerdo del Pleno, de 20 de diciembre de 2022 (BOCM núm. 312, de 31 de diciembre), proyecta su regulación sobre el conjunto de espacios peatonales y vehiculares, de paso, estancia o esparcimiento y zonas verdes públicas que forman parte del dominio público, incluidos aquellos espacios sometidos a un uso común especial o a un uso privativo por personas públicas o privadas (art. 1). Desde esa premisa, se obliga a los titulares de títulos de aprovechamiento especial o privativo a mantener en las debidas condiciones de limpieza el dominio público ocupado, incluyendo la limpieza de cualquier mancha o suciedad producida por su actividad, siendo los responsables de la suciedad producida en los mismos, debiendo colocar elementos para el depósito de los residuos producidos por las mismas (art. 10). El Ayun-

tamiento de Eibar aprueba la modificación de la *Ordenanza reguladora del aparcamiento limitado, de 23 de noviembre de 2022* (BOG núm. 230, de 5 de diciembre), estableciendo los ámbitos y limitaciones en el aparcamiento en superficie, determinando que la gestión y control de los aparcamientos se realizará mediante expendedores de tickets de aparcamiento y/o personal de vigilancia, así como fijando los vehículos eximidos de este régimen. La *Ordenanza Municipal Reguladora del Estacionamiento y Pernocta de Autocaravanas, Caravanas y Vehículos-Vivienda Homologados, en Vías Urbanas del Ayuntamiento de Adra, de 15 de noviembre de 2022* (BOA núm. 231, de 1 de diciembre), reconoce el derecho de los autocaravanistas a estacionar en todo el municipio de acuerdo con las normas de tráfico y circulación en vigor, sin perjuicio del cumplimiento de lo previsto en la presente ordenanza para las vías urbanas y del especial régimen jurídico establecido para los espacios naturales protegidos, los terrenos forestales, los terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección por el planeamiento urbanístico, las zonas de dominio público y, en general, cualquier otro espacio especialmente protegido por la legislación sectorial que se ubiquen dentro del municipio (art. 4). A su vez, el Ayuntamiento de Málaga aprueba la *Ordenanza Municipal Reguladora del Estacionamiento de Autocaravanas y Vehículos Vivienda de 14 de octubre de 2022* (BOP núm. 215, de 10 de noviembre), reconoce el derecho a estacionar en las zonas de dominio público municipal (art. 4). El Ayuntamiento de Zaragoza ha aprobado la *Ordenanza Audiovisual, de 6 de julio de 2022* (BOZ núm. 160, de 15 de julio), donde se califica a la actividad de rodaje o grabación de largometrajes, cortometrajes, series y programas de televisión, documentales, anuncios publicitarios, vídeos, reportajes fotográficos o cualquier otra actividad del sector audiovisual que se desarrolle en el municipio de Zaragoza, que afecte a bienes de dominio público, patrimonio municipal o servicios públicos, como un uso privativo o especial, sometido a autorización (art. 4).

1.3. Novedades jurisprudenciales

La Ordenanza Reguladora de la Explotación Forestal de Terrenos Públicos de Carácter Demanial o Patrimoniales, así como Terrenos Privados de la Junta Vecinal de Caranceja es objeto de análisis por la *STSJ de Cantabria de 20 de octubre de 2022* (ECLI:ES:TSJCANT:2022:1186). En concreto, la ordenanza regula el uso de la red de caminos rurales competencia de la Junta Vecinal de Caranceja, mediante el sometimiento a licencia de utilización con vehículos destinados al transporte de madera, con independencia de dónde se haya producido la explotación forestal, configurado como un uso común especial, a la par que establece una tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial mediante el depósito de madera en infraestructuras o terrenos de titularidad de la Junta Vecinal. La sentencia anula la previsión relativa a la tasa por la utilización o aprovechamiento sin licencia o autorización o por el exceso sobre tal autorización, en la medida en que las cuantías establecidas no responden a la utilización, aprovechamiento o beneficio real obtenido, sino más bien a una finalidad sancionadora, lo que supone una vulneración de la prohibición del *non bis in idem*, por lo que se anula dicho precepto.

Respecto de la utilización del vuelo y parte de la superficie de una vía pecuaria para la ubicación de las infraestructuras de una línea eléctrica, la *STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCLM:2022:3411)*, determina la corrección de la declaración por la Administración autonómica del uso en precario de una vía pecuaria por parte de la empresa distribuidora al haber caducado la autorización demanial previamente otorgada y no haber cumplido en plazo los requerimientos para su renovación (simplemente la mercantil solicitaba la entrega de diversos planos). A su vez, la *STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:13337)*, confirma la legalidad de la denegación de la autorización de instalación de una terraza, afirmando que la simple concurrencia de los presupuestos fijados por la Ordenanza no confiere derecho subjetivo alguno, pudiendo denegarse en atención a la prevalencia del interés general. En el caso concreto, se deniega la autorización porque la ubicación solicitada se encuentra en la zona verde de una importante calle (Paseo de la Castellana) donde los camareiros deberían caminar más de 70 metros desde la instalación para llegar a la terraza, sin atravesar directamente la calzada.

La utilización del subsuelo del dominio público viario municipal para el paso de tuberías que permitan mejorar la traída de aguas al municipio por parte de una Comunidad de aguas es calificada por la *STJ de Galicia de 16 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:8856)*, no como un uso privativo, sino como un uso común especial, autorizable por licencia. Por ello, la impugnación de la autorización por un tercero no puede calificarse como el ejercicio de una acción vecinal en defensa de bienes de la entidad local, sino la impugnación de una licencia municipal. En este marco, pueden plantearse cuestiones de legalidad urbanística cubiertas por la acción pública, pero al tratarse de un recurso contra una licencia, «carece de legitimación el actor para combatir por este procedimiento la carencia de autorización o concesión de uso de parcela pública».

La *STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 22 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:5244)*, califica correctamente la concesión del uso privativo y explotación publicitaria del mobiliario urbano como un negocio jurídico no contractual excluido expresamente de la aplicación íntegra de la Ley de Contratos del Sector Público (aunque le sean de aplicación los principios de la normativa contractual pública, arts. 4 y 9 LCSP), por lo que tienen carácter vinculante, además del PCAP y sus anexos, el PPT, y la oferta económica y técnica que resulte adjudicataria y en lo no regulado expresamente en estos documentos contractuales, la concesión se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de los Bienes de las Entidades Locales, así como por las restantes disposiciones del régimen local directamente aplicables.

En materia de ejercicio de potestades sobre los bienes públicos municipales, la *STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCLM:2022:3255)*, confirma la nulidad de la medida provisional acordada por el Pleno de un Ayuntamiento en el que se acuerda el inicio de expediente de investigación de titularidad de un camino Pedro y la adopción de la medida provisional de mantener abierto el camino referido hasta la resolución del expediente de investigación incoado. Y la justificación adoptada es que la incompetencia material del Pleno, por ser una competencia que corresponde al alcalde.

Dicha decisión es cuestionable, ya que el alcalde forma parte del Pleno, habiendo votado a favor de dicha medida, lo que debería haber permitido la convalidación del acuerdo.

La *STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJCLM:2022:3434)*, reitera que el acuerdo de incoación del procedimiento de deslinde de bienes públicos es un acto de trámite, por lo que no es susceptible de impugnación, sin perjuicio de la impugnación del acto definitivo que resuelva dicho expediente administrativo.

Respecto a la potestad de recuperación de oficio, la *STSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:1513)*, analiza la necesaria prueba que debe aportar la Administración sobre el uso público del camino objeto del expediente de recuperación de oficio. Al respecto, destaca como presupuestos del mismo la acreditación de la posesión pública del bien y de la perturbación posesoria del mismo. También es preciso en el procedimiento de recuperación de oficio que los bienes municipales se encuentren perfectamente identificados sobre el terreno, ya que si existe hay confusión de límites es necesario un deslinde previo. Esta facultad de recuperación de oficio exige una prueba plena y acabada. Por ello no cabe el ejercicio de esta privilegiada acción recuperatoria o de autotutela administrativa cuando la posesión pública no aparezca como inequívoca e indudable, o su dilucidación exija complicados juicios de valor o de ponderación. Además, precisa que el informe emitido por un técnico de la diputación provincial sólo tiene valor como documento administrativo, no como prueba pericial. Si no se aporta una prueba, al menos indiciaria, del uso público del bien, no resulta factible el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, *STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 12 de julio de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:10470)*. Ahora bien, como precisa la *STSJ de Asturias de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJAS:2022:2063)*, en el caso de usurpaciones recientes no es necesaria la aportación por el ayuntamiento de documentos para justificar la decisión administrativa, conforme dispone el art. 71.2 RBEL. Además, se requiere: i) que los bienes recuperados se hallaren indebidamente en posesión de particulares; esto es, se requiere la existencia de una perturbación o pérdida del estado posesorio y su carácter ilegítimo derivado de la inexistencia de un acto jurídico que legitime esta posesión contraria; ii) debe existir una completa identidad entre lo poseído por la Corporación y lo usurpado por el particular; iii) para la recuperación en vía administrativa, cuando no existe confusión de límites, no es necesario un deslinde previo, y iv) el ejercicio de la facultad de recuperación de oficio se reconoce sin perjuicio de la acción de quien se crea titular dominical de los bienes para reivindicarlos ante la jurisdicción civil.

La *STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAS:2022:3994)*, reitera que el recurso contencioso-administrativo no es la sede para realizar un pronunciamiento sobre la titularidad dominical del terreno, ni para un pronunciamiento negativo que implique determinación de propiedad. En ningún caso puede el orden contencioso-administrativo realizar una declaración dominical, pues esta jurisdicción no es competente para ello. Sí es competente para analizar, prejudicialmente, la titularidad, y específicamente la demanialidad del terreno en cuestión, pero únicamente como presupuesto de la legalidad o no del Acuerdo impugnado, pero no como respuesta a una acción protectora

de un derecho real. Desde esa perspectiva, y ante la falta de prueba de la titularidad pública, negada por la Administración local, se desestima la denuncia formulada por un tercero respecto a una ocupación ilegal. La recuperación de oficio de unos terrenos agrícolas, de titularidad pública, tanto por el impago de las rentas por los subarrendadores como por la extinción del contrato de arrendamiento es confirmada por la *STSJ de Extremadura de 21 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:1374)*. Ahora bien, ahí se contiene una afirmación difícilmente compartible. Se señala que dado que el terreno está calificado como bien de dominio público, el contrato de arrendamiento suscrito es un contrato administrativo sometido a la Ley 9/2017. Ello no resulta correcto, dado que se trata de un contrato patrimonial regido por la legislación patrimonial, y donde las cuestiones atinentes a su ejecución y resolución corresponden a la jurisdicción civil.

La regulación del procedimiento de recuperación de oficio permite su inicio mediante acuerdo del órgano administrativo competente o mediante denuncia de un vecino. Pero en este caso, el ejercicio de la recuperación de oficio de un bien de dominio público local se configura como un deber por parte de la *STSJ de Galicia de 4 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:6787)*, estando obligada a proceder a tramitar y resolver dicho procedimiento (en ese supuesto el carácter demanial había sido afirmado anteriormente por una sentencia judicial). Si no se resuelve por la entidad local, su inactividad material es susceptible de recurso a tenor del art. 29.1 LJCA, conforme a la *STSJ de Asturias de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJAS:2022:2063)*.

Además, y dada la diferenciación procedimental que permite la recuperación de oficio y los bienes patrimoniales, ese es un elemento primordial a determinar, dado que si se trata de un bien patrimonial sólo podrá ejercerse en el plazo de un año. Por ello, si en el inventario de la Administración aparece el bien calificado como patrimonial, no puede luego defender sin justificación alguna que se trata de un bien demanial, como señala la *STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 22 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:TSJAND:2022:13209)*. La *STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:14178)* precisa que el ejercicio de la acción de desahucio de un bien obtenido por expropiación por estar destinado a vial público por parte de un ayuntamiento, aun cuando conste inscrito como bien patrimonial en el inventario de bienes municipales, podrá realizarse en cualquier momento, al tratarse de un bien de dominio público. Expresamente se afirma que «el procedimiento expropiatorio llevado a cabo determina la procedencia del desahucio administrativo sin que deba acudir la Corporación local a un procedimiento civil para la obtención de la posesión del bien expropiado».

En el procedimiento de recuperación de oficio no resulta necesario que se incorpore el Informe previo del secretario municipal, arts. 70 y 71 RBEL, frente a lo exigido para los expedientes de investigación, art. 53 RBEL, y sin que sea de aplicación el art. 221 del Real Decreto 2568/1986, y, por tanto, no sería exigible previo dictamen del secretario, o en su caso de la Asesoría Jurídica y en defecto de ambos, de un letrado dado que aquí no está ante el ejercicio de acciones regulado por los arts. 219 a 221 del Real Decreto 2568/1986, como señala la *STSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 22 de julio de 2022 (ECLI:ES:TSJCL:2022:3208)*. Desde otra óptica, la *STSJ de Extremadura*

de 21 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJEXT:2022:1268), precisa que la Administración no necesita obtener autorización judicial para entrar en la parcela agrícola en explotación que constituye el bien público objeto de la recuperación de oficio, dado que no se trata de un domicilio en sentido constitucional. La *STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2022* (ECLI:ES:TSJCLM:2022:3500), tras señalar que el procedimiento de desahucio se sujeta en la potestad de recuperación de oficio de sus bienes por parte de las Administraciones públicas, analiza el impacto que en el ejercicio de esa facultad tiene el que en la vivienda de titularidad público objeto de desalojo conviva un menor. Al respecto, deniega la medida cautelar de suspensión porque en la ponderación efectuada, los intereses del menor están debidamente protegidos, al residir actualmente en la vivienda del otro progenitor y causar la persona que reside en la vivienda pública relevantes molestias a los vecinos. Incorpora así la doctrina fijada por la *STS de 24 de octubre de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:3968), que requiere la necesaria ponderación y proporcionalidad en el desalojo de un inmueble de titularidad pública, identificando los intereses de menores de edad o personas en situación de especial vulnerabilidad que puedan resultar afectados.

Además debe tenerse en cuenta que, como precisa la *STS de 22 de diciembre de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:4932), si la orden de demolición de una construcción ilegal en un bien de dominio público ha sido confirmada judicialmente, la posterior resolución administrativa dictada para dar cumplimiento a la demolición no puede ser impugnada autónomamente por el interesado para alargar el procedimiento. Al contrario, la determinación de si la ejecución del acto administrativo confirmado judicialmente se acomoda o no a los términos de la sentencia forma parte de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado y, por consiguiente, tales cuestiones habrán de ventilarse en el incidente de ejecución de sentencias sin necesidad de iniciar una nueva impugnación frente a dicha actuación administrativa de ejecución de la sentencia. La no demolición por el interesado o la ejecución de nuevas obras no supone un incumplimiento de un acto administrativo de ejecución de los propios actos de la Administración sino un incumplimiento de una sentencia judicial. La misma doctrina se contiene en la *STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2022* (ECLI:ES:TSJM:2022:11860).

2. EXPROPIACIÓN

2.1. Novedades doctrinales

F. GONZÁLEZ BOTIJA (2022), analiza posibles cambios en los artículos de la actual ley reforzando los mecanismos de control judicial. Desde la perspectiva del Estado de Derecho, propugna la incorporación del análisis coste/beneficio de las medidas expropiatorias y las consecuencias en caso de anulación de la causa. V. M. ESCARTÍN ESCUDÉ (2022), analiza la incidencia de la declaración de lesividad en el procedimiento expropiatorio y sus distintas fases, con especial detenimiento en la fijación del justiprecio por los Jurados Provinciales de Expropiación. Además, analiza la incidencia que presenta en

esa procedimiento de lesividad la intervención de organismos públicos. F. LÓPEZ ALONSO (2022), concluye: i) que una finca rústica arrendada para la construcción de una planta fotovoltaica no puede ser objeto de expropiación para desarrollar en tal finca la misma infraestructura, y ii) que cualquier expropiación debe limitarse a la privación de los bienes estrictamente indispensables para lograr el fin que promueve la actuación expropiatoria. M.^a M. PARDO LÓPEZ (2022), analiza tanto las causas legitimadoras de la expropiación como las peculiaridades procedimentales, tanto en cuanto a los órganos de valoración (una Comisión de expertos), como a los criterios valorativos aplicados y la dualidad de intervenciones (Comisión de Expertos, Jurado de Expropiación).

Dentro del análisis de los criterios de valoración en materia expropiatoria, J. ORTIZ BALLESTER (2022a), concreta el alcance de la noción de renta, real o potencial, de la explotación. Si bien el TRLSRU y el RVLS establecen que la valoración se realizará mediante la capitalización de la mayor entre la renta real y la renta potencial, posibilitando considerar explotaciones en suelo rural ajenas a los tradicionales usos y aprovechamientos siempre y cuando sean probables y se acredite su viabilidad, se da cuenta como la jurisprudencia, cuya tendencia previa a la LS 07 era capitalizar los rendimientos reales y no los potenciales, salvo en supuestos en los que el suelo no estuviera en explotación efectiva, mantiene una línea similar en el actual marco normativo. Así, se mantiene la preferencia por valorar el suelo según su explotación y se condiciona la consideración de cualquier aprovechamiento potencial a que se acredite que es probable y que resulta viable (que existe un mercado para dicha explotación). El mismo autor, J. ORTIZ BALLESTER (2022b), analiza las oscilaciones del legislador en la determinación del tipo de capitalización aplicable y la incidencia de la anulación de diversas determinaciones del sistema normativo TRLRSU y RVLS respecto del suelo rural y las expectativas urbanísticas. Por su parte, un análisis sistemático de los criterios de valoración se contienen en J. A. CHINCHILLA PEINADO (2022). A su vez, C. XIOL RÍOS (2022), analiza la jurisprudencia que determina que para el cálculo de la edificabilidad teórica de los suelos sin aprovechamiento lucrativo debe excluirse del ámbito espacial homogéneo de referencia el suelo afectado a dotaciones públicas.

En materia urbanística, J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2022), analiza las diferentes modalidades de gestión (directa, indirecta o mediante agente urbanizador) de la expropiación urbanística como sistema. En la misma línea, S. M.^a MARTÍN VALDIVIA (2022), estudia la utilización de la figura de la expropiación tanto como sistema de actuación como mecanismo para la obtención de terrenos dotacionales.

2.2. Novedades normativas

El recurso a la expropiación como instrumento se incorpora en diversas normas estatales. La *Ley 26/2022, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 38/2015, del sector ferroviario* (BOE núm. 304, de 20 de diciembre), incorpora (art. 6) que la aprobación del correspondiente proyecto básico o el de construcción de líneas ferroviarias, tramos de

las mismas, estaciones de transporte de viajeros, terminales de transporte de mercancías o de modificación de las preexistentes que requiera la utilización de nuevos terrenos, supondrá la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación y la declaración de urgencia de la misma, a efectos de la expropiación forzosa de aquellos terrenos en los que deba construirse la línea, el tramo, la estación de transporte de viajeros, la terminal de transporte de mercancías o que sean necesarios para modificar las preexistentes, según lo previsto en la legislación expropiatoria. La modificación más relevante se incorpora en la figura de las obras de emergencia. Para estas (art. 6.6) se precisa que el acuerdo de declaración de obras de emergencia en el ámbito de la Red Ferroviaria de Interés General implicará la declaración de utilidad pública y de urgente ocupación, así como la necesidad de ocupación temporal de los terrenos necesarios para su ejecución a efectos de la expropiación forzosa, y no requerirá la realización previa del trámite de información pública, ni el procedimiento de abono del depósito previo y, en su caso, de la indemnización por rápida ocupación para su ocupación temporal, previstos en la legislación de expropiación forzosa. Tras ello, la declaración de emergencia será notificada inmediatamente a los propietarios afectados, ofreciéndoles la valoración de los daños o la correspondiente indemnización por los mismos, siempre que fuera posible evaluarlos o cuantificarla con carácter previo a la ocupación. Se concederá a los interesados el plazo de diez días desde la notificación de la declaración de emergencia para que contesten, únicamente indicando si aceptan o rehúsan la expresada oferta. De aceptarse la oferta expresamente, quedará establecido el justiprecio, procediéndose al pago inmediato del mismo. En caso de rechazo expreso de la oferta o de no recibir respuesta en el plazo establecido, las partes elevarán, en el plazo de veinte días posterior, sus tasaciones fundadas al órgano competente para la valoración, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa, el cual resolverá con carácter ejecutorio en el plazo de diez días. La *Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática* (BOE núm. 252, de 20 de octubre), determina que la realización de las actividades de localización y eventual identificación o traslado de los restos de las personas desaparecidas se constituye en fin de utilidad pública e interés social, a los efectos de permitir, en su caso y de acuerdo con los arts. 108 a 119 de la Ley de Expropiación Forzosa, la ocupación temporal de los terrenos donde deban realizarse.

En el ámbito autonómico, la *Ley 11/2022, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de Cantabria* (BOC núm. 62, de 29 de diciembre), modifica la *Ley de Cantabria 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria*, incorporando una nueva redacción del art. 147, para posibilitar la obtención de terrenos destinados a sistemas generales o dotaciones locales mediante la expropiación, incluido en suelo rural. A su vez, la *Ley 7/2022, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas de Galicia* (DOG núm. 248, de 30 de diciembre), modifica la *Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia* (art. 22.11), que permite el recurso a la expropiación cuando se incumplan las obligaciones que esta ley establece por parte de la persona propietaria del terreno al configurarlo como un supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad. Concreta que ello se

produce si los costes acumulados de la ejecución subsidiaria de los trabajos de gestión de la biomasa que la Administración actuante haya asumido con cargo a su presupuesto, y que no pueda repercutir a aquella por desconocerse su identidad, superen el valor catastral de la parcela. La entidad gestora del Banco de Tierras de Galicia o la Administración que haya asumido esos costes con cargo a su presupuesto tendrá la condición de beneficiaria de la expropiación forzosa y compensará, en el momento del abono del justiprecio expropiatorio, las cantidades adeudadas por la persona propietaria por este concepto, siempre que no hayan prescrito los correspondientes derechos de cobranza a favor de la Hacienda pública. La *Ley 3/2022, de 18 de octubre, de áreas empresariales de Galicia* (DOG núm. 201, de 21 de octubre), determina que la aprobación de los planes estructurantes de ordenación del suelo empresarial conlleva la declaración de utilidad pública o interés social y la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos afectados, para fines de expropiación, de ocupación temporal o de imposición o modificación de servidumbres. Para ello, el plan habrá de contener la descripción física y jurídica individualizada de los bienes y derechos afectados. Además, los decretos de aprobación de los planes estructurantes de ordenación del suelo empresarial pueden declarar urgente la ocupación de los bienes y derechos afectados, a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa. La *Ley 5/2022, de 25 de noviembre, de Medidas de mejora de los procesos de respuesta administrativa a la ciudadanía de Extremadura* (DOE núm. 229, de 29 de noviembre), determina que la calificación de un proyecto como proyecto empresarial de interés autonómico conlleva su declaración de utilidad pública o interés social, así como la de urgencia de la ocupación de los bienes afectados, a los efectos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa (art. 3).

La *Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid* (BOCM núm. 304, de 22 de diciembre), modifica la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo (art. 38), declarando que la aprobación de un Proyecto de Interés Regional, tanto deriva de actuaciones de iniciativa pública como en actuaciones de iniciativa privada, llevará implícita la declaración de la utilidad pública y de la necesidad de la ocupación para la expropiación de los bienes y derechos que resulten afectados y sean necesarios para su ejecución, incluida la de las conexiones exteriores con las redes, sistemas de infraestructuras y servicios generales. Además, cuando tengan encomendada o sean responsables de la ejecución de los Proyectos de Alcance Regional, podrán ser beneficiarios de la expropiación bien las entidades de Derecho público, incluso de carácter consorcial, así como las sociedades públicas que sean directamente promotores o reciban de la Administración promotora la encomienda de la ejecución, bien los particulares promotores y las entidades urbanísticas colaboradoras constituidas entre estos y la Administración actuante. En el ámbito de la Comunidad Valenciana, la *Ley 8/2022, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización* (DOGV núm. 9501, de 30 de diciembre), incorpora dos preceptos nuevos a la *Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana*. De una parte (art. 38 *ter*), si las obras, instalaciones o implan-

tación de usos que deben realizarse en inmuebles en régimen de propiedad horizontal para cumplir el deber de conservación y rehabilitación hacen necesaria la expropiación total o parcial por incumplimiento de los deberes de conservación y rehabilitación o la ocupación temporal de elementos privativos o comunes para la realización de obras para la conservación o rehabilitación de dichos elementos por el tiempo que duren las actuaciones, las personas interesadas a instancia de parte o los ayuntamientos y la Generalitat Valenciana de oficio podrán incoar un expediente a tal fin. Además, se incorpora un nuevo artículo (art. 38 *quinquies*) que respecto de las áreas de regeneración urbana integrada incorpora la implícita declaración de utilidad pública de las actuaciones y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios afectados a los fines de expropiación y de imposición de servidumbres o de ocupación temporal de los terrenos. Por su parte, la *Ley 5/2022, de 29 de noviembre, de residuos y suelos contaminados para el fomento de la economía circular de la Comunidad Valenciana* (DOGV núm. 9482, de 1 de diciembre), la DA 6.^a fija la declaración de utilidad pública y de interés a efectos de expropiación forzosa e imposición de servidumbres del Plan integral de residuos, de los planes zonales y de los proyectos de gestión de residuos.

2.3. Novedades jurisprudenciales

2.3.1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La tutela del derecho de propiedad frente a la expropiación y su adecuación al principio de proporcionalidad, consagrado en el art. 1 del Protocolo Adicional 1.º del Convenio Europeo de Derecho Humanos, es una de las materias donde el TEDH interviene de forma más profusa. Diversas sentencias analizan la figura de una expropiación urbanística en Bulgaria donde la indemnización del terreno expropiado se articula mediante la entrega de una vivienda en un bloque de pisos a construir por la Administración municipal. Producida la expropiación en 1984, las obras de ejecución del edificio la inicia el municipio en 2010, si bien se paralizan en 2010, reiniciándose en 2019. Así, por ejemplo, en la *STEDH de 18 de octubre de 2022, asunto Ignatova, § 13 (ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003995419)*, el Tribunal observa que el municipio nunca abandonó sus planes de construir el edificio donde se encuentra el apartamento del demandante y buscó activamente financiación para completar la construcción. En consecuencia, la demandante y sus herederos no deben ser criticados por su decisión de esperar esa construcción y no buscar soluciones alternativas, como compensación financiera o compensación a través de otros bienes. Para el TEDH, el retraso causado es imputable al ayuntamiento, sin que sea válidamente justificado. La insuficiencia de recursos financieros del municipio en sí mismo no puede justificar una demora tan prolongada. Además, el Tribunal observa que, incluso suponiendo que los herederos de la demandante reciban el piso que se les debe en la segunda mitad de 2022, el hecho es que durante muchos años el solicitante se enfrentó a la incertidumbre y ha tenido que sufrir una carga excesiva.

En materia de criterios de valoraciones y la adecuación de la indemnización al valor de mercado se han dictado dos sentencias relevantes. De una parte, la *STEDH de 9 de junio de 2022, asunto Azzopardi*, § 62 (ECLI:CE:ECHR:2022:0609JUD002200820), considera que la valoración como rústico de un suelo expropiado para un desarrollo urbanístico sobre la base de un nuevo planeamiento debe corresponderse con el valor rústico previo del terreno, ya que la propiedad en principio no incorpora la una expectativa legítima concreta de un futuro desarrollo urbanístico y por tanto no puede valorarse como si el terreno ya estuviese transformado urbanísticamente. Y ello porque la compensación normalmente debe calcularse sobre la base del valor de la propiedad en la fecha en que se produce la expropiación. Y en ese momento, el valor que merece la propiedad expropiada debe ser el que corresponda a su clasificación urbanística en tal momento (*«categorisation or designation of the nature of the land»*), y no sobre la base de su clasificación posterior, atribuida a la misma por la decisión pública. Si se atendiese a las consecuencias del proyecto que motiva la expropiación, la valoración no se correspondería con el contenido del derecho de propiedad (y su posible potencial), posibilitando disparidades en el trato de las personas. Aquí debe tenerse en cuenta que el TEDH rechaza incorporar las expectativas derivadas del nuevo uso cuando el mismo no es «urbano» o se plantea para un uso industrial a ubicar en zona desligada del casco urbano. Es más, cuando la privación de la propiedad se produce en el marco de un proceso de reparcelación o se trata de una expropiación parcial dentro de un ámbito a urbanizar, el aumento de valor del terreno que recibe o retiene el propietario compensa la privación salvo que efectivamente no se produzca la urbanización del ámbito, como indica la *STEDH de 8 de marzo de 2022, asunto Rüşan Uysal*, § 89 (ECLI:CE:ECHR:2022:0308JUD004450214).

2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia

Las reglas de legitimación para recurrir el justiprecio, conforme a la *STS de 22 de septiembre de 2022* (ECLI:ES:TS:2022:3471), determinan que cuando exista un beneficiario de la expropiación, la Administración expropiante no está legitimada para impugnar el acuerdo de justiprecio, que sólo afecta a la relación beneficiario y expropiado. Ahora bien, dicha Administración expropiante sí tiene legitimación para impugnar el justiprecio del Jurado acordado en ejecución de la sentencia, siempre y cuando se haya personado y actuado como parte codemandada, cualquiera que fuese la situación económica del beneficiario en aplicación de las reglas procesales comunes (arts. 109 y 89.1 LJCA, entre otras). El TS reitera la posición y funcionalidad de la figura del beneficiario. La intervención del beneficiario en el procedimiento expropiatorio no altera la titularidad de la potestad expropiatoria, ni las garantías constitucionales que se establecen a favor del expropiado (justiprecio). El ejercicio de esta potestad a favor del beneficiario, permite a la Administración expropiante trasladar a este las obligaciones que su ejercicio comporta respecto del expropiado, y, entre ellas, las que se indican en el art. 5 del Reglamento de Expropiación Forzosa. Pero estas obligaciones las asume el beneficiario

en virtud de la relación que le liga a la Administración expropiante (que ejerce la potestad expropiatoria en su beneficio), y en sustitución de esta, de manera que si aquel incumple sus obligaciones, a quien debe perjudicar es a la Administración expropiante, no al expropiado, cuyas garantías constitucionales no se alteran por la intervención del beneficiario (persona o entidad en beneficio de la cual se ejerce la potestad expropiatoria, pero que no es titular de esta).

En cuanto a la determinación del justiprecio, la *STS de 23 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1251)*, analiza si sí existe concurrencia de conceptos entre los gastos que han de considerarse para el cálculo del coeficiente K y los gastos que sirven para calcular el Vc, o, por el contrario, unos y otros responden a finalidades o criterios de valoración distintos; y, sí, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, es procedente la aplicación de la Orden ECO/805/2003. La respuesta a la primera cuestión resulta del propio texto del art. 22.2 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo. Allí se distingue entre los gastos y beneficio empresarial de la actividad de promoción, que se incluyen en el coeficiente K y los costes de ejecución, gastos y beneficio industrial del constructor, incluidos impuestos y honorarios profesionales relativos a la construcción, distinción entre promoción y construcción que se refleja en la forma de delimitación de ambos conceptos. Respecto de los gastos y beneficio industrial asociado a la actividad de promoción se computan globalmente mediante la aplicación de un coeficiente con carácter general de 1,40, con lo que se persigue una homogeneización que evite valoraciones injustificadamente divergentes, modulando el coeficiente a la baja en 0,20 y al alza en 0,10 cuando se justifique la concurrencia de las circunstancias señaladas expresamente en el propio precepto que afectan a la promoción de que se trate. Mientras que la determinación del valor de construcción no responde a un coeficiente preestablecido sino a la concreción en cada caso de los conceptos que lo componen a que se refiere el precepto. Por lo que respecta a la aplicabilidad de la Orden ECO/805/2003, en la que no se contiene esa precisa distinción de los conceptos que conforman el Vc y el coeficiente K, el TS afirma que el RV incorpora una específica metodología de determinación del valor residual, por lo que no resulta ya de aplicación la Orden ECO/805/2003, que incorpora otros elementos de valoración o los cuantifica de diversa forma.

Respecto de la figura de la consignación, la *STS de 14 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4006)* se enfrenta a la cuestión de si dicha consignación ha de realizarse de manera preceptiva en la Caja General de Depósitos (dependiente de la Administración estatal) o puede realizarse, con los mismos efectos liberatorios, en un organismo similar de la Administración expropiante como es la Caja General de Depósitos del Ayuntamiento de Valencia, en cuanto administración expropiante. La respuesta es rotunda. La consignación del justiprecio fijado con carácter firme en una expropiación forzosa se consigna, conforme a las exigencias legales, en una Caja de Depósitos de la Administración expropiante, con plena garantía a los efectos de los fines de la consignación, notificada a los expropiados, no vicia de anulabilidad el procedimiento expropiatorio. A su vez, la *STS de 3 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1753)* precisa que la falta

de respuesta a la reclamación de los intereses, por demora en el pago de los justiprecios, percibidos por la expropiada a plena conformidad, comporta un supuesto de inactividad administrativa que puede ser impugnada en vía contenciosa, en tanto no prescriba la acción para reclamar dicha deuda, quedando extinguida la deuda una vez haya alcanzado la prescripción, computada desde la fecha en que hayan transcurrido el plazo para dicha respuesta de la Administración, conforme a lo establecido en el art. 29 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esto es, el pago de los intereses, en cuanto que ya están implícitos en el acto de determinación del justiprecio, comprende dicho pago, con la misma fuerza de exigencia que el propio justiprecio. Es decir, cuando la Administración no ejecuta, por ejemplo, un acuerdo de fijación del justiprecio, o la fijación por órgano de valoración, así como si la Administración no atiene dicho pago, existirá una inactividad en relación con el pago del justiprecio, pero también en relación con los intereses de demora de dicho pago. Cuando la Administración expropiante, que ha de someterse a la determinación del justiprecio que se fije por un órgano de otra Administración, consiente el acto en que se determine el justiprecio, es decir, no impugne el acuerdo del Jurado, está implícitamente aceptando dicha determinación y haciendo suya la obligación del pago del justiprecio

La *STS de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4199)*, ante la expropiación de terrenos ubicados en un paraje declarado bien de interés cultural, con categoría de sitio histórico, la competencia para la fijación del justiprecio corresponde a la Comisión que contempla el art. 78 LEF respecto del conjunto que integran el terreno y los bienes (vuelo) que en el mismo se emplazan. Pretender que la inclusión en un Sitio Histórico de unos terrenos no afecta a su valor, es ilusorio, y queda aún más evidenciado en el presente caso: la Administración expropiante pretende su valoración como suelo rural, pero los propietarios pretenden que tiene expectativas urbanísticas. Aunque no es objeto de este proceso, para el TS es obvio que estas expectativas quedan muy condicionadas por el régimen de protección legalmente previsto para estos terrenos, lo que determina que no sea el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, sino la Comisión especial el órgano adecuado para su valoración. A su vez, la *STS de 19 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3743)* reitera que cuando el objeto de la expropiación sea, exclusivamente, un inmueble de titularidad privada, declarado bien de interés cultural (BIC) por estar dotado de valor artístico, histórico o arqueológico (en el caso concreto, una cueva), serán de aplicación los arts. 76 y ss. de la Ley de Expropiación Forzosa y la determinación del justiprecio deberá hacerse por la Comisión de Expertos prevista en el art. 78 de la citada Ley. Sólo si se expropia también el suelo, entrará a valorar este el Jurado Provincial de Expropiación mientras que la Comisión lo hará respecto del inmueble de valor cultural.

3. BIBLIOGRAFÍA

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J.: «Valorización y degradación de los bienes públicos en supuestos legales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022, pp. 181-208.

- CHINCHILLA PEINADO, J. A.: «Artículo 34 Ámbito del régimen de valoraciones. Artículo 35 Criterios generales para la valoración de inmuebles. Artículo 36 Valoración en el suelo rural. Artículo 37 Valoración en el suelo urbanizado. Artículo 38 Indemnización de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización. Artículo 39 Indemnización de la iniciativa y la promoción de actuaciones de urbanización o de edificación. Artículo 40 Valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas. Artículo 41 Régimen de la valoración», en E. SÁNCHEZ GOYANES (coord.), *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015)*, 2022, pp. 1319-1388.
- DE GUERRERO MANSO, C.: «La protección del medio ambiente mediante la utilización de concesiones demaniales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 24, 2022.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V. M.: «La incidencia de la declaración de lesividad en el procedimiento de expropiación forzosa», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2022, pp. 189-216.
- ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M.: «Las aguas desaladas y su configuración jurídica. Particularidades en la cuenca del Segura», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2022.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «Artículo 46. Modalidades de gestión de la expropiación», en E. SÁNCHEZ GOYANES (coord.), *Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (comentario sistemático al Texto Refundido de 30 de octubre de 2015)*, 2022.
- GARCÍA PÉREZ, M.: «Cambio climático y planificación y gestión del dominio público marítimo-terrestre», en J. F. ALENZA GARCÍA y L. MELLADO RUIZ (coords.), *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*, 2022, pp. 481-502.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F.: «La causa *expropiandi* en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954: propuestas de reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, pp. 135-164.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: «Alcance de la afectación y desafectación del dominio público y sus efectos sobre el derecho de reversión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 18, 2022, pp. 156-172.
- LÓPEZ ALONSO, F.: «Expropiación de finca rústica para instalación fotovoltaica», *Agricultura: Revista Agropecuaria y Ganadera*, núm. 1.063, 2022.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «El fundamento del dominio público arqueológico con especial atención a los bienes inmuebles: una propuesta alternativa a la demanialidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 793, 2022, pp. 2561-2616.
- MARTÍN VALDIVIA, S. M.: «La ejecución del planeamiento (II). Expropiación y otras formas de obtención de terrenos dotacionales», en D. J. VERA JURADO y M. REBOLLO PUIG (coords.), *Derecho Administrativo. Tomo V. Urbanismo, ordenación del territorio y medio ambiente*, 2022, pp. 207-232.
- ORTIZ BALLESTER, J.: «La valoración de suelo rural: la determinación de la renta de la explotación», *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 174, 2022a.
- «La valoración de suelo rural: la determinación del tipo de capitalización», *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 176, 2022b.
- PARDO LÓPEZ, M. M.: «La expropiación forzosa de obras de arte», en A. ORTEGA GIMÉNEZ (dir.), *Arte, Derecho y Comercio Internacional*, 2022, pp. 243-260.
- XIOL RÍOS, C.: «Valoración del suelo urbanizado sin edificar: del área de referencia debe excluirse la superficie afecta a dotaciones públicas. Expropiación por ministerio de la Ley», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 2, 2022, pp. 203-210.

Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial*

Héctor IGLESIAS SEVILLANO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1225-2478

Palabras clave: jurisdicción contencioso-administrativa; responsabilidad patrimonial de la Administración; justicia administrativa; responsabilidad patrimonial del legislador.

Keywords: judicial review of administrative action; state liability; administrative justice; state liability for legislative action.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: 2.1. Novedades normativas. 2.2. Jurisprudencia destacada: 2.2.1. Sobre el valor probatorio de los informes técnicos de la Administración. 2.2.2. Medidas cautelares. 2.2.3. Ejecución de sentencias. 2.2.4. Recurso contencioso-administrativo indirecto. 2.2.5. Control judicial de organismos reguladores sectoriales. 2.2.6. Recurso contencioso-administrativo frente al silencio. 2.2.7. Derecho a un doble grado en materia administrativa sancionadora. 2.3. Contribuciones doctrinales.—3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Novedades normativas. 3.2. Jurisprudencia destacada: 3.2.1. Responsabilidad patrimonial y devolución de ingresos indebidos. 3.2.2. Indemnización por

* Fecha de finalización del trabajo: 31 de marzo de 2023. Este trabajo ha sido realizado en el seno del proyecto «La europeización de las sanciones administrativas: la incidencia del derecho europeo en el concepto de sanción, en sus garantías y en su función (PID2020-115714GB-I00)», financiado por la Agencia Estatal de Investigación. El autor es también secretario del CEUTA Pablo de Olavide-UAM, dirigido por Jorge Agudo González.

mal funcionamiento de la Administración de Justicia. 3.2.3. Principio de indemnidad y responsabilidad subsidiaria de la Administración: inexistencia. 3.2.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador. 3.3. Aportaciones doctrinales.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este informe es resumir las principales novedades normativas, jurisprudenciales y doctrinales que se han producido a lo largo del año 2022 y durante el primer trimestre de 2023 en materia de jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Sobre la mesa constan varios asuntos clave que, durante el presente año, afectan a esta cuestión. Tras el protagonismo indudable que en los últimos dos años manifestó la crisis sanitaria provocada por la pandemia del covid-19 y la respuesta normativa de los poderes públicos y su aplicación y control jurisprudencial, da la sensación de que regresan los cauces normales del debate administrativo a los temas clásicos de esta jurisdicción, con importantes excepciones desde luego, donde destaca la STC 70/2022. Así y como se relata a continuación, se han producido numerosos desarrollos normativos y jurisprudenciales ajenos a la crisis, de gran relevancia para los dos temas cubiertos en este informe, sin que aquella deje desde luego de estar todavía presente en los principales foros doctrinales judiciales y académicos.

2. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

2.1. Novedades normativas

En el ámbito de las novedades normativas, el año 2022 ha sido importante para la jurisdicción contencioso administrativa, tanto en lo que respecta a la intervención legislativa, como mediante diversos pronunciamientos del TC a los que es perentorio hacer referencia.

Comenzaremos por las modificaciones legislativas. En primer lugar, los arts. 19.1 y 60.7 LJCA fueron modificados por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Dentro de una serie de modificaciones cuya finalidad, declarada por el propio legislador en la exposición de motivos de aquella norma de reforma, sería «el establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes Administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación», se introducen modificaciones en los dos preceptos mencionados, que entraron en vigor el 14 de julio de 2022, en el sentido que sigue.

El art. 19.1 LJCA, como es sabido, precepto clave que permite identificar a los sujetos legitimados para impugnar la actuación administrativa ante la jurisdicción contenciosa, ve modificada su letra *i*) del apartado 1 por la DF 3.^a1 de la Ley 15/2022, introduciéndose una amplia base de legitimación «para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia». La regla es extensa y compleja y legitima para impugnar ante la jurisdicción contenciosa, en primer lugar, a los propios afectados, que además, serán los únicos legitimados en los litigios sobre acoso sexual y acoso discriminatorio. Fuera de estos casos, y siempre que se cuente con autorización de los afectados, se contempla igualmente la legitimación de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, creada por la propia Ley 15/2022 y descrita en su art. 41 como «una entidad de Derecho público, de las previstas en el art. 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con plena independencia y autonomía funcional respecto de las Administraciones públicas». La ampliación de la legitimación contencioso-administrativa no queda aquí, sino que alcanza también, con autorización, en relación con las personas afiliadas o asociadas a los mismos, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos. Si ya esta segunda es una ampliación de la legitimación verdaderamente debatible, hay que atender al segundo párrafo de este nuevo precepto, pues se afirma que «cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación», la legitimación para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses «difusos» corresponderá, necesariamente y sin que medie afiliación alguna, a la propia Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos «más representativos», y en similares condiciones a las también ya mencionadas organizaciones de personas consumidoras y usuarias de ámbito estatal, y a las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produce la situación de discriminación, siempre que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos. El legislador ha aclarado, no obstante, y quizá debido a la evidente extensión de la legitimación institucional pública y privada que reconoce el precepto anterior, que esta lo es sin perjuicio en todo caso de la legitimación individual de aquellas personas afectadas que estuviesen determinadas, es decir, conforme al criterio clásico del art. 19.1.a) LJCA.

Sin embargo, no es esta la última modificación que se ha llevado a cabo sobre el art. 19.1 LJCA. En la línea de la modificación anterior, se ha añadido una letra *j*) al apartado 1 por la DF 4.^a1 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Su contenido es, sustancialmente, muy similar al del nuevo art. 19.1.i), adaptado eso sí a su nueva materia. Brevemente, se reconoce legitimación procesal ante la jurisdicción contencioso-administrativa «para la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o ca-

racterísticas sexuales», en primer lugar, a los afectados, que de nuevo en los casos de acoso serán los únicos legitimados en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Pero, de nuevo, y siempre que cuenten con su autorización expresa de los afectados, estarán también legitimados «los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias, de acuerdo con lo establecido en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI». De nuevo el legislador da un paso más allá y, en este caso, amplía la legitimación por segunda vez «cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación», pero en este caso lo llamativo es que esta legitimación para una acción «difusa» es sencillamente «exclusiva» para estas organizaciones, «la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias». Lo que resulta claro de los preceptos anteriores es que, en ambos casos, la legitimación sufre una importante extensión a favor de organismos públicos, y también a favor de entidades jurídico-privadas legitimadas por el legislador en función de su ámbito de actuación. Por el contrario, no está claro si, con esta reforma, los particulares protegidos por estas normas cuyos derechos subjetivos e intereses legítimos se vean afectados por la intervención de las Administraciones públicas ven ampliada o mejorada en algún sentido su posición ante la jurisdicción contencioso-administrativa respecto al criterio clásico del art. 19.1.a) LJCA.

Las reformas anteriores han traído asociada también una modificación del art. 60 LJCA, que regula con carácter general los medios de prueba ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Las modificaciones venían impuestas al apartado 60.7, de nuevo, por la DF 3.ª de la Ley 15/2022, de 12 de julio, y luego por la DF 4.ª de la Ley 4/2023, de 28 de febrero. El citado precepto queda como sigue: «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes». Se repite, por tanto, un patrón que ya conocemos, y que

no resulta novedoso, la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo, en este caso, en contra de la Administración (o del sujeto jurídico-privado que actúe en cada caso en su nombre ejercitando potestades públicas) y, a su vez, el protagonismo, en este caso vía informe, de los organismos públicos cuya función es la defensa de los derechos e intereses concernidos en esta materia.

Las modificaciones legislativas no terminan aquí, demostrándose que ha sido un año de intensa actividad del legislador que ha puesto gran empeño en adaptar la LJCA a su también copiosa legislación sectorial, y ha afectado entre otras materias a la competencia jurisdiccional funcional. Así, se modifica el art. 12.1.*b*), por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. El precepto, en su versión actual, consagra la competencia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para conocer de los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado. Parece que se consagra, así, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a los actos y disposiciones emanados de la Fiscalía General del Estado, anteriormente no mencionada en este precepto.

De nuevo en materia de competencia jurisdiccional funcional, se modifican el art. 10.1 y la DA 4.^a por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, de creación y crecimiento de empresas. Se modifica la letra *m*) del apartado 1 y se añade la *n*) por la DF 2.^a1 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Así, queda la siguiente redacción, art. 10.1.*m*): «Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con [...] los actos y disposiciones dictados por las autoridades independientes autonómicas u órganos competentes de las comunidades autónomas referidos en la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», y art. 10.1.*n*): «Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional». Este precepto sustituye, por tanto, al antiguo art. 10.1.*m*). Se comprende la importancia de esta regulación, en todo caso, como manifestación de la política de protección de los denunciantes en materia de corrupción.

Así mismo, se modifica el apartado 5 de la DA 4.^a LJCA por la DF 2.^a2 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, que pasa a quedar redactada en los siguientes términos: «Serán recurribles [...] los actos y disposiciones dictados por la Agencia Española de Protección de Datos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, Consejo Económico y Social, Instituto Cervantes, Consejo de Seguridad Nuclear, Consejo de Universidades, Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. y Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

Se modifican también los arts. 127 *ter*.6 y *quater*.1 y 2, por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Estos extensos preceptos fueron originalmente introducidos en 2013 y forman, junto con el art. 127.*bis*, un complejo procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, constituyendo el Capítulo IV del Título V de la LJCA, dedicado precisamente a los procedimientos especiales.

Este procedimiento fue, originalmente, introducido por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Ahora han sido modificados en diversos aspectos, pero quizá el más relevante es el derivado del art. 127 *quater*.1, que aunque sigue recogiendo extensos poderes para la CNMC en su impugnación de actos y disposiciones administrativas y, en particular, en cuanto a su solicitud de suspensión, estos adquieren carácter excepcional: «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá solicitar en su escrito de interposición la suspensión de la disposición, acto o resolución impugnados, así como cualquier otra medida cautelar que asegure la efectividad de la sentencia. La solicitud de esta suspensión tendrá carácter excepcional y sólo será solicitada en caso de entender que es imprescindible por la especial relevancia del supuesto para la libertad de establecimiento y circulación». El art. 127 *quater*.2 ya no contempla que la suspensión sea automática con la admisión del recurso, sino que «se tramitará en la forma prevista en el Capítulo II del Título VI, una vez admitido el recurso y sin exigencia de afianzamiento de los posibles perjuicios de cualquiera naturaleza que pudieran derivarse. La Administración cuya actuación se haya recurrido podrá solicitar el levantamiento de la suspensión durante el plazo de tres meses desde su adopción, siempre que acredite que de su mantenimiento pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el tribunal ponderará en forma circunstanciada». Se aprecia, en todo caso, que el Ministerio de Economía ha sido uno de los protagonistas de las modificaciones en la LJCA en el año 2022.

Por último, es necesario hacer referencia también a un pronunciamiento clave del TC que ha afectado a la LJCA. Se trata de la Sentencia 70/2022, de 2 de junio, que procedía de la cuestión de inconstitucionalidad 6283/2020, planteada por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con el art. 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, redactado por la DF 2.ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de justicia. Se trata de una de las más polémicas medidas de la era covid-19 que se produjeron en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa, de las que ya se trató en ediciones anteriores del presente informe. En suma, el precepto en su versión redactada por aquella norma atribuía la siguiente competencia a los Tribunales Superiores de Justicia: «Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». Esta norma y su jurisprudencia en los TSJ fue ya analizada en versiones anteriores del presente informe.

Este polémico precepto fue fruto, como es bien sabido, de una copiosa jurisprudencia contradictoria y de un examen doctrinal mayoritariamente desfavorable, que ha acabado por resolverse en su declaración de inconstitucionalidad y consecuente anulación. La STC 70/2022, de la que fue ponente el magistrado Arnaldo Alcubilla, examina los principales argumentos contra esta competencia funcional en términos de los principios cons-

titucionales de división de poderes e independencia judicial, así como de reserva y exclusividad de la función jurisdiccional del art. 117.1 CE. Así, el ponente define la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en términos históricos, tomando referencias de normas del Derecho español derogado y extrayendo de ellas conclusiones constitucionales plenamente vigentes bajo la Constitución de 1978: «La Constitución define con precisión en qué consiste la función o potestad jurisdiccional que reserva a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial en su art. 117, a los que garantiza el ejercicio independiente de esa función. El art. 117.3 CE dispone que la potestad jurisdiccional se ejerce en todo tipo de procesos que, por axioma, deben cumplir las garantías que les son propias (y que la Constitución protege como derecho fundamental en el art. 24.2). Dicha potestad consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, reflejando la fórmula acuñada por la Constitución de Cádiz (arts. 242 y 245) y preservada hasta el ordenamiento constitucional actual por la Ley provisional de la organización judicial de 15 de septiembre de 1870 (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985)» (FJ 6.º).

Para definir el concepto de «potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», en suma, para desarrollar dogmáticamente el art. 117 CE, el TC acude a los dos parámetros clásicos de la definición de conceptos. En cuanto a su extensión, recoge una doctrina ya sentada en su jurisprudencia desde antiguo, tomando como referencia la STC 108/1986, FJ 6.º, donde se nos informa de que: «El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el poder judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla».

Pero lo verdaderamente relevante para comprender las consecuencias que el TC saca de esta construcción es la intensión de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sin duda el aspecto donde la inconcreción de los precedentes menos ayudaba a la formación de un argumento. En este aspecto, afirma el TC que: «Este mandato de exclusividad del art. 117.3 CE impide que ningún otro poder del Estado ejerza la potestad jurisdiccional. Y también impide, en sentido inverso, que los jueces y tribunales integrantes del poder judicial ejerzan potestades públicas ajenas a la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Dicho de otro modo, el principio de exclusividad jurisdiccional es el reverso del principio de reserva de jurisdicción y es corolario de la independencia judicial (arts. 117.1, 124.1 y 127.2 CE)». Esto tiene serias consecuencias para la actividad del legislador porque: «En efecto, el principal rasgo que define a la función jurisdiccional y que la distingue de otras funciones públicas es que ha de ejercerse con independencia y sometimiento exclusivo al imperio de la ley. La independencia es atributo esencial del ejercicio de la jurisdicción, que en exclusiva corresponde a los jueces y tribunales integrantes del poder judicial, y se erige en pieza esencial de nuestro ordenamiento constitucional», y, «por tanto, no puede olvidarse que la previsión contenida en el art. 117.4 CE, aunque matiza el principio de reserva jurisdiccional (art. 117.3 CE), tiende asimismo a asegurar el principio de separación de poderes, lo que excluye una interpretación extensiva de aquel precepto constitucional que conlleve una desnaturalización del Poder Judicial, lo que sin duda acaecería si se entendiese que el legislador puede atribuir a los

jueces y tribunales, en garantía de cualquier derecho, cualquier tipo de función no jurisdiccional, desbordando los cometidos propios del Poder Judicial. Un entendimiento semejante de lo dispuesto en el art. 117.4 CE debe ser descartado, a fin de evitar el desequilibrio institucional que conllevaría la intromisión del Poder Judicial en las tareas constitucionalmente reservadas a otro poder del Estado, con la consiguiente quiebra del principio constitucional de separación de poderes, consustancial al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), como ya se ha señalado» (FJ 7.º).

Ya en tono crítico, el TC no se guarda de formular una advertencia al legislador sobre las consecuencias que su intervención podría tener, potencialmente, sobre el sistema de separación de poderes, y afirma que: «Conviene asimismo tener en cuenta la necesidad de acotar las funciones de los distintos poderes del Estado, a fin de evitar fórmulas de actuación que, al involucrar a un poder en las funciones propias de otro, puedan impedir o dificultar la exigencia de las responsabilidades, políticas o jurídicas, que a cada cual correspondan, comprometiendo con ello el principio de responsabilidad de los poderes públicos, proclamado por el art. 9.3 CE y estrechamente vinculado con el principio de división o separación de poderes». En suma, la consecuencia de todo lo anterior es que «el art. 10.8 LJCA quebranta el principio constitucional de separación de poderes, al atribuir esa norma a los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo funciones ajenas a su cometido constitucional (arts. 106.1 y 117 CE), con menoscabo de la potestad reglamentaria que la Constitución (y los respectivos estatutos de autonomía) atribuye al Poder Ejecutivo (art. 97 CE), sin condicionarla al complemento o autorización de los jueces o tribunales para entrar en vigor y desplegar eficacia, bastando para ello la publicación en el correspondiente diario oficial. La potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución (y por los estatutos de autonomía, en su caso) al Poder Ejecutivo de forma exclusiva y excluyente, por lo que no cabe que el legislador la convierta en una potestad compartida con el Poder Judicial, lo que sucede si se sujeta la aplicación de las normas reglamentarias al requisito previo de la autorización judicial. A los tribunales de justicia les corresponde el control de legalidad de las normas reglamentarias [arts. 106.1, 117.3 y 153.c) CE], pudiendo, en consecuencia, anularlas, o inaplicarlas, cuando las consideren contrarias a la ley (STC 209/1987, FJ 3.º)».

Además de lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad y consecuente nulidad del art. 10.8 LJCA se extiende, por mor del art. 39.1 LOTC, al art. 11.1.i) LJCA, redactado también por la DF 2.ª de la Ley 3/2020. Asimismo se declara inconstitucional y nulo, por conexión o consecuencia el inciso «10.8 y 11.1 i)» del art. 122 *quater* LJCA, introducido por esa misma disposición legal (FJ 8.º).

Cabe añadir a lo anterior que la sentencia del TC cuenta con un voto particular conjunto que formulan los magistrados y magistradas don Cándido Conde-Pumpido Tourón, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel y doña Inmaculada Montalbán Huertas. El argumento central del voto consiste en que, en opinión de los firmantes, la reforma del art. 10.8 LJCA «atribuye a los órganos judiciales una función de control judicial en garantía de los derechos fundamentales que encuentra cobertura constitucional en el art. 117.4 CE, tarea esta que en modo alguno menoscaba

la independencia ni la exclusividad de la función jurisdiccional, y que no afecta a las funciones constitucionalmente atribuidas al poder ejecutivo de un modo que pueda reputarse inconstitucional».

Se oponen, por tanto, a la declaración de nulidad, y en lo que resulta relevante sobre el fondo, discuten la interpretación formulada por la mayoría del art. 117.4 CE, pues: «El art. 117.4 CE se limita a habilitar al legislador para atribuir funciones no jurisdiccionales a los órganos judiciales, con las únicas condiciones de que dicha atribución se realice de modo expreso por la ley (que habrá de ser estatal) y de que tenga por finalidad la «garantía de cualquier derecho». Frente a lo que se sostiene en la sentencia, la atribución de estas funciones de garantía no requiere la previa existencia de una controversia jurídica entre partes individualizadas ni depende *ex art.* 117.4 CE del rol constitucionalmente atribuido al resto de los poderes del Estado, pues estamos ante un precepto que atañe únicamente a las funciones de los órganos judiciales. En su virtud, el constituyente ha dejado a criterio del legislador la decisión de atribuirles o no esas otras funciones de garantía de derechos, decisión que habrá de adoptarse en cada caso con base en razones de oportunidad política que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, sólo al legislador compete apreciar».

Además, tampoco convence a los magistrados discrepantes que «la sentencia deduce de la Constitución una prohibición al legislador de condicionar el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 97 CE) y de menoscabar la eficacia de la Administración (art. 103.1 CE), como sucede cuando se introducen mecanismos de control que demoran la puesta en marcha de medidas cuya eficacia depende de su aplicación inmediata. Paradójicamente, la sentencia no hace alusión alguna a la potestad ejecutiva que la Constitución también atribuye al Gobierno sin condicionamientos (art. 97 CE), con lo que se sugiere, indebidamente, que todas las “medidas” de alcance general a cuya autorización judicial afecta el mecanismo enjuiciado son normas reglamentarias, soslayando el hecho de que pueden también aprobarse bajo la forma de actos administrativos plúrimos». La posición del voto particular es, conviene recordarlo, minoritaria doctrinalmente, pues han sido numerosos los posicionamientos favorables a la declaración de inconstitucionalidad, anteriores a la propia sentencia, del ya anulado art. 10.8.m).

Por último, la STC 3/2023, de 9 de febrero, tenía pendiente la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad 54/2022, planteada por la misma Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación, de nuevo, con el art. 10.8 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de justicia. La sentencia, que tuvo por ponente al magistrado Tolosa Tribiño, se limitó a declarar la pérdida de objeto de la cuestión planteada, por haber sido ya resuelta por la STC 70/2022.

2.2. Jurisprudencia destacada

2.2.1. *Sobre el valor probatorio de los informes técnicos de la Administración*

La STS 597/2022, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 17 de febrero, rec. 5631/2019, ponente: Díez-Picazo Giménez, ha examinado un caso muy singular sobre exportación de obras de arte sometidas a un régimen de protección del patrimonio histórico, que ha servido para revisar además el régimen de la prueba pericial emanada de los propios órganos de la Administración, con un resultado discutible.

En los hechos, el recurrente, varios familiares propietarios de un cuadro del pintor Joaquín Sorolla titulado «Fin de jornada». La Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español informó negativamente dicha solicitud, que seguidamente fue denegada mediante Resolución de la Dirección General de Bellas Artes, de 26 de octubre de 2016, por considerar que el cuadro posee un valor excepcional a los efectos de la legislación sobre el patrimonio histórico español y que, por consiguiente, debe permanecer en territorio nacional. Igual suerte sufrió el recurso de alzada, desestimado por resolución del secretario de Estado de Cultura de 13 de septiembre de 2017.

Es fundamental conocer también que constan en el expediente administrativo dos informes emitidos en 2007 por el director del Museo Sorolla y por el jefe del Departamento de Pintura del Siglo XIX del Museo Nacional del Prado, con ocasión de una anterior solicitud de exportación temporal con posibilidad de venta referida al mismo cuadro, que fue concedida. En su recurso contencioso-administrativo, la parte recurrente aporta igualmente informes periciales en los que, sustancialmente, se concluye que «los méritos del cuadro son innegables, mas no excepcionales en el contexto de la obra del artista». Como consecuencia, solicitan se anule la resolución denegatoria de exportación de la obra dictada en alzada por el secretario de Estado de Cultura y se autorice tal operación.

La sentencia, resuelta en casación frente a una sentencia anterior de la Sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tiene como elemento central el problema de la discrecionalidad de la Administración en la valoración de la prueba y el valor probatorio de la prueba pericial emitida por órganos administrativos en contraposición a la emitida por particulares, tanto en el procedimiento administrativo como, especialmente, en el contencioso-administrativo. Respecto a esta última cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid había alcanzado la sorprendente conclusión de que deben valorarse preferentemente los informes periciales emitidos por la propia Administración, asumiendo —muy discutiblemente— su carácter independiente.

Así, afirma la sentencia que «no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de

la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que —aún habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa— trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa. A este respecto hay que recordar que, entre las causas de tacha de peritos no designados judicialmente, el art. 343 LEC incluye «estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores». Y el art. 344 del propio cuerpo legal dispone que «la tacha debe ser tenida en cuenta al valorar la prueba pericial. Pues bien, mientras que el funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa está manifiestamente en situación de dependencia, el lazo es menos acusado en el otro supuesto. Precisar y ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir es algo que, sin duda, debe hacer el juzgador» (FJ 7.º).

En el caso concreto, esto se concreta en una jurisprudencia loablemente tuitiva del TS, «el presente recurso de casación debe ser acogido, pues la sentencia impugnada no ha observado la exigencia establecida en el art. 348 LEC de valorar los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica. Tal como se indicó al exponer los antecedentes del asunto, la sentencia impugnada no hace ningún análisis comparativo de los argumentos desarrollados en los distintos informes y dictámenes recogidos en las actuaciones. Sin cuestionar la capacitación técnica de sus autores, basa su decisión fundamentalmente en una pretendida “mayor objetividad e imparcialidad” de los expertos al servicio de la Administración. Y esto, como se ha visto, no es lo que la ley requiere. La sentencia impugnada habría debido examinar la mayor o menor solidez de cada uno de los dictámenes periciales, teniendo en cuenta sus fuentes, su desarrollo expositivo, e incluso el prestigio profesional su autor. Limitándose a decir que cuando concurren un experto privado y uno de la Administración debe darse mayor credibilidad a este último, la sentencia impugnada no sólo no aporta una motivación suficiente del modo en que se ha formado su convicción sobre los hechos, sino —lo que es peor— termina por otorgar implícitamente el carácter de prueba tasada o legal a los dictámenes e informes provenientes de la Administración» (FJ 8.º). Así, concluye el TS que deben devolverse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia a fin de que —con práctica de diligencias finales si lo estimare pertinente— dicte nueva sentencia, ajustándose en la valoración de la prueba a cuanto ha quedado anteriormente expuesto.

2.2.2. *Medidas cautelares*

El ATS 3787/2022, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 21 de marzo, rec. 272/2022, ponente: Requero Ibáñez, concede una solicitud de medidas cautelares en la impugnación de la Orden JUS/133/2022, de 26 de febrero, publicada en el *BOE* del pasado 1 de marzo, que ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de fe-

brero de 2022, por el que se comunica al Congreso de los Diputados la propuesta de candidatos a ocupar la Presidencia y la Adjuntía de la Agencia Española de Protección de Datos.

El auto es relevante tanto sustantivamente como por los argumentos que introduce como pautas para la adopción de medidas cautelares. Primeramente, la resolución judicial deniega la solicitud de medidas cautelarísimas en la impugnación de la misma resolución en autos anteriores de 16 de marzo de 2022. En lo que nos interesa, este Auto de 23 de marzo concede la medida cautelar ordinaria en atención a dos criterios principalmente, la ponderación de interés general, dentro de la cual se considera prominente la defensa de la integridad del procedimiento administrativo aplicable, y el *periculum in mora* que implicaría permitir la consecución del nombramiento; mientras que se mantiene un criterio dubitativo en lo que respecta al *fumus boni iuris*.

De forma clave, afirma el auto que: «En el caso de autos consideramos que la pretensión cautelar presenta indiciariamente un fundamento de fondo serio y atendible. En los anteriores Fundamentos de Derecho hemos expuesto que, en coherencia con la condición de la AEPD como Administración independiente, la vigente normativa regula un procedimiento de selección concurrencial, público y transparente; también y como hecho notorio, que un mes y cuatro días antes de convocarse ese procedimiento selectivo se pactó, luego de hecho, se designó y eligió a quien ocuparía la Presidencia y la Adjuntía de la AEPD. La consecuencia es que al apartarse del procedimiento, alterándolo de raíz hasta el punto de transformar la fase de ratificación parlamentaria por otra de elección, se ha actuado como si no existiese la vigente normativa y que, además, se ha procedido de moda que podría prestarse a dar cobertura formal a una designación ya hecha al hacerse la convocatoria. Es, por tanto, preciso suspender un acto viciado de raíz que desconoce el derecho fundamental del recurrente a acceder a un cargo en condiciones de igualdad desde el momento en que, en puridad, no hay tal proceso sino mera apariencia, con afectación al derecho del recurrente al procedimiento debido para el acceso a un cargo público de especial relevancia» (FJ 5.º).

2.2.3. Ejecución de sentencias

La STS 481/2022, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 9 de febrero, rec. 7128/2020, ponente: Herrero Pina, ha venido a marcar un hito en la ejecución de sentencias. El problema de fondo no es otro que uno ya recurrente en la jurisprudencia, la nulidad de las licencias urbanísticas concedidas para la construcción de una urbanización de lujo en una zona de protección de aves en Extremadura, la Isla de Valdecañas. El asunto había pasado ya, en diversos momentos, tanto por el TS como por el TC, que en su STC 134/2019 declaró inconstitucional y contraria a la normativa básica estatal la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura en determinados de sus preceptos, que venían a legalizar la transformación urbanística del espacio natural protegido en calidad de zona de protección de aves.

La compleja discusión de ejecución se centra en dos puntos: determinar si existe, de una parte, alguna causa de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia, y segundo, si existe alguna causa de imposibilidad material de ejecución. Ambas preguntas deben ser respondidas negativamente. Así, denegando los argumentos de la Sala de instancia, afirma la sentencia que «la apreciación de la Sala de instancia sobre la falta de incidencia de lo construido en el medioambiente —que en la medida que responde a la valoración de la prueba no cabe revisar en esta casación— no puede considerarse, a los efectos del art. 105.2 LJCA, causa de imposibilidad material de ejecución en relación con las actuaciones de transformación urbanística ya realizadas y en funcionamiento, pues, por el contrario y como se señala por el TC, la consumación de la transformación urbanística no preserva sino que cambia el destino del suelo objeto de la urbanización; como tal, la urbanización implica siempre una grave alteración y supone una reducción *de facto* de la superficie protegida; no cabe prever la transformación urbanística allí donde meramente lo permita la evaluación ambiental y, por la misma razón, no puede servir de justificación para mantener una transformación urbanística consumada; y tampoco que la zonificación del espacio protegido incluya núcleos urbanos, que, como señala el TC, no es el caso de terrenos en “estado natural” que, habiendo sido ya incluidos en la Red Natura 2000, justamente para preservar sus valores ecológicos, se permita que sean sometidos *ex novo* a un proceso de transformación urbanística, con lo que esto conlleva para dichos valores. A estas razones que impiden compartir el planteamiento de la Sala de instancia, ha de añadirse que con ello se consolidaría una transformación urbanística cuya ilegalidad afecta a intereses públicos tan relevantes como la ordenación urbanística y la protección del medioambiente, que determinaron los pronunciamientos judiciales que son objeto de ejecución» (FJ 4.º).

Así, concluye el TS que: «En consecuencia, no apreciándose la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad material de ejecución de las Sentencias de 9 de marzo de 2011 en relación con las actuaciones de transformación urbanística ya construidas y en funcionamiento, procede estimar este recurso, casando y dejando sin efecto los autos recurridos de 30 de junio y 21 de septiembre de 2020 en cuanto acuerdan: “La conservación del hotel, viviendas, campo de golf e instalaciones que actualmente están construidas y en funcionamiento”, que deberán ser demolidas como el resto de las obras e instalaciones a que se refiere el punto III de la parte dispositiva del Auto de 30 de junio de 2020, aplicando y adaptando los criterios establecidos al efecto en los núms. 2, 3 y 4 de este punto III a la ampliación de la demolición que aquí se acuerda» (FJ 6.º).

2.2.4. *Recurso contencioso-administrativo indirecto*

La STS 3296/2022, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 28 de julio, rec. 6900/2020, ponente: Arozamena Laso, plantea la cuestión de determinar si es posible impugnar indirectamente un plan de ordenación territorial o sectorial, con ocasión de la impugnación directa de un instrumento de ordenación urbanística, que reproduce las determinacio-

nes establecidas en aquellos. A lo largo de la sentencia, no queda del todo aclarado si la relación entre ambos instrumentos es meramente competencial o si, por el contrario, es verdaderamente jerárquica.

La conclusión del TS en este aspecto es que: «Para que pueda prosperar la impugnación indirecta es necesario que el vicio de nulidad no sólo exista en la disposición impugnada indirectamente (PTETLP, en este caso) sino que, además, dicha causa de nulidad tenga tal naturaleza o contenido que implique la necesaria nulidad del acto o disposición directamente impugnado, es decir, que exista una conexión directa del vicio de nulidad [...] la impugnación directa contra las normas subsidiarias. En el bien entendido que la citada impugnación indirecta del Plan General no puede tener la misma naturaleza que la impugnación directa, pues ha de estar vinculada, o en conexión directa, con la norma o acto de aplicación que se impugna en el recurso contencioso-administrativo y los vicios de nulidad que se le atribuyen. Dicho de otro modo, el vicio o defecto que se atribuye al acto o norma impugnada directamente ha de proceder, o tener su origen, en la norma de cobertura impugnada indirectamente, de modo que la impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier otra infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado. En este caso el vicio denunciado en el PTETLP no tiene esa vinculación o conexión directa con el Plan General de Ordenación en la medida que dicho Plan General sí ha sido sometido en su integridad —incluidas las determinaciones de contenido turístico— a la correspondiente evaluación ambiental, por lo que no procede la “contaminación” o extensión del vicio de la que se habla en el recurso. Además el recurrente no discute ni impugna la evaluación ambiental del Plan General ni en cuanto a su contenido ni en cuanto a su procedimiento» [FJ 3.ºf)].

Así mismo, en cuanto al vicio de fondo añade el TS, recordando su jurisprudencia más reciente, que «el vicio imputado no podría, en su caso, determinar la nulidad de todo el Plan General de Ordenación». El recurso no está orientado hacia la impugnación concreta de determinaciones turísticas del Plan General, ni por razón de la materia ni del espacio territorial afectado. En consecuencia, sus efectos no alcanzarían a todo el documento de planeamiento sino sólo a aquellas concretas determinaciones relacionadas con el defecto imputado.

Así frente a la doctrina que imponía la nulidad de todo el plan de ordenación urbanística ante la detección de concretos vicios de nulidad al tratarse de una disposición de carácter general, debe atenderse a la jurisprudencia seguida por esta Sala, así STS de 3 de julio de 2007 (rec. núm. 3865/2003), y posteriormente STS de 18 de mayo de 2016 (rec. núm. 635/2015), que ha terminado estableciéndose como la actual doctrina jurisprudencial sobre la materia, así STS 318/2020, Sección 5.ª, de 4 de marzo (RCA 2560/2017) que responde así a la cuestión de interés casacional planteada: «Con carácter general y en abstracto, puede contestarse a la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia lo siguiente: Nada impide, atendida la vigente normativa y la jurisprudencia de esta Sala, concretar la nulidad de pleno derecho del art. 62.2 de la Ley 30/92 (hoy art. 47.2 de la Ley 39/2015), en relación a un procedimiento de actuación urba-

nística, a las precisas determinaciones afectadas del vicio de nulidad de pleno derecho, y quedado a salvo aquellas determinaciones concretas del planeamiento que carezcan de las características de infracción relevante de nulidad, y sea posible su existencia escindida de las determinaciones nulas de pleno derecho» [FJ 3.ºg)].

2.2.5. *Control judicial de organismos reguladores sectoriales*

La STS 1040/2022, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 20 de julio, rec. 1071/2021, ponente: Espín Templado, contempla un peculiar caso de alcance en el control jurisdiccional de los requerimientos de información y transparencia de la CNMC en ejercicio de sus funciones de supervisión y control en el sector ferroviario, pero con conclusiones potencialmente extrapolables a otros sectores. El objeto se ciñe al examen, «en particular, respecto del control de la justificación y proporcionalidad de dichos requerimientos o de la proporcionalidad de las concretas obligaciones de transparencia (publicación de tablas y fórmulas) impuestas por la autoridad reguladora».

En lo que resulta relevante, el TS se enfrenta en este caso a una doble toma de posición, primero en el caso concreto, y segundo, con carácter general. Sobre la primera cuestión, parece que considera que el requerimiento que suscita el proceso jurisdiccional era, en realidad, razonable, y así afirma que: «En efecto, si la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene encomendado como función principal en el sector ferroviario supervisar y controlar “el correcto funcionamiento de sector ferroviario y la situación de competencia en los mercados ferroviarios”, “salvaguardar la pluralidad de la oferta en la prestación de los servicios sobre la Red Ferroviaria” y “garantizar la igualdad entre empresas” en el sector, no parece que sea desproporcionado el que requiera a Renfe en el resuelve primero proporcionar con periodicidad anual (aparte de la inicial en dos meses) los datos sobre la utilización del material rodante, pues tales datos parecen relevantes, si no imprescindibles, para que el supervisor pueda verificar el buen funcionamiento del sector tanto desde la perspectiva de la optimización del uso de los recursos, como su utilización y demanda por las diversas empresas que operen en el sector y la situación de competencia entre las mismas, entre otros parámetros» (FJ 4.º).

Ahora bien, es perentorio atender también a la doctrina general que se sienta en el presente caso. El TS aclara entonces que, en realidad, esta prerrogativa atribuida a la CNMC no es ilimitada. «A tenor de las consideraciones expuestas el examinar y resolver el litigio entablado entre las partes, hemos de declarar que en ámbitos económicos complejos el control judicial puede pronunciarse sobre la adecuación, proporcionalidad y, en su caso, sobre la necesidad de las medidas relativas a los requerimientos de información y transparencia acordados por el supervisor, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en este caso. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la imposibilidad existente en muchos casos de efectuar afirmaciones taxativas sobre la exigencia de necesidad de determinadas medidas, de exigencia de información o transparencia, que necesariamente se mueven en un entorno económico incierto en el que deben ponderarse por un

lado las funciones y facultades del supervisor y, por otro, las exigencias de racionalidad económica de las empresas afectadas por los requerimientos del supervisor» (FJ 5.º).

2.2.6. *Recurso contencioso-administrativo frente al silencio*

En los últimos días de redacción del presente informe ha causado cierto revuelo la STS 280/2023, Sala 3.ª, Sección 2.ª, de 7 de marzo, rec. 3069/2021, ponente: Navarro Sanchís, a pesar de no ser enteramente novedosa. En los hechos, el recurrente interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud de devolución de ingresos indebidos en concepto de IBI de los ejercicios 2011 a 2015 presentada ante la Administración competente, el Ayuntamiento de Valladolid. El Juzgado de Primera Instancia atiende la petición del recurrente y estima el recurso, condenando al ayuntamiento, que recurre en apelación ante el TSJ de Castilla y León, obteniendo la estimación parcial del recurso.

En casación, la cuestión a dilucidar queda delimitada en los siguientes términos: «Determinar si procede declarar la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por falta de agotamiento de la vía administrativa *ex art. 69.b*), en relación con el art. 25.1 LJCA, cuando el objeto del mismo fuera una resolución presunta, al no haber dictado acto expreso la Administración en el plazo previsto en la normativa de aplicación y, en particular, cuando se impugne una desestimación presunta de una solicitud de ingresos indebidos instada frente a una entidad local sobre la que no se hubiera agotado la vía previa, al no haberse impugnado en la vía económico-administrativa local. Aclarar qué conducta resulta exigible al recurrente que ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una solicitud de devolución de ingresos indebidos, en caso de que la Administración dicte resolución expresa una vez iniciadas las actuaciones judiciales en la que se indique que la misma no pone fin a la vía administrativa. En particular, si está obligado a desistir del recurso contencioso-administrativo y agotar la vía administrativa con la interposición del recurso procedente».

El FJ 3.º de la sentencia recoge, y citamos textualmente su expresivo título, el «juicio del Tribunal, con fundamento en la reiterada y constante jurisprudencia de las diversas secciones de la Sala». Efectivamente, recoge una copiosa jurisprudencia que establece que «el principio de tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE “impide que pueda invocarse la falta de agotamiento de la vía administrativa previa cuando la propia Administración ni dio respuesta a la petición deducida por el particular ni indicó, por tanto, al interesado la orientación procesal necesaria, infringiendo con ello, como señaló la STS de 11 de noviembre de 1988, no sólo el deber de resolver que tiene la Administración, sino el de notificar los recursos procedentes; entenderlo de otra forma implicaría primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales” —STC de 21 de enero de 1986—» (STS de 13 de febrero de 1991).

«En consecuencia, en el caso que nos ocupa, había “que pronunciarse sobre si se agotó la vía administrativa antes de recurrir a la jurisdiccional y si tal requisito procesal constituye una formalidad ritual y literalista que debe rechazarse en aras de la tutela judicial efectiva” (STS de 29 de septiembre de 1993)» (FJ 3.º1).

La misma contundencia muestra el TS cuando se le plantea la posibilidad de que sea necesario ampliar el recurso en el caso de que, efectivamente, la Administración haya resuelto el procedimiento, fuera de plazo, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo. «En cualquier caso, es continua y abundante la jurisprudencia que también declara que es innecesario ampliar al acto expreso tardío desestimatorio, posterior a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de que pueda hacerse, salvo en el caso, no concurrente, de que el acto expreso modificase en algo el deducible de la desestimación presunta por silencio.

En cualquier caso, de la amplia doctrina de este TS, inspirada en buena parte en la del TC sobre el art. 24 CE, carecería de sentido, tanto ampliar el recurso, como permitir el agotamiento de la vía, mediante una reclamación económico-administrativa municipal, una vez que el asunto ya está en manos de los Tribunales, precisamente por razón del incumplimiento del deber de resolver por parte del ayuntamiento.

Sobre el desistimiento, no constituye un acto procesal obligado o debido, sino voluntario del recurrente. El agotamiento de una vía previa cuando ya no sería, obviamente previa, para demorar aún más el acceso a la jurisdicción en que ya se encuentra el propio interesado, que en fase de casación ya ha obtenido respuesta judicial, no sería sino un acto sin sentido o finalidad procesal alguna y generador de (más) dilaciones indebidas» (FJ 3.º4).

2.2.7. *Derecho a un doble grado en materia administrativa sancionadora*

Por último, merece la pena detenerse a mencionar, al menos, la continuidad de una jurisprudencia del TEDH que afecta profundamente a la jurisdicción contencioso-administrativa española. En ediciones anteriores del presente informe se hizo profusa referencia a la fundamental sentencia *Saquetti c. España* (STEDH de 30 de junio de 2020). En la sentencia *Kindlhofer c. Austria* (STEDH de 26 de octubre de 2021), se reiteró este criterio, si bien no se declaró incumplimiento alguno del Convenio de Roma en el caso concreto. En este supuesto, el TEDH, contrastando expresamente con el caso *Saquetti*, considera que la sanción por omitir informar sobre un accidente de tráfico, 200 euros de multa, aunque llevaba aparejada subsidiariamente la pena de prisión de varios días, no era lo suficientemente grave como para exigir en su plenitud la garantía de doble instancia en materia penal del art. 6 y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio. La sentencia cuenta con un voto particular discrepante.

2.3. Contribuciones doctrinales

Las cuestiones clave sobre jurisdicción contencioso-administrativa han suscitado, de nuevo, un importante debate doctrinal, que pasamos a analizar a continuación. La más importante y que ha recibido una atención más detallada ha sido la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de funciones de autorización de las medidas autonómicas de control sanitario durante la crisis del covid-19. Un trabajo en la línea de la STC 70/2022 que es preciso destacar es J. AGUDO GONZÁLEZ, «Las funciones de los órganos judiciales a debate. Cuando circunstancias extraordinarias —la pandemia de la covid-19— amenazan lo permanente —la separación de poderes—», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 126, 2022, pp. 49-88.

Por otra parte, la STEDH *Saqueti Iglesias c. España* sigue dando lugar a una incesante doctrina, entre la que podemos destacar el trabajo de G. CARO HERRERO, «El problema del derecho de reexamen en el orden contencioso-administrativo: análisis de los casos *Saqueti Iglesias c. España* y *Flensburg*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022, pp. 157-17.

Continúan interesando, además, los temas habituales sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, empezando por la teoría general, donde destacan trabajos como los de J. DELGADO BARRIO, «Los principios generales del Derecho en la práctica jurisdiccional», *Revista de Administración Pública*, núm. 219, 2022, pp. 11-20, y G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El control judicial de la Administración ante algunas cuestiones problemáticas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022, pp. 13-24. También se han examinado aspectos parciales como las causas de nulidad procesal en L. A. BALLESTEROS MOFFA, «Causas de nulidad procesal: una revisión de la teoría de las identidades en el orden contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 218, 2022, pp. 13-62; o la valoración de las pruebas, en J. IGARTÚA SALAVERRÍA, «Valoración de las pruebas: Algunos tópicos a revisar en la cultura probatoria de nuestra jurisdicción contenciosa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 122, 2022, pp. 79-117.

Los problemas de ejecución, especialmente en el ámbito ambiental, como ya hemos visto en la relación de jurisprudencia, continúan interesando por irresueltos, planteándose soluciones que den respuesta a esta carencia. De esto es ejemplo el trabajo de J. L. BERMEJO LATRE, «La ejecución sustitutiva de sentencias contencioso-administrativas en materia ambiental», *Revista Aragonesa de Derecho Administración Pública*, núm. extra 23, 2022, pp 117-143.

Es reseñable también la reciente publicación de una monografía sobre el recurso de apelación, O. BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 2023.

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. Novedades normativas

Durante el último año no se ha producido ninguna reforma normativa relevante desde el punto de vista del régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración.

3.2. Jurisprudencia destacada

3.2.1. *Responsabilidad patrimonial y devolución de ingresos indebidos*

La STS 256/2022, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 1 de marzo, rec. 1651/2019, ponente: Huerta Garicano, suscita una interesante cuestión sobre la compatibilidad o alternatividad entre la responsabilidad patrimonial del Estado y los mecanismos tributarios de devolución de ingresos indebidos. En los hechos, la recurrente era propietaria de unos terrenos declarados urbanizables por un Plan Parcial del Ayuntamiento de Valladolid anulado posteriormente por sentencia judicial, lo que suscitó la clasificación de los terrenos como suelo rústico común. La mercantil recurrente reclamaba, en primer lugar, por vía de devolución de ingresos indebidos, el correspondiente IBI de los ejercicios 2013 a 2016, solicitud desestimada por la Administración pero estimada en su impugnación contenciosa. En la misma fecha, presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por las liquidaciones del IBI los periodos impositivos 2010 y 2011 y 444.270,40 euros por gastos de elaboración del Plan Parcial, «que al ser anulado han devenido inútiles».

El TS responde, en lo que respecta a esta segunda reclamación, lo siguiente: «La solicitud de abono del importe satisfecho en liquidaciones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, giradas al amparo de una norma urbanística que ha sido declarada nula, ha de realizarse a través de los instrumentos establecidos en la legislación tributaria. Excepcionalmente, cuando por circunstancias ajenas al reclamante, no sea viable la utilización de estos específicos mecanismos de impugnación, cabrá su reclamación por vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre, claro está, que se cumplan todos los requisitos legalmente establecidos. En este caso, y, sin perjuicio de reconocer la viabilidad de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada dado que, en la fecha que alcanzó firmeza la sentencia que anulaba el plan, había transcurrido el plazo de prescripción previsto en la legislación tributaria para instar la devolución de esas liquidaciones, las concretas circunstancias que concurren en el caso enjuiciado, llevan a la desestimación del recurso por no ser antijurídico el daño sufrido».

3.2.2. *Indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia*

La SAN 2018/2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, rec. 1433/2019, ponente: Méndez Canseco, regresa sobre el problema de la indemnización

por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en un caso ya recurrente de adopción de medidas preventivas privativas de libertad, así como retirada de pasaporte y otras, seguidas de la libre absolución. Este asunto es especialmente contencioso, como es sabido, desde la anulación parcial de dos incisos del art. 294.1 LOPJ por la STC 85/2019, de 19 de junio. El precepto queda entonces redactado, como es sabido, en los siguientes términos: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Como es conocido, se ha planteado el debate de si el anterior precepto, así redactado, establece una responsabilidad cuasi-objetiva, o si lo correcto sería evaluar cada caso con los criterios clásicos de la responsabilidad por daños.

Aunque pareciera más lógica la segunda opción, una interpretación literalista de los tribunales ha hecho que prevalezca la primera. Este es el caso de la citada sentencia de la Audiencia Nacional, que reitera estos argumentos: «En lo relativo a la indemnización por el tiempo de prisión padecido, según lo previsto en el art. 294 LOPJ, tras su interpretación por el tribunal constitucional y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS al efecto, y a la que más arriba nos hemos referido, para resolver acerca de la procedencia de la indemnización solicitada debemos tener en cuenta que el art. 294.2 LOPJ establece, respecto de los casos de prisión preventiva indebida, que «la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido», pudiendo concluirse que tales criterios son aplicables a los restantes casos de privación indebida de la libertad».

3.2.3. *Principio de indemnidad y responsabilidad subsidiaria de la Administración: inexistencia*

La STS 290/2022, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 8 de marzo, rec. 8364/2021, ponente: Requero Ibáñez, recupera un asunto de interés que ya se trató en extensión en la edición anterior del presente informe, la posible responsabilidad patrimonial subsidiaria de la Administración en casos de insolvencia del responsable civil (y, a menudo, también penal) causante de las lesiones sufridas por un agente de la autoridad en acto de servicio. En este caso, se trataba de un funcionario de prisiones dependiente del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña que «sufrió lesiones a causa de una caída al resbalar al entrar en la celda donde un interno estaba dando problema». Condenado inicialmente el preso y declarado insolvente, el recurrente se acoge a la vía de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

El TS reitera su doctrina, negando toda responsabilidad patrimonial de la Administración en este caso, y recupera de nuevo su jurisprudencia consolidada en esta materia: «De lo expuesto se deduce que si los funcionarios de instituciones penitenciarias directamente encargados de la seguridad interior de los establecimientos están apoderados para el empleo de medios coercitivos, se daría en ellos la misma razón que hemos declarado

para garantizar la indemnidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: se enfrentan a situaciones potencialmente violentas de cuyas consecuencias lesivas deben estar protegidos desde el principio de indemnidad. Sin embargo, esto no significa que deban ser resarcidos en virtud de ese principio de indemnidad y no porque no sea razonable lo pretendido, sino por las siguientes razones: [...] el reconocimiento de esa indemnización implicaría una innovación normativa, lo que no procede desde el momento en que la relación funcionarial es, por definición, estatutaria [...]. En consecuencia y a los efectos del art. 93.1 LJCA, declaramos que la Administración no tiene la obligación de responder administrativamente de las lesiones y perjuicios sufridos por los funcionarios de instituciones penitenciarias, como consecuencia de acciones ilícitas cometidas por los internos y sobre los que ejercen, sin dolo o negligencia, las funciones que son propias de su cargo» (FJ 5.º).

3.2.4. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

Pero, sin duda, la resolución jurisdiccional que en el año 2022 ha sacudido los cimientos mismos del sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado ha sido la STJUE (Gran Sala) *Comisión c. Reino de España*, C-278/2020, de 28 de julio de 2022, que tenía por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al art. 258 TFUE, el 24 de junio de 2020, por la Comisión Europea contra España. El objeto del recurso era claro, «la Comisión Europea solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los principios de efectividad y de equivalencia al adoptar y mantener en vigor los arts. 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo 2.º, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, p. 89411; en lo sucesivo, «Ley 40/2015»), y el art. 67, apartado 1, párrafo 3.º, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, p. 89343; en lo sucesivo, «Ley 39/2015»)» (FJ 1.º). En suma, que declare que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por lesiones patrimoniales consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea es contrario a los principios de efectividad y equivalencia y, por tanto, al Derecho europeo.

Esta resolución vino precedida en 2021 por las Conclusiones del Abogado General Szpunar en el asunto *Comisión c. España* (C-278/2021), que ya fueron examinadas en el informe correspondiente del pasado año y en las que no vamos a detenernos. En suma, valga recordar que el Abogado General proponía entonces en su informe sobre este mismo caso declarar que el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por lesiones derivadas de normas contrarias al Derecho europeo era contrario al principio de efectividad, pero no al principio de equivalencia. El TJUE hace suyas, en términos generales, estas conclusiones. La estrategia de la defensa de España parece centrada, en realidad, en advertir del «efecto contagio» que este tipo de crítica podría tener sobre

el conjunto del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, y en el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa española que, según este argumento, estaría siendo soslayado por la Comisión en sus argumentos. Esta débil defensa postula así que: «En cualquier caso, la Comisión no puede cuestionar, basándose en el principio de efectividad, el modo mismo en el que se configura el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento jurídico español, que no establece una acción directa de responsabilidad contra el Estado que pueda ejercitarse ante un juez» (FJ 51).

Por contra, queda pronto establecido en la sentencia que: «En cuanto a los requisitos para que el Estado incurra en responsabilidad por los daños causados a los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables, el Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma infringida del Derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por esos particulares» (FJ 31). Aunque esta jurisprudencia es la que inspira, en parte, al legislador español del art. 32.3 a 6 LRJSP y, de hecho, constituye el principal argumento por el que tanto el Abogado General como la Gran Sala rechazan declarar la violación del principio de equivalencia, es indudable que estos requisitos se incrementan con mecanismos formales adicionales que, en suma, vienen a reforzar el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, «procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada». El problema, en suma, es precisamente la rigidez de la jurisdicción revisora. El TJUE no afirma en ningún momento que la responsabilidad patrimonial por aplicación de normas contrarias al Derecho europeo exija la instauración de una jurisdicción contencioso-administrativa de pretensión ni un régimen de responsabilidad civil del Estado, pero es evidente que con estos elementos el problema no existiría, por lo que la defensa de España sin duda estaba en lo cierto cuando auguraba el desequilibrio sistémico que traería consigo esta declaración de incumplimiento. El problema es que este no es argumento frente al Derecho europeo, como es lógico.

El resto de argumentos de la defensa de España tampoco podían prosperar, tales como «obtener una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, tal como se regula en los citados apartados 4 y 5, es sólo un remedio específico y residual que se ofrece a los particulares que, habiendo recurrido, han obtenido una sentencia desfavorable que no ha tenido en cuenta, respectivamente, la inconstitucionalidad o la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la norma» (FJ 45) o «sin embargo, el hecho de que un órgano jurisdiccional nacional que ha conocido de la demanda de un particular haya declarado en una sentencia que una norma con rango de ley es incompatible con el Derecho de la Unión no puede ser causa suficiente para que otro particular pueda iniciar, sobre la base de dicha sentencia, un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por la vía del art. 32, apar-

tado 5, de la Ley 40/2015. Este planteamiento, según el citado Estado miembro, sería contrario al principio de seguridad jurídica. Los efectos *erga omnes* de una declaración de incompatibilidad sólo se producen en virtud de una sentencia del Tribunal de Justicia o del TC, o en ciertos casos de anulación de disposiciones reglamentarias por los órganos jurisdiccionales que tienen atribuida esta competencia. Afirma el Reino de España que la Comisión confunde las vías de resarcimiento con el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado» (FJ 49).

En realidad, a todo este argumentario subyace la errónea creencia de que los sistemas de jurisdicción contencioso-administrativa y de responsabilidad patrimonial del Estado en España son complejos engranajes de ingeniería jurídica sólo disponibles para el conocimiento de los más expertos. La STJUE de 28 de julio de 2022 ha venido a darnos un baño de realidad sobre lo que en el fondo ya sabíamos, que ambos sistemas son arcaicos y fuente potencial de vulneraciones de derechos. La sentencia se limita a declarar la incompatibilidad de estos preceptos con el principio de efectividad, pero esto es suficiente como para desequilibrar todo el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado. Así, afirma la sentencia en diversos pasajes que «el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión imputable a un Estado miembro no puede estar subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción» (FJ 104), «ninguno de los procedimientos o cauces jurídicos invocados por el Reino de España [...] garantiza que un particular pueda, en todas las situaciones en las que una infracción del Derecho de la Unión debe ser objeto de reparación en virtud de la jurisprudencia mencionada en los apartados 30 y 31 de la presente sentencia, obtener una indemnización adecuada» (FJ 108), «se descarta que el particular perjudicado que se encuentre en tal situación esté obligado, mediante un comportamiento activo, a provocar la adopción de un acto administrativo que pueda impugnar a continuación [...] En consecuencia, el art. 32, apartado 5, de la Ley 40/2015 es contrario al principio de efectividad, puesto que no prevé una excepción para los supuestos en los que el ejercicio de la acción que dicha disposición impone ocasione dificultades excesivas o no pueda exigirse razonablemente a la persona perjudicada, lo que ocurriría cuando el daño derive de un acto u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, sin que exista una actuación administrativa impugnada» (FFJJ 127-128) o, en fin, «procede declarar que la parte de las alegaciones de la Comisión relativa al *dies a quo* del plazo de prescripción previsto en el art. 67.1.3.º LPAC resulta fundada, dado que dicha disposición sólo contempla los supuestos en los que existe una sentencia del Tribunal de Justicia que declara el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley aplicada. [...] En segundo lugar, en cuanto a la limitación en el tiempo de los daños indemnizables, [...] serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter contrario al Derecho de la Unión de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa. [...] no se puede obviar que esta disposición tiene como efecto limitar, en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las infracciones del Derecho de

la Unión que le sean imputables, los daños indemnizables» (FFJJ 161-163), «además de que la indemnización de un daño ocasionado por el legislador como consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión no puede estar subordinada, en ningún caso, a la existencia de una sentencia de esa naturaleza, este requisito tiene como efecto —teniendo en cuenta la duración del procedimiento al final del cual se dicta tal sentencia, esto es, un procedimiento por incumplimiento en el sentido del art. 258 TFUE o un procedimiento prejudicial con arreglo al art. 267 TFUE— hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener una indemnización. [...] Por tanto, este requisito también es contrario al principio de efectividad» (FFJJ 166-167). En suma, un auténtico aldabonazo del TJUE a España no por una vertiente concreta del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, sino por la incompatibilidad con el Derecho europeo de todo un modelo cuya pervivencia resulta cada vez más difícil de justificar.

3.3. Contribuciones doctrinales

Puede afirmarse con contundencia que estamos en un momento de intenso desarrollo del debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, para lo cual ya hemos visto que hay sobradas razones, muy visibles en la jurisprudencia. Hay que empezar, un tanto a bocajarro, con las reflexiones que ha suscitado la STJUE de 28 de julio de 2022. Entre ellas se cuentan las aportaciones de G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (AS. C-278/20)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221, 2022, pp. 21-50, y E. COBREROS MENDAZONA, «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea tras la intervención del Tribunal de Justicia», *Revista de Administración Pública*, núm. 2019, 2022, pp. 21-58.

Junto a este problema, el segundo gran caballo de batalla es el complejo entramado de mecanismos de responsabilidad patrimonial que, potencialmente, podría derivarse de las medidas adoptadas a cuenta de la crisis del covid-19. Ahora bien, la doctrina ha optado por crear teorías generales sobre diferentes aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado en sectores completos, y no sólo dirigirse a las medidas concretas adoptadas. En este contexto puede situarse el trabajo de G. DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por daños causados en situaciones de emergencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, 2022, y también el de L. MEDINA ALCOZ, «Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del covid-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 6, 2022, pp. 51-91. Otro aspecto específico, el de la vacunación de los profesionales sanitarios, en este caso por falta de vacunación, ha sido tratado por J. ESTEVE GIRBÉS, «Responsabilidad patrimonial pública por falta de vacunación de los médicos de la sanidad privada durante la pandemia (propuesta

para una determinación objetivada de los daños morales)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2022, o sobre la actualidad de la cláusula de progreso, así Y. HERNÁNDEZ VILLALÓN, «Responsabilidad en el ámbito farmacológico y sanitario: alcance de la cláusula de progreso en etapa covid», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2022. Desde una perspectiva general sobre la crisis del covid-19, podemos citar los estudios de J. A. OREIRO ROMAR, «Responsabilidad patrimonial por el impacto de la normativa covid-19 en el ejercicio de las actividades económicas», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 64, vol. 1, 2022, pp. 47-72, y de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Responsabilidad patrimonial y Covid», *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 64, vol. 1, 2022, pp. 73-105.

En todo caso, se sigue discutiendo la teoría general de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus derivados. Abrió el año con esta línea temática T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños producidos por actos administrativos anulados por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, 2022, pp. 191-208. Fundamentales en esta lid son también y de nuevo L. MEDINA ALCOZ, «Imputacion objetiva y Administracion pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 219, 2022, pp. 27-58, y G. DOMÉNECH PASCUAL, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *Revista de Administración Pública*, núm. 2019, 2022, pp. 59-106. Cabe añadir también el trabajo de M. GARCÍA FERNÁNDEZ, «La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, 2022.

El ámbito sanitario, en general, continúa siendo objeto de estudio para los expertos en responsabilidad patrimonial del Estado, así en M. CUETO PÉREZ, «Jurisprudencia en el caso *Ala Octa*: responsabilidad patrimonial por la utilización de productos defectuosos en el ámbito sanitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 2017, 2022, pp. 167-190.

Por último, es reseñable que el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado se extiende ahora también al debate sobre la innovación tecnológica. En este aspecto, ha destacado el estudio de C. ALCOLEA AZCÁRRAGA, «La responsabilidad patrimonial de la Administración y el uso de algoritmos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

Empleo público

Alfonso ESTEBAN MIGUEL

Ayudante Doctor Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-6897-802X

Palabras clave: empleo público local; contratación temporal en las Administraciones públicas; selección.

Keywords: local public employment; temporary hiring in public Administrations; selection.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE 2021: IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN: 3.1. El acceso al empleo público: aportación de la doctrina y pronunciamientos judiciales. 3.2. La excesiva temporalidad en el sector público y los procesos de estabilización. 3.3. Las orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre los procesos extraordinarios de estabilización.—4. DE NUEVO SOBRE LA FIGURA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS: 4.1. La conversión de los contratos temporales en «indefinidos no fijos». 4.2. La integración del personal en los supuestos de reversión del art. 44 ET y de cesión ilegal: dos soluciones distintas. 4.3. El régimen jurídico del personal indefinido no fijo: especial referencia al derecho a la excedencia voluntaria y al concurso de traslados. 4.4. La extinción del contrato indefinido no fijo.—5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN DEL EBEP.—6. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LOS ACTOS SEPARABLES EN EL EMPLEO PÚBLICO.—7. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO: 7.1. El estudio sobre el teletrabajo y la digitalización de la Administración. 7.2. Otros pronunciamientos relevantes en el marco del empleo público: 7.2.1. Cuestiones retributivas. 7.2.2. Permisos de los funcionarios públicos.

1. INTRODUCCIÓN

Si hay que destacar una cuestión capital del empleo público local en el año 2022, esta sería la relativa a los procesos de estabilización. Buena parte del último año los

departamentos de recursos humanos de los entes locales han tenido que hacer grandes esfuerzos para cumplir con las exigencias establecidas en los procesos extraordinarios de estabilización que se recogían en el art. 2 de la ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021). Y es que la excesiva temporalidad en la Administración en general, y en los entes locales en particular, es una cuestión que lleva décadas preocupando al legislador, a los tribunales y a la doctrina. Por ello, buena parte del análisis realizado en este informe se centrará en explicar las medidas tomadas por el legislador para intentar solucionar la cuestión de la falta de estabilidad en el empleo público. Junto con ello se recogerán los pronunciamientos judiciales en relación con el acceso o las consecuencias de la temporalidad injustificada, sin olvidar las aportaciones que ha realizado la doctrina sobre la materia.

Pero también se han recogido en este informe otros temas de relevancia para el empleo público local que han sido tratados por importantes pronunciamientos judiciales tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo. No se ha centrado en exclusiva el estudio en sentencias sobre empleo público local, sino que también se analizarán sentencias de otras Administraciones, que por su importancia tienen una repercusión o incidencia directa en la regulación del empleo en el ámbito local.

2. LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL DE 2021: IMPACTO EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El año 2021 terminaba con una importante actividad legislativa en materia laboral. En diciembre de ese año se aprobó la reforma laboral, por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021), que incidió especialmente en la contratación temporal. Cuenta de ello se dio en el informe del año pasado. Durante el último año se han publicado numerosos trabajos estudiando las implicaciones e incidencia que tenía la reforma del Estatuto de los Trabajadores en el sector público. Algunos de ellos son: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «La temporalidad laboral en las Administraciones públicas tras las reformas de 2021», *Revista de Derecho Social*, núm. 97, 2022; L. GORDO GONZÁLEZ, «Nuevos retos en la gestión del empleo público laboral tras las últimas reformas», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núms. 91-92, 2022, o la entrada del *blog El foro de labos* de diciembre de 2022, «¿Se extingue el contrato por sustitución por vacante en la Administración a los tres años? El RDL 32/2021 sigue presentando interrogantes casi un año después de su aprobación»; P. GÓMEZ CABALLERO, «El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre», *Temas Laborales*, núm. 161/2022; A. ESTEBAN MIGUEL, «El impacto de la reforma laboral en los entes locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 60, 2022.

3. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN

3.1. El acceso al empleo público: aportación de la doctrina y pronunciamientos judiciales

El acceso al empleo público es una de las cuestiones que ha generado bastante conflictividad y que ha sido estudiada en profundidad por la doctrina. Durante el año 2022 podemos destacar algunas obras como, por ejemplo, R. ROQUETA BUJ y C. L. ALFONSO MELLADO, *El acceso al empleo público*, Bomarzo, 2022; J. BAQUERO AGULAR, *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Laborum, 2022; A. TODOLÍ SIGNES, «El acceso al empleo público a la luz de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público: especial referencia a la valoración de los méritos», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 22, 2022; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 468, 2022; J. A. FUENTETAJA PASTOR, «Los procesos de estabilización en la Administración local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 60, 2022.

Sobre esta materia también se ha publicado en el último año la obra colectiva coordinada por A. SORIANO ARNANZ y A. TODOLÍ SIGNES, *Régimen jurídico de la selección y consolidación de personal en el sector público. Especial consideración a la normativa contra el abuso de la temporalidad*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

Igualmente, sobre los proceso de acceso al empleo público ha habido pronunciamientos interesantes del TS. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de diciembre de 2022 (rec. 3753/2021, ECLI:ES:TS:2022:4820), ha establecido que en la valoración de la experiencia para la provisión de un puesto de trabajo, debe tomarse en cuenta tanto la adquirida como funcionario de carrera, como la adquirida como personal laboral siempre que sean funciones iguales.

También cabe destacar en este apartado la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de octubre de 2022 (rec. 2145/2021, ECLI:ES:TS:2022:3737), que ha determinado la posibilidad de impugnar indirectamente las bases de las convocatorias de procesos selectivos a plazas de empleados públicos cuando incurren en infracción de derechos fundamentales, pese a no haber sido impugnadas en su momento. Además apunta la sentencia que los aspirantes que se vieron beneficiados por la actuación de la Administración no pueden quedarse sin la plaza. La Sala establece que: «Asimismo, comporta el derecho [...] a que, si como consecuencia de la nueva valoración de los servicios que deba realizarse alcanzare la puntuación suficiente para superar el proceso selectivo, su nombramiento produzca efectos desde el mismo momento en que los produjeron los de quienes fueron nombrado en su día. Y, todo ello deberá efectuarse sin anular el nombramiento de ninguno de los ahora recurridos en aplicación de la jurisprudencia que

impide trasladar a los aspirantes beneficiados por ella las consecuencias de la actuación indebida de la Administración en la cual ninguna responsabilidad tienen».

Otra cuestión importante que ha sido tratada por los tribunales es la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo público. En esta ocasión, se ha pronunciado el TJUE en su *Sentencia de 17 de noviembre de 2022 (asunto C-304/21, ECLI:EU:C:2022:897)*, donde ha determinado que no está justificado el establecimiento de una edad máxima de treinta años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida que las funciones que efectivamente ejercen no exijan capacidades físicas específicas o, si se requieren esas capacidades específicas, resulte que esa normativa, pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado.

Asimismo, relacionado con el acceso, es necesario traer a colación la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 2022 (rec. 452/2018, ECLI:ES:TS:2022:2944)*, que trata la cuestión de discriminación por razón de sexo en la exigencia de estaturas mínimas para el acceso al Cuerpo Nacional de Policía. En este caso, la Sala acuerda anular un artículo del Reglamento de procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía que fijaba como requisito de estatura mínima un 1,60 m. para las mujeres. La Sala parte de que ha quedado acreditado que es mucho mayor el porcentaje de mujeres que el de hombres que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos «es decir, en que es mucho mayor el porcentaje de mujeres (25 por 100) que el de hombres (3 por 100) que no alcanzan la altura requerida para cada uno de ambos sexos por la norma reglamentaria, de manera que sólo una estatura mínima de 1,54 cm para las mujeres reestablecería la necesaria igualdad». Por tanto, la sentencia concluye que existe una discriminación prohibida constitucionalmente al carecer de una justificación objetiva y razonable.

Por último, cabe mencionar el efecto que tiene en los procesos de selección la «sobrecualificación académica» del aspirante. El TS ha manifestado que el aspirante no tiene derecho a ser valorado con mayor puntuación por ello, porque no cabe presumir que esa cualificación académica suponga una mayor idoneidad para el correcto desempeño de la plaza para la cual esa cualificación no es requerida. Así lo ha recogido la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de diciembre de 2022 (rec. 315/2022, ECLI:ES:TS:2022:4752)*.

3.2. La excesiva temporalidad en el sector público y los procesos de estabilización

Como es sabido, la temporalidad en el sector público es muy elevada y en muchas ocasiones injustificada o abusiva. Aunque es un problema endémico de la Administración, los últimos años de crisis presupuestaria, que han obligado a imponer tasas de reposición muy limitadas, han incrementado esta temporalidad. El legislador, consciente de este problema, aprobó, como se dio cuenta de ello en el informe del año pasado, unos

procesos de estabilización extraordinaria para intentar reducir la temporalidad y llegar a unos niveles aceptables.

Este proceso de estabilización se recogió en el art. 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021). De esta forma, aquellas plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hubiesen estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2020 podían ser incluidas en estos procesos de estabilización extraordinarios y sin computar en la tasa de reposición recogida en los Presupuestos Generales del Estado para ese año.

Estos procesos, que *a priori* parecían una solución adecuada a los problemas de temporalidad y a los objetivos de llevar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8 por 100 en el conjunto de la Administración pública española, han generado muchas dudas con relación a la aplicación de las normas de acceso al empleo público, incluso de constitucionalidad. Es pronto para valorar este punto porque en los próximos meses comenzaremos a conocer los distintos fallos judiciales que resuelvan las impugnaciones de las diferentes bases que se han ido publicando. Como ejemplo, tenemos la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche 46/23, de 27 de enero de 2023*, que ha anulado las bases de una convocatoria de procesos extraordinarios y que ha sido comentada por E. APARICIO, «La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Elche y el límite de lo tolerable en el acceso al empleo público», en el blog *In Dubio Pro Administrado*.

Además, los plazos establecidos en esta norma extraordinaria se han convertido en un problema importante, especialmente para los entes locales. Y es que la norma marcaba que los procesos de estabilización debían aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022, y la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas debía realizarse antes del 31 de diciembre del mismo año.

La norma también disponía en el apartado 4 del artículo mencionado que los procesos de selección debían garantizar el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, siendo objeto de negociación en cada ámbito territorial. Al tratarse de unos procesos extraordinarios la norma también recoge que sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40 por 100 de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en la fase de oposición. Las dudas que se han generado en estos procesos es la interpretación que se ha realizado de la baremación de esta última parte de la disposición por las diferentes Administraciones y si en algunas de ellas los criterios de selección no se ajustan a un verdadero procedimiento de acceso al empleo público y la selección se pretende realizar *ad personam*.

Muchos de los interrogantes que se han generado sobre estos procesos extraordinarios de estabilización tienen su respuesta en R. ROQUETA BUJ, *Los procesos de estabilización y consolidación de empleo temporal en las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2022.

3.3. Las orientaciones de la Secretaría de Estado de Función Pública sobre los procesos extraordinarios de estabilización

En relación con las cuestiones que iban surgiendo respecto de los procesos extraordinarios de estabilización, la Secretaría de Estado de Función Pública, perteneciente al Ministerio de Hacienda y Función Pública, dispuso la «Resolución sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público» el 1 de abril de 2022. Esta resolución contiene un primer apartado explicando la finalidad y objeto de estos procesos de estabilización, además del cómputo que hay que realizar para determinar las plazas objeto de convocatoria. En un segundo punto se establecen las características de las plazas a computar en estos procesos, para que no supongan un incremento del gasto público.

Un punto importante que analiza la mencionada resolución son los requisitos del proceso selectivo que deben llevarse a cabo. Recuerda que las plazas a cubrir en el proceso de estabilización deben ser ofertadas dando cumplimiento a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, nada nuevo respecto del contenido de la Ley 20/2021. Pero matiza que «por ello, en ningún caso cabe que se apruebe una oferta de empleo público o que se convoque un proceso que restrinja la participación en el mismo únicamente a aquellos que estuvieran o hubieran estado ocupando previamente esas plazas, ni a cualquier otro requisito que suponga una merma de la posibilidad de que otras personas puedan acceder en los mismos procedimientos que se convoquen, pues así lo previene el art. 23 CE, y las normas básicas de la Función Pública». Como se ha mencionado anteriormente, algunos de los procesos que se han publicado pueden generar dudas respecto a su constitucionalidad o legalidad por el hecho de no cumplir con los principios del acceso al empleo público y la doctrina mantenida tanto por el TC o el TS sobre esta cuestión. Sin embargo, habrá que esperar a que se produzcan las posibles impugnaciones, para poder valorar los criterios que utilizan los tribunales para resolver las dudas sobre estos procesos extraordinarios de estabilización.

Otra cuestión importante que recoge la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública es lo referente a la exigencia de titulación académica. Al respecto manifiesta que en las convocatorias de plazas en proceso de estabilización es de aplicación la normativa sobre titulación académica o profesional exigida para acceder a los distintos cuerpos de funcionarios, en función de su subgrupo de pertenencia, o a las distintas categorías profesionales. Por tanto, el desempeño o haber desempeñado previamente la

plaza convocada no exime de este requisito, sin perjuicio de aquellos supuestos en los que la normativa convencional para el personal laboral aplicable al ámbito establezca la posibilidad de acceder con otras titulaciones académicas o profesionales similares o equivalentes.

Con relación a los procesos de los sistemas selectivos, recoge la regla mantenida en el art. 2 de la Ley 20/2021 de valorar la fase de concurso con un 40 por 100 de la puntuación total, estableciendo «no resulta procedente que ante una misma situación y, salvo que exista algún elemento objetivo que justifique una diferencia de trato, se utilicen procedimientos distintos». Sobre la valoración de méritos la Resolución recoge que dadas las características del proceso de estabilización, se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia, de modo que deberá existir una graduación que permita valorar en mayor medida los servicios prestados en la misma categoría o cuerpo.

La Resolución también hace una referencia a la negociación del desarrollo de estos procesos, aunque únicamente recoge lo establecido en la norma y recuerda «la existencia del Acuerdo sindical al Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones públicas de 5 de julio de 2021».

Por último, la Resolución hace un llamamiento al sector público no Administración pública: «En aplicación de la DA 7.^a de la Ley 20/2021, por la que lo previsto en la misma es de aplicación a las «sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público, sin perjuicio de la adecuación, en su caso, a la su normativa específica», las presentes orientaciones se adaptarán en igual sentido pro estas para una efectiva aplicación en dichas organizaciones de lo previsto en la ley, pudiendo coordinarse con sus Administraciones de referencia».

El 14 de noviembre de 2022 la Secretaría de Estado de Función Pública aprobó una nueva Resolución «sobre las orientaciones referidas a la ejecución de los procesos de estabilización de empleo temporal derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre», «con la finalidad de facilitar el desarrollo homogéneo de las futuras convocatorias de estabilización». La Resolución recuerda que «el objetivo de la ley y, por tanto, cualquier actuación de la Administración debe ir dirigida a actuar de manera urgente ante una situación excepcional, articulando unos procedimientos de selección cuyo contenido garantice los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, de forma coordinada y homogénea en el conjunto de la Administración General del Estado, para procurar una mayor eficacia en el funcionamiento de la Administración y la mejor de la calidad del empleo público».

La Resolución contiene las pautas generales para la convocatoria de los procesos selectivos de concurso-oposición y concurso para la estabilización del personal funcionario, estableciendo la puntuación con la que debe realizarse la valoración de méritos. De la misma forma lo realiza para los procesos selectivos de estabilización del personal laboral. Asimismo, contempla los elementos de desempate a aplicar en las distintas convocatorias.

4. DE NUEVO SOBRE LA FIGURA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS

La figura de los indefinidos no fijos sigue generando mucha conflictividad ante los tribunales y el año 2022 no ha sido una excepción. No puede olvidarse, que el régimen jurídico de este tipo de personal no está definido legalmente, porque fue una figura creada por la jurisprudencia para dar respuesta a las irregularidades de la contratación temporal en el seno de la Administración. La figura del indefinido no fijo también ha sido objeto de muchos estudios por parte de la doctrina durante los últimos años. Puede ponerse como ejemplo del último año el capítulo realizado por M. E. CASAS BAAMONDE, «Los indefinidos no fijos: una historia interminable. Por el momento», *Liber amicorum en homenaje a Aurelio Desdentado Bonete*, Tirant lo Blanch, 2022, y el artículo de V. SÁNCHEZ DEL OLMO, «El personal laboral indefinido no fijo: el gran perjudicado en la confusión entre plaza y puesto», *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 95, 2022.

4.1. La conversión de los contratos temporales en «indefinidos no fijos»

Una de las causas de irregularidad que ha generado numerosos nombramientos de personal indefinido no fijo ha sido la superación del plazo de los tres años en el nombramiento del personal interino por vacante. Si bien es cierto que la legislación no ha limitado temporalmente la utilización del contrato de interinidad por vacante, actual contrato de sustitución, no es posible que esta se extienda temporalmente de forma injustificada. En este sentido, la doctrina judicial no ha sido constante a la hora de adoptar criterios claros a la hora de determinar cuándo se produce una irregularidad en este tipo de contratación. Sin embargo, la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto *IMIDRA*, C-726/19), que se analizó con detenimiento en el informe del año pasado, fue un punto de inflexión al entender el Tribunal que se admitía la utilización de los contratos de interinidad por vacante hasta la finalización del proceso de cobertura de la plaza, pero condicionada su validez al requisito de que se respete un plazo cierto, preciso y determinado para la convocatoria y finalización de tal proceso, sin que las restricciones presupuestarias puedan justificar la prolongación del tiempo de forma injustificada.

Como consecuencia de la sentencia *IMIDRA* el TS tuvo que adaptar su doctrina, que se recogió en la STS (Sala de lo Social) de 28 de junio de 2021 (rec. 3263/2019). En concreto, en dicha sentencia mantuvo que «el contrato de interinidad por vacante es aquel que puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se trata de un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones públicas, coincidirá con el tiempo que duren los procesos de conformidad con la normativa específica que en cada caso será aplicable». Además, manifestó que «aun cuando el contrato haya

cumplido los requisitos, previstos en el art. 4.1 y 2.b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, lo cual comporta que haya identificado la plaza, cuya cobertura legal o reglamentaria se pretende —cobertura que queda necesariamente vinculada al oportuno proceso de selección previsto legal o reglamentariamente—, no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la calificación de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, expectativas que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura que ocupe, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación». Por tanto, cuando el mantenimiento en el tiempo del empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación de organizar el proceso de selección, ha de considerarse como fraudulenta, con la consecuencia de convertir la relación de interinidad por vacante en indefinida no fija. Para determinar un plazo razonable para que el empleador proceda a la cobertura definitiva de una plaza vacante, el TS ha tomado en consideración el plazo de tres años para la ejecución de las ofertas de empleo público como posible límite temporal de este tipo de contratos.

Esta nueva doctrina de aplicar los tres años como máximo para los contratos de interinidad por vacante ha sido recogida en diferentes pronunciamientos del año 2022. Como ejemplo, pueden citarse las *SSTS (Sala de lo Social) de 11 de enero de 2022* (rec. 3270/2020, *ECLI:ES:TS:2022:60*, rec. 3489/2020, *ECLI:ES:TS:2022:59* y rec. 410/2020, *ECLI:ES:TS:2022:175*); *de 1 de febrero de 2022* (rec. 2498/2020); *de 10 de mayo de 2022* (rec. 3397/2020, *ECLI:ES:TS:2022:1965*); *de 20 de septiembre de 2022* (rec. 2536/2021, *ECLI:ES:TS:2022:3445*), y *de 6 de octubre de 2022* (rec. 1412/2021, *ECLI:ES:TS:2022:3648*).

Otra cuestión que ha sido resuelta por la Sala de lo Social en relación con el contrato de interinidad y su conversión en indefinido no fijo es cuando no se ha identificado la OPE ni el proceso selectivo a los que estaba unido dicho contrato. En estos supuestos, cuando no se han convocado los procesos selectivos anuales, previstos normativamente, en un plazo de tres años, el contrato se realizó en fraude de ley y, por tanto, se convierte en indefinido no fijo. En concreto en la *STS (Sala de lo Social) de 11 de mayo de 2022* (rec. 2438/2020, *ECLI:ES:TS:2022:1972*), se establece que «la provisión de puestos y movilidad de personal laboral de las entidades locales se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera, de conformidad con lo previsto en el art. 83 EBEP. [...] El contrato deberá identificar el puesto de trabajo, cuya cobertura se producirá tras el proceso de selección externa o interna [art. 4.1.a) del Real Decreto 2720/1998]. Cuando no se identifique correctamente el puesto de trabajo, el contrato estará celebrado en fraude de ley y se novará como indefinido no fijo. [...] Consiguientemente, la obligación de convocar, con arreglo a lo pactado convencionalmente, no puede quedar al arbitrio del empleador, conforme

a lo dispuesto en el art. 1256 CC. Cuando se incumpla injustificadamente dicha obligación el contrato devendrá indefinido no fijo».

En relación con esto, tampoco es posible que sirva como causa de justificación por parte de la Administración para la prolongación en el tiempo de los contratos de interinidad por vacante «la repetida convocatoria de concursos de traslados que acaban quedando finalmente desiertos, porque lo que eso demuestra es la existencia de un déficit estructural de personal que provoca que tales concursos resulten infructuosos y que la plaza no pueda ser en realidad cubierta hasta la definitiva convocatoria de un proceso de selección, con el que incrementar la plantilla de personal fijo para dotar adecuadamente todas las plazas existentes», como mantienen las *SSTS (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2022 (rec. 3860/2020, ECLI:ES:TS:2022:895); de 24 de mayo de 2022 (rec. 621/2021, ECLI:ES:TS:2022:2121), y de 14 de septiembre de 2022 (rec. 2958/2021, ECLI:ES:TS:2022:3345)*. La Sala añade que «la tardanza en convocar dicho proceso selectivo para la definitiva cobertura de la vacante es lo que determina que la relación laboral se haya transformado en indefinida no fija, sin que esta consecuencia jurídica pueda quedar subsanada por la mera puesta en marcha de múltiples concursos de traslado abocados a que las plazas queden desiertas por la inexistencia de personal fijo suficiente en la estructura del organismo convocante».

Sin embargo, en la *STSJ (Sala de lo Social) de Cantabria de 14 de noviembre de 2022 (rec. 748/2022, ECLI:ES:TSJCANT:2022:1142)*, no se aprecia inactividad de la Administración ni que la duración del contrato pueda considerarse abusiva y, por tanto, no se puede declarar la relación como indefinida no fija porque aunque han transcurrido más de tres años desde la cobertura de la plaza por el actor debe entenderse que no se celebraron las pruebas para la cobertura definitiva por las exigencias de medidas para combatir el covid-19.

Otra cuestión interesante abordada por el TS este último año sobre la declaración del indefinido no fijo es que también se produce en relaciones laborales que tengan la condición de trabajador fijo discontinuo, como sucede, por ejemplo, en el supuesto de trabajadores que cubran las vacaciones de verano y la campaña de Navidad de una empresa municipal de limpieza pública y recogida de residuos. En las *SSTS (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2022 (rec. 4892/2018, ECLI:ES:TS:2022:474), y de 19 de abril de 2022 (rec. 3562/2019, ECLI:ES:TS:2022:1477)*, se determina que estas necesidades son estructurales y constantes en la empresa durante unos periodos específicos y que no puede utilizarse un encadenamiento de contratos eventuales. Por tanto, la relación es indefinida no fija discontinua.

4.2. La integración del personal en los supuestos de reversión del art. 44 ET y de cesión ilegal: dos soluciones distintas

Como se ha visto en el apartado anterior, la declaración como indefinido no fijo se ha ido extendiendo a las diferentes irregularidades en la contratación temporal, pero también se ha venido aplicando como solución a la integración del personal afectado por

una declaración de cesión ilegal o en los supuestos de subrogación cuando se produce un caso de reversión de un servicio público a la Administración, cuando previamente había sido externalizado. Sin embargo, la *STS (Sala de lo Social) de 28 de enero de 2022 (rec. 3781/2020, ECLI:ES:TS:2022:270)*, ha supuesto un punto de inflexión y ha modificado la doctrina que venía aplicando hasta el momento para entender que el personal incorporado a la Administración no puede ser calificado como indefinido no fijo sino como fijo.

El litigio al que da respuesta el Tribunal nace de un ayuntamiento que comunicó a una trabajadora que se incorporaba al mismo después de una subrogación «como personal laboral indefinido no fijo hasta que se provea la plaza de forma reglamentaria o se proceda a su amortización». La Sala establece que «a la vista de cuando antecede debemos unificar las dispares doctrinas enfrentadas. Lo hacemos afirmando que cuando una Administración pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones albergadas en anteriores sentencias».

Sin embargo, el Tribunal matiza la «fijeza» y la condiciona al establecer que «conviene advertir que no estamos cerrando la posibilidad de que la dinámica de la relación laboral reabra el debate sobre el alcance de la fijeza respetada. Porque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, y sin perjuicio de que puedan acaecer vicisitudes que no nos corresponde ahora aventurar». Por tanto, la Sala crea una nueva figura que no se aleja tanto del indefinido no fijo que es la del fijo condicionado, con la diferencia de que no hay obligación por parte de la Administración de convocar o amortizar la plaza ocupada por la persona trabajadora que se ha subrogado, sino que permanecerá en su puesto hasta que se produzca una nueva externalización del servicio o su extinción.

Esta doctrina se ha reiterado en las *SSTS (Sala de lo Social) de 28 de enero de 2022 (rec. 3779/2020, ECLI:ES:TS:2022:445 y rec. 3781/2020, ECLI:ES:TS:2022:270)*; *de 31 de enero de 2022 (rec. 3775/2020, ECLI:ES:TS:2022:446)*, y *de 1 de febrero de 2022 (rec. 3777/2020, ECLI:ES:TS:2022:428)*.

Sin embargo, la Sala ha mantenido su doctrina en el supuesto de cesión ilegal de trabajadores declarando la condición de indefinido no fijo, como ha establecido en la *STS (Sala de lo Social) de 8 de febrero de 2022 (rec. 5070/2018, ECLI:ES:TS:2022:581)*. En concreto el Tribunal recuerda que «la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre empleadores del sector público no genera la fijeza contemplada en el art. 43 ET sino la peculiar estabilidad derivada de la condición de personal indefinido no fijo» en estos ca-

sos «nos encontramos con los mismos obstáculos constitucionales, legales y de Derecho de la Unión Europea que en la cuestión referida a las consecuencias de las irregularidades contractuales desde la perspectiva de la temporalidad. El mérito y la capacidad no se han acreditado en condiciones de igualdad y con la publicidad necesaria para garantizar la libre circulación de personas, el acceso al empleo y la no discriminación, todo ello, respecto de un empleo público fijo».

Para profundizar en la cuestión del personal subrogado en el sector público puede consultarse el análisis realizado por I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, «Reversión y fijeza (condicionada) del personal subrogado», *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, vol. 8, 2022.

4.3. El régimen jurídico del personal indefinido no fijo: especial referencia al derecho a la excedencia voluntaria y al concurso de traslados

Como se ha adelantado, el régimen jurídico del personal indefinido no fijo se ha ido delimitando por parte de la jurisprudencia, equiparando sus derechos a los del personal fijo. En el año 2022 se ha seguido esta línea, el TS se ha pronunciado sobre dos cuestiones importantes como son el derecho a la excedencia voluntaria o al derecho al concurso de traslado.

En las *SSTS (Sala de lo Social) de 26 de abril de 2022 (rec. 1477/2019, ECLI:ES:TS:2022:1752)* y de *31 de mayo de 2022 (rec. 831/2019, ECLI:ES:TS:2022:2242)*, se resuelve la cuestión sobre si un trabajador indefinido no fijo tiene derecho a acceder a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad en aplicación del principio de igualdad de trato. La Sala determina, con apoyo de la doctrina del TJUE, que «partiendo de la referida doctrina, atendiendo que, el contrato indefinido no fijo, al igual que los contratos de interinidad por vacante o sustitución, se mantienen vigentes hasta que se cubra definitivamente la vacante ocupada por los trabajadores afectados, lo que, como señala la repetida STS/IV, ello “justifica sobradamente que estos puedan disfrutar del derecho de excedencia voluntaria, si bien condicionado a que la vacante, ocupada por ellos hasta la concesión de excedencia, no haya sido cubierta definitivamente o, no esté cubierta por otro interino, en cuyo caso mantendrá su expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no sólo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso”».

Sin embargo, la misma Sala entiende que los indefinidos no fijos no tienen derecho al concurso de traslados de acuerdo con el contenido del convenio colectivo de aplicación. Así lo resuelve la *STS (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 2022 (rec. 109/2020, ECLI:ES:TS:2022:1216)*, entendiendo que «el hecho de que el personal indefinido no fijo, haya ingresado en la Administración sin haber superado un proceso selectivo basado

en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de coherencia y racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de traslados como ocurre en el supuesto de autos».

4.4. La extinción del contrato indefinido no fijo

Actualmente, es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de extinción de la relación laboral del personal indefinido no fijo por amortización de la plaza o su cobertura reglamentaria. Ambas extinciones se realizan de forma indemnizada. En relación con esta cuestión, es interesante la *STSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 13 de octubre de 2022 (rec. 4167/2022, ECLI:ES:TSJGAL:2022:7163)*, que establece el derecho a la indemnización de veinte días a una trabajadora indefinida no fija despida, pero además reconoce el derecho a una compensación por la falta de preaviso, por interpretación analógica y aplicación de la Carta Social Europea.

En este sentido, la Sala establece que «ciertamente con esta doctrina, que es la acogida por el legislador en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, el cese del personal indefinido no fijo no se equipara a un despido por causas objetivas, en donde específicamente se prevé la indemnización por falta de preaviso, pero nos permite argumentar que el cese del personal indefinido no fijo tampoco es subsumible en el art. 49.1. *b*) ET ya que realmente el contrato inicialmente pactado (el de interinidad) ha dejado de existir, por lo que estamos ante una causa de extinción que no encaja exactamente dentro de las causas previstas en el art. 49 al no estar específicamente previsto su encaje en ninguna de estas causas. En supuestos como el presente (en donde el cese no encaja exactamente en ninguno de los supuestos del listado del art. 49 ET) el TS ha admitido la posibilidad de acudir a una interpretación analógica (art. 4.1 CC) y complementada con normativa internacional de referencia como es la Carta 4.4 de la Carta Social Europea en donde se prevé “el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo” (nos referimos a la STS 421/2022, de 11 de mayo), pautas interpretativas que en el presente caso también nos llevaría a entender que procede el preaviso establecido en el art. 53.1 ET ya que en el caso del personal indefinido no fijo el cese no es por motivo inherente a la persona cesada, sino por razones más próximas a la de un despido objetivo que las previstas en el art. 49.1. *b*) ET».

No obstante, en una sentencia anterior el TS ha establecido que la extinción de la relación laboral del indefinido no fijo en una Administración o entidad pública, motivada por la cobertura reglamentaria de la plaza, no exige los trámites y requisitos formales previstos en el art. 53 ET para la extinción individual de contratos de trabajo por causas objetivas. La *STS (Sala de lo Social) de 23 de marzo de 2022 (rec. 1236/2020, ECLI:ES:TS:2022:1343)*, contempla que «su correcta calificación es la de una extinción conforme a derecho de la relación laboral que trae causa de la cobertura de la plaza que venía

ocupando el trabajador en calidad de indefinido no fijo, que no está sometida a los requisitos de fondo y forma que imponen los arts. 52 y 53 ET. La circunstancia de que esa extinción lleva aparejada el pago de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio no modifica su naturaleza jurídica, ni la transforma en una extinción por causas objetivas que haya de someterse a los requisitos formales que imponen esos preceptos legales».

Por otro lado, en relación con la extinción de la relación indefinida no fija, el TS ha establecido que es ajustado a derecho la extinción por cobertura de plaza en un concurso de traslado. Al respecto, las *SSTS (Sala de lo Social) de 1 de junio de 2022 (rec. 429/2019, ECLI:ES:TS:2022:2243)* y *de 23 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2582)*, establecen que: «Partiendo de nuestra doctrina general, según la cual el personal indefinido no fijo que es cesado por cobertura de la plaza que estaba desempeñando permite calificar tal extinción como ajustada a derecho con las consecuencias indemnizatorias establecidas [...] puede también extinguirse válidamente cuando trae causa de la adjudicación de la plaza a un trabajador fijo tras la oportuna convocatoria de un concurso de traslado, de acuerdo con la normativa legal o previsión convencional aplicable a tal efecto, cuando no concurre el menor atisbo de una posible utilización torticera de estos mecanismos para habilitar una herramienta que permita la resolución en fraude de ley de esa relación laboral indefinida no fija, y sin perjuicio, claro está, del derecho a la percepción de la correspondiente indemnización de veinte días por año de servicio». Además aclara que «no desmerece esa conclusión la circunstancia de que la demandante no pudiese participar en esa clase de concursos por no ostentar la condición de trabajadora fija, ni el hecho de que se trata de un concurso de traslado, que no de un proceso selectivo para personal de nuevo ingreso».

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LA MODIFICACIÓN DEL EBEP

Son muchas las singularidades o especialidades que presenta la negociación colectiva en el sector público. En diciembre del año pasado se celebró el I Congreso Internacional sobre la Negociación Colectiva en el Sector Público, en la Universitat de València con académicos de reconocido prestigio en el ámbito del empleo público que evaluaron la situación actual y los desafíos de la negociación colectiva en este ámbito. También contó con personal de las Administraciones, que dieron a conocer la práctica y los retos a los que se enfrentan los entes del sector público en las materias objeto de negociación colectiva. Algunos de los temas que se trataron fueron la negociación salarial y los límites presupuestarios; la negociación de la RPT, la OPE y límites en la tasa de reposición; la negociación de la carrera profesional horizontal; la negociación de los ERTE y los ERE en la Administración y en el sector público institucional; la negociación del poder disciplinario del empresario público; la negociación del protocolo de teletrabajo y la desconexión digital o la negociación del plan de igualdad. En esta materia, también puede

recomendarse el artículo de J. MAURI I MAJÓS, «Negociación colectiva y función pública local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 60, 2022.

Antes de terminar el año 2022, como es habitual, se aprobó la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2023 (Ley 31/2022, de 23 de diciembre, *BOE* núm. 308, de 24 de diciembre de 2022), que introdujo una DF 24 que modificó el EBEP en relación con la negociación colectiva. Así se suprime de los arts. 32.2 y 38.10 los últimos párrafos relativos a cuándo se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas. En concreto se suprime el párrafo «a los efectos de lo previsto en este apartado, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones públicas deben adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público».

Además de la modificación de los apartados referentes a la negociación colectiva, la misma disposición modificó la DA 7.^a, sobre los Planes de Igualdad, para incluir la obligatoriedad de aprobar estos planes por parte de las Administraciones al inicio de cada legislatura, a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración pública y su cumplimiento será evaluado con carácter anual.

Además, se añade un último apartado que emplaza en tres meses a la creación de un Registro de Planes de Igualdad, adscrito al departamento con competencias en materia de función pública, al que deberán remitirse los distintos planes de igualdad de las Administraciones, así como sus protocolos que permitan proteger a las víctimas de acoso sexual y por razón de sexo, para un mejor conocimiento, seguimiento y transparencia de las medidas a adoptar por todas las Administraciones públicas en esta materia.

6. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DE LOS ACTOS SEPARABLES EN EL EMPLEO PÚBLICO

La doctrina de los actos separables en el empleo público fue admitida sin problema por la jurisprudencia. Se entendía que las controversias nacidas de los procesos de selección previos a la formalización del contrato de trabajo eran competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que las cuestiones relativas a la relación laboral desde la formalización del contrato de trabajo hasta su extinción era competencia de la jurisdicción social. Son varias las sentencias de la Sala de lo Social del TS que reco-

gían esta postura, entre otras, las SSTS (Sala de lo Social) de 7 de febrero de 2003 (rec. 1585/2002) o la de 16 de abril de 2009 (rec. 1355/2008).

Sin embargo, la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social supuso un cambio importante por su voluntad de atracción al orden social de todas aquellas materias que, de forma directa o por conexión, pudieran calificarse como sociales, incluidas las emanadas de la Administración. En consecuencia, aunque bastantes años después, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo se pronunció nuevamente sobre esta cuestión en su ATS de 12 de febrero de 2020 (rec. 13/2019), a propósito de un proceso selectivo convocado por una empresa municipal, atribuyendo al orden social la competencia de los procesos selectivos del personal laboral de las Administraciones. En concreto estableció «la materia sobre la que se debate es la referida a actos preparatorios o proceso selectivo de personal y encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo [art. 2.a) LRJS]». Posteriormente, un nuevo Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021 (rec. 7/2020) afirmó la competencia plena de la jurisdicción social de todas las actuaciones administrativas en materia laboral y de seguridad social, salvo de las que se puedan excepcionar de manera específica.

La respuesta del legislador a la interpretación del TS de la Ley reguladora de la jurisdicción social fue su modificación añadiendo una nueva letra g) a su art. 3 donde se recogían «los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo». De esta forma, se devolvía a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de selección de este tipo de personal de las Administraciones públicas. Sin embargo, esta modificación se introdujo mediante la DF 20 de la Ley de Presupuestos del Estado para el año 2022 (Ley 22/2021, de 28 de diciembre, *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2021), lo que ha llevado a su declaración de inconstitucionalidad.

Como se ha adelantado, la *STC 145/2022, de 15 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TC:2022:145)* ha declarado la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad, de la modificación y no por una cuestión de fondo, sino de forma, porque la Ley de Presupuestos Generales del Estado no es la norma adecuada para introducir ese cambio en la Ley reguladora de la jurisdicción social. En concreto el Tribunal establece que «una ley de presupuestos generales no puede contener cualquier clase de normas, o lo que es lo mismo, su contenido no puede ser libremente fijado, por cuanto está sujeto a unos límites materiales, de modo que su regulación de las materias fuera de ese ámbito está constitucionalmente vetada» y continúa argumentado que «es indudable que la norma cuestionada no forma parte del contenido propio o “núcleo esencial” de las leyes presupuestarias, integrando la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico [...] el atribuir a un concreto orden jurisdiccional —el contencioso-administrativo en lugar del social— el conocimiento de los recursos deducidos contra los actos administrativos dictados en las fases preparatorias de los procesos selectivos

para la contratación de personal laboral no guarda conexión directa e inmediata con el objeto del presupuesto —ejecución de la oferta de empleo público para el año 2022—.

Este fallo del TC devuelve la situación a los últimos pronunciamientos del TS sobre la materia, manteniendo la competencia del orden social sobre los actos preparatorios y de selección del personal laboral de la Administración.

7. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

7.1. El estudio sobre el teletrabajo y la digitalización de la Administración

Han sido muchos los trabajos publicados durante 2022 en materia de empleo público en general y de empleo público local en particular. A lo largo del informe se han ido indicando distintos estudios sobre acceso, contratación laboral, la figura del indefinido no fijo o la negociación colectiva en el ámbito público. Pero han sido muchas más las materias con importantes aportaciones de la doctrina durante el último año. Cabe destacar que antes de la pandemia un tema que cobraba relevancia era el teletrabajo en las Administraciones públicas y la digitalización de los procesos administrativos, pero fue durante la misma y tras la regulación del teletrabajo en el EBEP cuando esa importancia se ha multiplicado. A modo de ejemplo se pueden citar los trabajos de M. SÁNCHEZ MORÓN, «¿Cómo se regula el teletrabajo en las Administraciones locales?», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, 2022; C. MOLINA NAVARRETE, *Digitalización y protección de datos en el empleo público: normas y prácticas*, Bomarzo, 2022; J. R. FUENTES I GASÓ y X. BOLTAINA BOSCH, «El teletrabajo en la Administración pública: un modelo para el sector público y la comparativa con la regulación del sector privado», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 60, 2022.

7.2. Otros pronunciamientos relevantes en el marco del empleo público

7.2.1. Cuestiones retributivas

Una de las cuestiones que más conflictividad generan en el empleo público son las relativas a materia retributiva. Es el caso que resuelva la *STS (Sala de lo Social) de 6 de julio de 2022 (rec. 1590/2019, ECLI:ES:TS:2022:2811)* que determina que una trabajadora temporal tiene derecho a los complementos salariales reconocidos a los trabajadores fijos de una corporación local. La Sala no admite que el art. 2.2 del Real Decreto-ley 20/2011 como motivo que justifique el trato desigual porque no se está solicitando un incremento impedido por la norma, sino que se reclama una diferencia retributiva entre fijos y temporales. Esta doctrina se reitera en la *STS (Sala de lo Social) de 15 de noviembre de 2022 (rec. 3062/2021, ECLI:ES:TS:2022:4187)*.

En concreto, el Tribunal manifiesta que «la Sala concluye que la sentencia recurrida ha infringido claramente lo dispuesto en la cláusula cuarta de la Directiva/CE 1999/70 y la doctrina fijada del TJUE de 22 de diciembre de 2010, sobre discriminación retributivas con el personal fijo en relación con el art. 14 CE, así como los arts. 29 y 30 del convenio colectivo de aplicación, por cuanto ha quedado plenamente acreditado que el ayuntamiento demandado ha retribuido a la demandante en una cuantía inferior a las limpiadoras fijas, sin que se haya acreditado, de ningún modo, la concurrencia de circunstancias objetivas, debidamente probadas, que justifiquen de manera idónea, razonable y proporcionada dicho trato diferenciado». Continúa argumentando que «dicha conclusión no puede enervarse por lo dispuesto en el art. 2.2 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que bloqueó los incrementos salariales en el sector público en el año 2012, porque aquí no se reclama ningún incremento en el año 2012, sino que se reclaman la diferencia retributiva entre limpiadores fijos y temporales».

Tampoco es posible que un ayuntamiento excluya expresamente de su convenio colectivo propio a los trabajadores contratados al amparo de Planes Especiales de Empleo para evitar la equiparación en el trato retributivo con el resto, porque con ello vulneran el derecho a la igualdad y no concurre ninguna justificación objetiva y razonable que lo justifique. Es a la conclusión que llega la *STS (Sala de lo Social) de 31 de octubre de 2022 (rec. 50/2019, ECLI:ES:TS:2022:4087)*, que considera «acertado el criterio de la sentencia recurrida, que concluyen en señalar que no puede tildarse de proporcionada y razonable la exclusión para fundar el diferente trato retributivo, en cuanto que no atiende a ningún dato objetivo configurador de la relación laboral, sino a elementos completamente externos a dicha vinculación, que pueden explicar e incidir en la decisión de contratar, pero no en el contenido de la relación una vez constituida». Continúa estableciendo que «la existencia de un plan de fomento de empleo con financiación externa puede explicar que la corporación local decida acogerse al correspondiente plan, y contratar laboralmente, y dentro de sus posibilidades contratara un número mayor o menor de trabajadores, pero no puede fundar la alteración del régimen retributivo aplicable a los contratados, que de ser más favorable que el previsto en el concierto de financiación, deberá ser completado por la Administración local».

7.2.2. *Permisos de los funcionarios público*

En el año 2022 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre una cuestión interesante en relación con los permisos de los funcionarios públicos. En concreto, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de noviembre de 2022 (rec. 7790/2020, ECLI:ES:TS:2022:4220)*, ha determinado que la concesión de la reducción de jornada para cuidado de hijos menores de doce años a los funcionarios de las corporaciones locales debe comportar la disminución de sus retribuciones conforme al art. 48.h) EBEP.

Corrupción (penalmente relevante) y Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO

Investigadora Juan de la Cierva en el Área de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-5580-5365

Palabras clave: Derecho penal; prevaricación; cohecho; tráfico de influencias; malversación; funcionarios públicos; jurisprudencia.

Keywords: Criminal Law; prevarication; bribery; influence peddling; embezzlement; public officials; case-law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NOVEDADES NORMATIVAS Y APORTACIONES DOCTRINALES: 2.1. Modificaciones al Código Penal. 2.2. Otras normas con relevancia penal.—3. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 3.1. Delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente: 3.1.1. Delito de prevaricación urbanística. 3.1.2. Delito de prevaricación medioambiental. 3.2. Delitos contra la Administración pública: 3.2.1. Delitos de prevaricación. 3.2.2. Delitos de cohecho. 3.2.3. Delitos de tráfico de influencias. 3.2.4. Delitos de malversación.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El año 2022 se ha caracterizado por una intensa y fragmentada actividad de reforma penal que ha alcanzado a los delitos que tienen que ver con la correcta gestión del dinero público: a finales de año, tras una urgente tramitación de una proposición de ley que tenía que ver con la transposición de directivas europeas, se reformaron por completo los delitos de malversación (eliminando, entre otras cosas, la modalidad de malversación por administración desleal), y se incluyó un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades o funcionarios públicos. En 2023 también entró en vigor la Ley de pro-

tección de los informantes, cuyas disposiciones afectan particularmente a las Administraciones públicas porque implican obligaciones de creación de órganos y canales de denuncias, así como la adopción de otras medidas para la protección de los denunciantes de infracciones. Sus aspectos penales requerirán previsiblemente un mayor desarrollo, por ejemplo, en relación con la eventual exclusión o mitigación de la responsabilidad penal de los informantes que también hayan participado en el delito.

En este informe se detallan también los principales desarrollos jurisprudenciales y doctrinales de los delitos más relacionados con el fenómeno de la corrupción en las Administraciones locales: prevaricación administrativa y sus modalidades (urbanística y medioambiental), cohecho, tráfico de influencias y malversación. Son especialmente importantes las sentencias del caso *de los ERE* y del caso *De Miguel*, sobre todo en relación con el concepto de «resolución» en el delito de prevaricación. Según una fórmula habitual en la jurisprudencia y en la doctrina, se considera que es resolución cualquier declaración de voluntad de contenido decisorio —es decir, que no sea un mero trámite— que se dicte en un asunto administrativo. La sentencia del caso *de los ERE* expande este concepto para abarcar aquellas decisiones adoptadas en el proceso prelegislativo que culmina en la aprobación de un proyecto de ley, al interpretar que este procedimiento está sujeto a unas normas administrativas mínimas —y que, por tanto, son actos administrativos sujetos a control— que no quedan cubiertas por la inmunidad parlamentaria. Otros aspectos importantes que se tratan son las modalidades omisivas de los delitos de prevaricación; la relación entre el delito de cohecho, el delito de tráfico de influencias y el de blanqueo de capitales; las condiciones que debe reunir el funcionario que comete el delito de cohecho pasivo; el concepto de empresa pública, y el significado de «disposición efectiva» de caudales públicos en el delito de malversación.

2. NOVEDADES NORMATIVAS Y APORTACIONES DOCTRINALES

2.1. Modificaciones al Código Penal

En 2022, el Código Penal fue objeto de nada menos que siete reformas. La que nos interesa es la última de ellas, la de la *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*. Además de derogar los delitos de sedición y de modificar los de desórdenes públicos (arts. 577 a 577 *ter* CP), esta ley orgánica reconfigura los arts. 432¹ y 433² (malversación) y los escinde en tres

¹ Anteriormente y desde la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el art. 432 había estado redactado de la siguiente manera: «1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del art. 253 sobre el patrimonio público. 3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por

Vid. nota 2 en página siguiente

modalidades que van de mayor a menor gravedad: en primer lugar, la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (nuevo art. 432 CP); en segundo lugar, el uso temporal de bienes públicos y su reintegro (art. 432 *bis* CP); y, por último, los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (cláusula subsidiaria del art. 433 CP).

«Art. 432 CP (después de la reforma):

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,
- b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,
- c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.

Nuevo art. 432 *bis* CP:

La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

² El antiguo art. 433 estaba redactado en los siguientes términos: «Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros».

Nuevo art. 433 CP:

La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare».

Común a las tres modalidades es la noción de patrimonio público, que el nuevo art. 433 *ter* define auténticamente como el «conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas», lo que excluye la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público. También, en el marco del Capítulo VIII (De los fraudes y exacciones ilegales), se crea un nuevo delito de enriquecimiento ilícito de autoridades en el art. 438 *bis* CP, que castiga los incrementos patrimoniales injustificados hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público:

«La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años».

La Exposición de Motivos desarrolla pormenorizadamente la justificación de estos aspectos de la reforma. Sobre la malversación, indica que lo que pretende es «recuperar» el modelo anterior a la reforma de 2015 y configurar de manera más proporcionada el sistema de castigos de las conductas de administración desleal del patrimonio público, diferenciando según el grado de afectación del patrimonio, por un lado, y de la función pública, por otro. También recuerda que en el modelo anterior los casos de desviación presupuestaria eran atípicos, y que su actual castigo *ex* art. 433 CP responde a una mayor intolerancia social hacia la corrupción. Respecto a la introducción del nuevo delito de enriquecimiento ilícito, confiesa seguir la tendencia de otros países europeos que han introducido un delito similar, como Francia, Luxemburgo, Portugal o Lituania; además de las recomendaciones de organismos internacionales como la Comisión Europea. Sostiene que se trata, en esencia, de un delito de desobediencia, y que eso despeja las dudas sobre su constitucionalidad por la colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (es decir, por ser un delito de sospecha): para incurrir en el tipo penal, indica, «no basta con poseer un patrimonio cuyo origen no sea explicable a partir de los ingresos declarados, sino que debe existir un requerimiento previo por parte de los organismos administrativos o judiciales competentes para la comprobación de dicho patrimonio. Sólo ante la negativa a detallar a dichos órganos el origen de un incremento patrimonial o de una cancelación de deudas o ante una explicación manifiestamente falsa sobre los mismos se incurriría en el tipo penal».

A pesar de que la reforma no tiene apenas más que unos meses de vida legal, encontramos algunos comentarios doctrinales, especialmente sobre los cambios de configuración de la malversación: por ejemplo, los examina preliminarmente L. ROCA DE AGAPITO, «Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado», *Diario La Ley*, núm. 10.230, 16 de febrero de 2023. En este artículo, tras apuntar lo precipitado de la reforma (pp. 3-6), ROCA DE AGAPITO hace un repaso de la redacción originaria de la malversación en el CP de 1995 (pp. 6-8), su reconfiguración tras la reforma del CP en 2015 (pp. 8-10), y comenta los nuevos delitos con una perspectiva crítica y desde el prisma de lo que a su juicio *debería* protegerse en estos supuestos, que es la correcta gestión del patrimonio público (pp. 10-17). También son muy valiosas las observaciones críticas sobre el delito de malversación y el de enriquecimiento ilícito de A. ZÁRATE CONDE, «El delito de malversación a la luz de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 23 de diciembre», *La Ley Penal*, núm. 160, enero-febrero de 2023, pp. 1-21; las de I. RAMOS TAPIA y A. RUIZ ROBLEDO, «La discutible derogación de la sedición», *Diario La Ley*, núm. 10.244, Sección Tribuna, 9 de marzo de 2023 (sobre la manera en que se tramitó la reforma), y las de J. MUÑOZ CUESTA, «El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2023; así como la propuesta de interpretación de J. RIBA CIURANA, «La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023. V. MAGRO SERVET describe, de manera más general, los cambios de la ley orgánica en «Cuadro comparativo de novedades en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre», *Diario La Ley*, núm. 10.202, 5 de enero de 2023.

Por otro lado, para un análisis más profundo y comprehensivo de las modificaciones en la nueva regulación son muy recomendables otras dos obras colectivas. La primera está coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC y se titula *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. En concreto, el Capítulo 8 «El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y siguientes)», escrito por el propio J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, examina de forma muy solvente los nuevos tipos penales, teniendo en cuenta lo que queda en pie del modelo anterior (pp. 146-164). En el Capítulo 10, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», de A. RAGA VIVES, se analiza también muy minuciosamente el nuevo art. 433 CP con un marcado enfoque de Derecho comparado e incidiendo en los aspectos procesales y concursales, por ejemplo, en relación con el fraude fiscal (pp. 189-234).

La segunda obra imprescindible son las *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, dirigidas por J. M. SILVA SÁNCHEZ, Atelier, Barcelona, 2023. Este manual está adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 14/2022, por lo que resultan especialmente ilustrativas las reflexiones del Capítulo 16, del que es autor I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, sobre el concepto de patrimonio público, los elementos objetivos y subjetivos de los tipos, y la jurisprudencia anterior sobre el delito de malversación y en qué medida puede aplicarse a las tres nuevas modalidades (pp. 401-409). Al final de este capítulo también se analiza el ámbito de aplicación del delito de enriquecimiento ilícito y se profundiza en las razones de las sospechas de inconstitucionalidad, de enorme relevancia práctica (pp. 419-420).

2.2. Otras normas con relevancia penal

Recientemente entró en vigor otra norma con relevancia penal para la Administración local: la *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Con esta norma se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, que tiene como objetivo final perseguir mejor las infracciones graves del Derecho de la Unión Europea y la protección de aquellos que emplean los canales de denuncia, a los que la ley denomina «informantes» (*whistleblowers*).

La ley, no obstante, no limita la protección a los informantes de infracciones del Derecho de la Unión Europea. Como apunta el art. 2, también se protegen las personas físicas —del sector público o privado *ex* art. 3— que, empleando los cauces previstos en la Ley, informen sobre «[a]cciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave». En todo caso, continúa diciendo, se entiende que entran en esta categoría aquellas que «impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social». Los apartados 4 y 5 de este mismo artículo excluyen de la protección las que afecten a información clasificada o las relativas a la «tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado».

Además de un canal externo de información, encauzado a través de la figura de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, AAI (arts. 16 a 24 y el Título VIII), el Título II configura el «Sistema interno de información» como el cauce preferente del que deben disponer las personas jurídicas obligadas por la ley, entre las que se encuentran las entidades del sector público (art. 13)³, que, por cierto, deben implantarlo antes del 13 de junio de 2023 (DT 2.^a). En caso de organismos públicos con

³ El art. 13.1 indica que: «A los efectos de esta ley se entienden comprendidos en el sector público:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades que integran la Administración Local.

b) Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos.

c) Las autoridades administrativas independientes, el Banco de España y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

d) Las universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho público.

f) Las fundaciones del sector público. A efectos de esta ley, se entenderá por fundaciones del sector público aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

funciones de comprobación o investigación de incumplimientos, indica el art. 13.3 que se distinguirá, al menos, entre un canal interno referente a sus propios incumplimientos y el canal externo referente a los incumplimientos de terceros cuya investigación corresponda a sus competencias.

En general, el sistema interno de información debe establecerse de tal manera que asegure la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la información, así como su protección (art. 5); y debe estar supervisado por un «Responsable del Sistema interno de información», perfilado en el art. 8 como un órgano independiente y autónomo de la entidad, que no puede recibir instrucciones de ningún tipo y que debe estar dotado de todos los medios personales y materiales necesarios (apdo. 4).

En cuanto a la posibilidad de externalizar la gestión del Sistema interno de información, para las entidades públicas sólo se permite si se acredita la insuficiencia de medios propios (art. 15). También cabe la opción de compartir tal gestión, pero únicamente en los supuestos del art. 14 y siempre y cuando se pueda garantizar que los sistemas resultan independientes entre sí y no generan confusión en los ciudadanos (apdo. 3):

«1. Los municipios de menos de 10.000 habitantes, entre sí o con cualesquiera otras Administraciones públicas que se ubiquen dentro del territorio de la comunidad autónoma, podrán compartir el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones.

2. Asimismo, las entidades pertenecientes al sector público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de órganos de las Administraciones territoriales, y que cuenten con menos de 50 trabajadores, podrán compartir con la Administración de adscripción el Sistema interno de información y los recursos destinados a las investigaciones y las tramitaciones».

El procedimiento de gestión de informaciones internas, regulado en el art. 9, trata de salvaguardar el equilibrio entre el fin de la norma (combatir la corrupción) y otros intereses importantes, como la presunción de inocencia, la protección del honor de las personas afectadas y la protección de datos personales, que también tienen una regulación aparte en el Título VI. En el art. 9 se recuerda que, si hay indicios de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, debe remitirse la información al Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea —en este caso, sólo si los hechos afectan a intereses financieros de la Unión Europea—. Hay, no obstante, una importante diferencia entre la directiva, que indica que no habrá responsabilidad jurídica alguna por la *revelación* de buena fe, aunque pudiera haberla, de carácter penal, por el modo de *obtención* de la información (art. 21, apdos. 2 y 3), y la Ley de transposición, cuyo art. 38.2 admite la responsabili-

g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d) y g) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el art. 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre».

dad penal tanto por la forma de acceso como por la revelación. Esto puede suponer un enorme desincentivo para los informantes, al enfrentarse a una posible responsabilidad penal por informar, que quizá podría resolverse en algunos casos explorando la vía de la aplicabilidad directa de la Directiva a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP). Por último, el Título IX establece el régimen sancionador (de carácter administrativo), necesario, como indica en la Exposición de Motivos, para combatir con eficacia aquellas actuaciones que impliquen represalias contra los informantes, así como los incumplimientos en el establecimiento de las reglas de los canales de comunicación. Las sanciones previstas son principalmente multas, que varían desde la cuantía de 1.001 euros a 1 millón de euros cuando son infracciones muy graves.

La transposición en España de lo que se conoce como «Directiva *Whistleblower*» ha despertado un enorme interés académico, también en la doctrina penalista, que suele tratar este tema, aunque no sea un instrumento dedicado exclusivamente a la prevención de fenómenos delictivos. Sólo en la recientemente publicada obra colectiva *Un modelo integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, BOE, Madrid, 2022, dirigida por V. GÓMEZ MARTÍN, C. BOLEA BARDON, J.-I. GALLEGU SOLER, J. C. HORTAL IBARRA y U. JOSHI JUBERT, que contiene una miscelánea de artículos sobre distintos temas, tres están dedicados al potencial del régimen del *whistleblowing* para la política criminal anticorrupción: el capítulo de L. FOFFANI, titulado «El *Whistleblowing*: un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del Derecho europeo» (pp. 145-157); el de I. OLAIZOLA NOGALES, «La Directiva (UE) 2019/1937 *Whistleblower*: su eficacia contra la corrupción» (pp. 269-278), y el de J. L. GOÑI SEIN, «La protección de la persona acusada en el sistema europeo de denuncias» (pp. 1517-1531). FOFFANI ofrece una fotografía del modelo italiano, explicando cómo se incorporó este mecanismo en 2012 y las sucesivas reformas para mejorarlo, por ejemplo, en relación con las situaciones discriminatorias que generaba el hecho de que se limitara su aplicación al empleo público (p. 148); y finalmente plantea algunas adaptaciones que serán necesarias para ajustar esa normativa a la directiva (pp. 150-157). OLAIZOLA NOGUERAS, por su parte, reflexiona críticamente sobre el «desplazamiento» del deber de vigilar y denunciar del Estado a los ciudadanos, así como sobre los riesgos de generar climas de chantaje y desconfianza entre los trabajadores (p. 273). También argumenta que la transposición de la directiva debería incluir los delitos contra la Administración pública en su ámbito material (p. 275), y apunta la exclusión, en el ámbito de aplicación personal de la directiva (que se mantiene después en la ley), de los «arrepentidos», esto es, aquellos denunciante que han participado en la infracción/delito (p. 277). Por último, GOÑI SEIN aborda la otra cara de la moneda: la perspectiva de la persona acusada, sus derechos, como la confidencialidad o la protección de sus datos personales.

Varios artículos recientes también abordan distintos aspectos de esta regulación. Dada la novedad de la ley, en vigor desde el 13 de marzo de 2023, la mayoría de las aportaciones aluden o bien a la directiva o bien al anteproyecto, pero pueden ser de utilidad para interpretar la Ley de transposición. Entre ellos, cabe destacar las contribu-

ciones de J. LEÓN ALAPONT, «Los canales de denuncia y la protección del informante en las entidades del sector privado: a propósito de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 28, 2022, pp. 155-216, sobre la posible influencia de esta regulación en los programas de *compliance*; o de P. SIMÓN CASTELLANO, «La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 4, 2022, pp. 1-32, que propone incluir causas de atenuación o exención de responsabilidad, por falta de necesidad de pena, para los que participan en un hecho delictivo pero después lo denuncian. Poniendo el ejemplo del indulto parcial del delator de la trama Gürtel (José Luis Peñas), sostiene que situaciones de este tipo deberían vehicularse no a través del indulto, sino a través de causas de exclusión o levantamiento de la punibilidad (pp. 28-29). Desde la perspectiva procesal, es importante hacer alusión a la obra colectiva dirigida por J. GIMENO BEVIÁ y M. B. LÓPEZ DONAIRE, titulada *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2022), con 18 capítulos que desgranar distintos aspectos de la ley, como la formación de los canales de denuncia, la protección de datos, o la protección penal del denunciante (este último escrito por C. COTO DEL VALLE, pp. 357-387); así como al artículo de J. A. TARDÍO PATO, «La protección del denunciante para garantía del cumplimiento de la legalidad y evitar la corrupción», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 217, 2022, que analiza, entre otras cuestiones, la legitimación procesal del denunciante para recurrir la falta de persecución de las infracciones e imposición de sanciones administrativas y la exención de las sanciones (o su reducción) a los infractores que se conviertan en denunciantes.

También son interesantes algunas contribuciones desde el ámbito autonómico, como el capítulo de G. VESTRI, «Los canales de alerta anónimos. Análisis de la labor de la Oficina Antifraude de Cataluña y de la Agencia Valenciana Antifraude», en L. ABAD ALCALÁ, I. SERRANO MAÍLLO (dirs.), *La integridad en la Administración: contratación pública y lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2022; y otras, más generales sobre la adecuación de las normas procesales (penales) españolas al marco europeo: M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, «Spanish criminal procedure examined: successes, opportunities and failures in the adaptation to EU requirements», *ERA Forum*, núm. 23, 2022, pp. 127-139; sobre la figura de la Autoridad Independiente de Protección al denunciante, de A. GARCÍA RODRÍGUEZ-MARÍN, «La futura ley de protección de denunciantes: una oportunidad para luchar contra la corrupción en España», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, pp. 195-247; acerca del encaje de la Autoridad Independiente en el actual sistema español de lucha contra la corrupción, de J. M. BUENO SÁNCHEZ, «Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante», *Revista de Administración Pública*, núm. 217, pp. 209-240; y, por último, sobre los problemas que plantea la creación de canales de denuncia en el sector público: P. IGLESIAS REY, «O desafío do sector público ante a aplicación da Directiva de protección do informante. As canles de denuncia», *Revista Galega de Administración Pública, EGAP*, núm. 64, 2022, pp. 175-190.

3. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

3.1. Delitos contra la ordenación del territorio y el medio ambiente

3.1.1. Delito de prevaricación urbanística

El art. 320 CP sanciona a la autoridad o funcionario público que informa favorablemente de forma contraria a las normas de ordenación territorial o urbanística, que con motivo de infracciones haya silenciado la infracción de dichas normas, o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En el caso de que, además, resuelva o vote a favor de la concesión, a sabiendas de que contradice la normativa urbanística —en caso contrario, no sería punible porque no existe una modalidad imprudente—, habrá *otro* delito de prevaricación. Es jurisprudencia reiterada la relación que existe entre el delito de prevaricación del art. 404 y el del art. 320 CP, siendo este último un tipo de prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (normativa urbanística). De ahí que pueda aplicarse a la prevaricación especial la jurisprudencia sobre la genérica, que puede resumirse en los requisitos expuestos en la *STS 766/2022, de 15 de septiembre (ECLI: TS:2022:3320)*:

«1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto, y 5) que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho» (FJ 2.º).

Esta sentencia es muy útil porque profundiza en los criterios de imputación del art. 320 CP y en los límites entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Esta resolución confirma la absolución de los funcionarios encargados de la gestión urbanística de un municipio granadino que concedieron unas licencias de primera ocupación supeditándolas a que se resolvieran unos problemas de la red de saneamiento, lo que, en última instancia, determinó el retraso de las obras y finalmente su inejecución. Básicamente, el TS sostiene que la adopción de unos deberes de cuidado adecuados desde la perspectiva *ex ante*, como la solicitud de avales y la apariencia de buena fe (lo que pretendían era simplemente agilizar el proceso), excluye el reproche penal. De esta manera, respalda las observaciones de la Audiencia Provincial de que «no toda irregularidad supone una derivación al reproche penal, dado el principio de intervención mínima que domina este escenario», y de que, en este caso, la irregularidad de la concesión de la licencia sin el aval de los informes preceptivos previos, que constituye una irregularidad administrativa, «no supone una *actitud grosera* y adoptada *para causar perjuicio* y en *clara ilicitud* llevada al orden penal, sino para tratar de avanzar en el proceso constructivo resolviendo en el ínterin el problema técnico de la red de saneamiento que existía, y en la confianza de

que así sería para poder dar por finalizado toda la corrección del proceso constructivo» (FJ 2.º).

Que se adopten, por tanto, cautelas «genuinas» (*ex ante* y no *ex post*) parece ser un criterio determinante para excluir la aplicación del tipo de prevaricación. Por ejemplo, en el supuesto contemplado por la STS 649/2022, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2925), a diferencia del anterior, no se adoptan tales cautelas a pesar de que había indicios de que se trataba de una actuación irregular. En este supuesto se describe la concesión irregular de una licencia de obras para construir una nave de aperos de labranza, donde finalmente se acaba ejecutando una vivienda en contra de la normativa de ordenación urbanística (era suelo no urbanizable). Es determinante la existencia de dos informes desfavorables que constatan que se trataba de la construcción encubierta de una vivienda para no darle ningún peso al hecho de que el acusado decidiera «conceder la licencia confiando en que si luego no era legal se pudiera anular o paralizar la obra» (lo que sería una cautela *ex post*). El Tribunal decide no tomar en consideración las alegaciones de error «pues de los hechos probados no resulta desde luego error alguno, ya que tuvo conocimiento desde el primer momento de los informes desfavorables, razón por la cual no se puede hablar de error» (FJ 6.º). Lo importante es la infracción de los deberes de cuidado (no conceder la licencia) cuando se den los elementos (informes desfavorables) que exigen adoptarlos.

Es relevante, también, la STS 989/2022, de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4809) sobre los elementos subjetivos del art. 320 CP y la comisión por omisión. En lo que a nosotros nos interesa, la sentencia se refiere a una serie de concesiones de licencias de construcción a sabiendas de su ilegalidad, inducidas por un particular que se aprovecha de ellas, que habían sido informadas favorablemente a pesar de haber advertencias técnicas de que la licencia debía condicionarse a la delimitación de los informes de la Demarcación de Carreteras del Estado para no invadir el dominio público. El recurrente, alegando la existencia de otros informes favorables al otorgamiento de la licencia, sostiene que no tuvo conciencia de la ilegalidad de sus actos (error de tipo). Prueba de ello, indica, es que llega a paralizar cautelarmente las obras al ser sido advertido por la Dirección General de Carreteras. El TS sostiene que lo relevante es que se había demostrado que el Alcalde conocía los informes desfavorables *vinculantes*, que eran aquellos emitidos por las autoridades de carreteras estatales y autonómicas, y que, a pesar de haber paralizado cautelarmente las obras, la ilegalidad residió en que, en su condición de Concejal delegado de Urbanismo, nada hizo para vigilar el cumplimiento de la paralización (FJ 8.º).

En definitiva, para el TS la omisión de un procedimiento no convierte automáticamente la actuación en una prevaricadora, que requiere un plus de antijuridicidad, que es que la actuación administrativa no sólo sea ilegal, sino sobre todo injusta y arbitraria (FJ 2.º). Y otro buen indicio de esto último, además de la no adopción de cautelas, es la prueba que se hayan efectuado actos orientados a *ocultar* o a *engañar*, por ejemplo, mediante la alteración indebida del Plan General de Ordenación Urbana para ocultárselo posteriormente a todos los agentes intervinientes en el proceso urbanizador [STS 119/2022, de 10 de febrero, FJ 7.º (ECLI:ES:TS:2022:545)]; o mediante el fraccio-

namiento de los contratos para esquivar el procedimiento obligado [STS 257/2022, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1191)].

Aunque no sea del año 2022, no puede obviarse la relevancia en la doctrina más reciente de la obra de M. CORCHERO PÉREZ, *Delitos Urbanísticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, que analiza pormenorizadamente la protección penal de la ordenación del territorio y del urbanismo de los arts. 319 y 320 CP. En esta monografía se dedica un capítulo a la prevaricación urbanística (pp. 141-184), desarrollando especialmente la cuestión del sujeto activo (y mencionando los supuestos de externalización de servicios en las pp. 149-150) y de las modalidades de conductas típicas activas y omisivas. También encontramos referencias muy didácticas a los delitos de prevaricación urbanística en manuales de Derecho penal como el *Memento práctico Penal*, coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, Francis Lefebvre, Madrid, 2023, núm. 13562-13585 (sección escrita por L. POZUELO PÉREZ); el que dirige L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, en el capítulo «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I): Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo», a cargo de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 980-990); en el manual de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 24.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que trata los delitos de urbanismo en el Capítulo XXV (pp. 573-588); o el coordinado por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal Parte Especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, donde trata los delitos de urbanismo en la Lección XXXIII (pp. 601-606, a cargo de C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ).

Por otro lado, resultan interesantes las reflexiones de A. C. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, «Las prevaricaciones urbanísticas omisivas del art. 320.1 CP», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 67, 2022, pp. 1-27, que, además de criticar la redacción del precepto (porque dice que debería exigirse con la omisión de inspecciones obligatorias que se hubiera cometido una infracción urbanística grave o delito urbanístico), sostiene que los funcionarios de carrera son los únicos que pueden ser sujeto activo de los delitos de prevaricación omisiva de los incisos segundo y tercero del art. 320.1 CP porque son los únicos que están habilitados para el ejercicio de la potestad inspectora (p. 15). N. MORÓN PENDÁS e I. MORÓN PENDÁS, por su parte, hacen un análisis más genérico en «Responsabilidades penales y administrativas en materia de medio ambiente y ordenación del territorio», *Revista Penal México*, núm. 21, 2022, pp. 37-47.

3.1.2. Delito de prevaricación medioambiental

Dentro del Capítulo III del CP, que se refiere a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el art. 329 CP castiga otra modalidad de prevaricación: aquella que comete la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, informa favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes capaces de generar un riesgo grave en el medio

ambiente. Del mismo modo que ocurría con el delito de prevaricación urbanística, se trata de una *modalidad* del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Por esta razón, la jurisprudencia sostiene que, en principio, se aplica el art. 329 CP, pero que si por algún motivo no concurre alguno de sus elementos procederá la aplicación del tipo genérico del art. 404 CP, incluso aunque no se haya formulado acusación por ese delito específicamente, sin que ello conculque el principio acusatorio [*SAP Guadalajara 8/2022, de 31 de marzo, FJ 1.º (ECLI:ES:APGU:2022:357)*].

Sobre las modalidades omisivas de la prevaricación medioambiental, no se puede dejar de mencionar la *SAP Guadalajara 8/2022, de 31 de marzo*, que enjuicia una macrocausa iniciada tras un incendio ocurrido en 2016 en la localidad guadalajareña de Chiloeches, que provocó una nube tóxica y el vertido de residuos que se almacenaban de manera incontrolada en una planta de tratamiento de residuos peligrosos y no peligrosos. Esta sentencia, que absuelve a las siete autoridades enjuiciadas por prevaricación medioambiental, realiza varias precisiones: la primera, que no cabe apreciación de delito continuado en las conductas omisivas «pues el delito de prevaricación por omisión se vertebra, por definición, por una plural inactividad, de suerte que el delito se integra por una pluralidad de omisiones» (FJ 1.º). La segunda, que el tipo objetivo del art. 329 (y 404) CP sólo lo integran las resoluciones que resuelvan de manera definitiva sobre el fondo de un asunto y que tengan eficacia ejecutiva, excluyéndose las que sean de mero trámite (FJ 7.º) —aunque, como veremos en el apartado 3.2.1 de los delitos de prevaricación genéricos, este criterio admite alguna matización—. La tercera, que es un delito doloso que requiere una actuación «a sabiendas» de la ilegalidad. Esto, que quizá parece una obviedad por la forma en la que está redactado el art. 329 CP, no lo es si tenemos en cuenta que existe una línea jurisprudencial que ha sancionado la prevaricación imprudente en ciertos casos (*ex arts. 329 y 331 CP*, que castiga la comisión imprudente de los delitos del Capítulo III), como, por ejemplo, hace el *ATS 204/2014, de 20 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1368ª)*, un caso sobre la actitud impasible del alcalde hacia un local que funcionaba sin licencia y realizaba intolerables emisiones de ruido. No obstante, esta línea jurisprudencial parece haber sido completamente superada, no sólo en esta sentencia, sino en otras que también se refieren al art. 329.1 CP como la de la *SAP de Madrid 109/2022, de 17 de febrero (ECLI:ES:APM:2022:244)*, donde, tras citar jurisprudencia del TS, afirma categóricamente que «el delito de prevaricación sólo puede cometerse dolosamente, sin que resulte suficiente siquiera un dolo eventual» (FJ 2.º).

También se refiere extensamente a la prevaricación medioambiental omisiva la *SAP de Badajoz, de 3 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APBA:2022:722)*, que pone de relieve una cuestión procesal clave: como la conducta del art. 329.1 CP (en este caso se trataba de la no tramitación de denuncias por ruido) se remite al art. 325 CP, si este delito no es objeto de acusación o no consta que se haya abierto causa penal por la comisión del mismo, el Tribunal no puede pronunciarse al respecto, aunque sí lo examine desde la perspectiva del más genérico art. 404 CP (FJ 1.º). En sentido parecido, la mencionada *SAP de Madrid 109/2022, de 17 de febrero*, recuerda que la inexistencia de una conducta relevante contra el medio ambiente impide que se desencadene la obligación de actuar

del garante, lo que le hace confirmar la absolución de la alcaldesa de Manzanares del Real por no haber iniciado un procedimiento sancionador o por no haber contratado un técnico para elaborar un estudio de insonorización de una empresa que emitía sonido y vibraciones a las viviendas colindantes. Sí condena por prevaricación omisiva la *SAP de Madrid 624/2022, de 5 de diciembre (ECLI:ES:APM:2022:18179)*, donde unos requerimientos formales dirigidos a las empresas infractoras se consideran insuficientes ante la información de la que disponían el alcalde y la concejal de Urbanismo de Serranillos del Valle sobre el incumplimiento de la normativa de protección del medio ambiente. En estos casos, la tolerancia y permisividad continuada en el tiempo por parte de los máximos responsables del Consistorio equivale a autorización o licencia, sin que pueda argumentarse, para eludir las propias responsabilidades, la posible intervención de otros o la preexistencia de la situación: «La restauración de la legalidad medioambiental constituye una competencia municipal, siendo la autonómica subsidiaria (en el caso de la Disciplina Urbanística) o paralela (en el caso de la Disciplina Ambiental), lo que no les excusa de la obligación de adoptar sus propias medidas, bien denegando las licencias de funcionamiento, bien clausurando las empresas que desarrollaban una actividad claramente perjudicial para el medio ambiente» (FJ 4.º).

Para una revisión específica de los delitos medioambientales resulta de utilidad el artículo de A. VINUESA TORREGOSA, «Los delitos medioambientales en el Código Penal Español», *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, vol. 13, núm. 9, 2022, pp. 33-69; y para una visión de la problemática más global, aunque sin incidir en aspectos concretos de la normativa española, el de N. SANZ MULAS, «Suicidio ecológico e impunidad. La urgencia de una justicia penal efectiva frente al desastre», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 15, 2022, pp. 1-43. No se pueden dejar de mencionar, nuevamente, los manuales de la Parte Especial del Derecho penal. Para evitar reiteraciones, ahora y en los siguientes grupos de delitos las referencias a los manuales las haré por el nombre del coordinador: así, resultan ilustrativos los capítulos dedicados a los delitos medioambientales en el manual coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por M. MARTÍN LORENZO (núms. 13.640-13.861); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 39, de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 1034-1035); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XXVI (pp. 589-615), o en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXIII (pp. 606-612) escrita por C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.

3.2. Delitos contra la Administración pública

3.2.1. Delitos de prevaricación

Conforme al art. 404 CP, comete delito de prevaricación «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Este artículo es el tipo residual de prevaricación, que se ve desplazado por aquellos otros que se refieren al mismo comportamiento en ámbitos determinados

(como los arts. 320 y 329 CP si son delitos contra la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, respectivamente) o que consisten en conductas más determinadas, como la del art. 405 CP, que castiga la propuesta o nombramiento para cargo público de persona que no reúne los requisitos.

Un análisis sobre los pronunciamientos más relevantes sobre prevaricación y malversación en el último año debe comenzar, ineludiblemente, por la sentencia sobre el caso *ERE de Andalucía* [STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258)], que enjuicia a los principales responsables políticos y administrativos de la Junta de Andalucía que intervinieron en la gestión, concesión y pago de determinadas subvenciones que se concedieron al margen del control administrativo. Tal y como relatan los antecedentes de hecho, que son tan complejos que precisan de un índice que suministra la propia sentencia, se concedieron y pagaron una serie de ayudas sociolaborales con cargo a partidas presupuestarias no reguladas (transferencias de financiación al IFA) con la finalidad eludir el control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y la restante normativa de subvenciones para agilizar el procedimiento de concesión. Los responsables eran conscientes de la necesidad de regular el marco jurídico de las ayudas, como evidencian algunas iniciativas que se presentaron pero que finalmente no fueron aprobadas. ROCCASALVO, DOLZ LAGO y QUINTERO OLIVARES comentan distintos aspectos de la sentencia en: M. ROCCASALVO, «Riesgo objetivo y dogmática del dolo. Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso *ERE*)», *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, núm. 2, 2023, pp. 702-717 (analizando y criticando el concepto de dolo del voto particular); M.-J. DOLZ LAGO en «Caso “ERES de Andalucía”: condena del ex presidente de la Junta por delito de prevaricación administrativa en concurso medial con malversación de caudales públicos», *Diario La Ley, Sección Comentarios de jurisprudencia*, núm. 10174, 21 de noviembre de 2022; y (muy críticamente) G. QUINTERO OLIVARES, «La sentencia de los ERE y algunas perlas jurídicas no cultivadas», *Almacén de Derecho*, 19 de septiembre de 2022.

En lo que a prevaricación se refiere, los hechos se califican como delitos de prevaricación continuada del art. 404 CP, cometidos tanto por quienes concedieron las ayudas en la Conserjería de Trabajo como por los que aprobaron su cobertura formal y facilitaron su concesión. Entre otras cuestiones, en el recurso se impugna la calificación de algunos de los actos —como los acuerdos del Consejo de Gobierno relacionados con los presupuestos de la Junta de Andalucía— como resoluciones arbitrarias a efectos del art. 404 CP. Uno de los argumentos utilizados para afirmar la plena legalidad de las transferencias de financiación como criterio de presupuestación es que el Parlamento andaluz aprobó después tales proyectos de ley de presupuestos (calificados de prevaricadores) que incluían tales transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales. Sostienen que la aprobación parlamentaria impide calificar como ilegales los acuerdos y los proyectos elaborados por el Gobierno.

El TS recuerda, no obstante, que los motivos de casación deben tener como punto de partida inexcusable los hechos probados y que estos incluyen: i) que los proyectos de ley y las modificaciones presupuestarios remitidas al Parlamento por el Gobierno de

la Junta de Andalucía incluían un criterio de presupuestación que *ya era* ilegal (uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones); ii) que la documentación remitida al Parlamento era escasa y confusa, y iii) que se habilitaron los créditos presupuestarios pero sin determinarse la forma de ejecución del gasto. Concluye, por tanto, que la actuación posterior del órgano legislativo convalidando las actuaciones del Gobierno (regidas por el régimen administrativo) no puede eliminar la *infracción previa*, de carácter administrativo, de un órgano precisamente encargado de velar por la legalidad de los presupuestos (FJ 5.º).

Otros dos argumentos profundizan en esta cuestión. Las defensas mantienen las decisiones que se adoptan en los procesos de elaboración normativa no son más que resoluciones de mero trámite, sin valor autónomo y sin transcendencia frente a terceros, por lo que no encajan en el elemento objetivo del delito de prevaricación; y que, en cualquier caso, son actos políticos inmunes a todo control jurisdiccional. Respondiendo a esta objeción, el TS parte de la distinta naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo, así como de la importancia de que el primero se ajuste a unas ciertas normas administrativas *mínimas*. Estas no afectan a la parte discrecional (la decisión política de prever ciertos ingresos y gastos), sino a la procedimental de obligado cumplimiento (procedimiento de elaboración y criterios financieros que desarrollan y aclaran los estados cifrados).

El TS afirma que el Gobierno y la Administración no pueden parapetarse tras la inmunidad parlamentaria «para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley», especialmente cuando «es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo». Por estas razones, concluye, los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley no son actos propiamente legislativos —y, por tanto, excluidos del ámbito objetivo del delito de prevaricación—, sino actos administrativos reglados sujetos a las exigencias típicas del art. 404 CP. Además, entiende que las resoluciones son de «contenido decisorio» y no exclusivamente de mero trámite (que también quedarían fuera del concepto de «resolución» en el tipo objetivo de la prevaricación), porque estas incluyen también las *actuaciones anteriores de relevancia* que hayan sido *imprescindibles* para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley. Así, tras examinar uno a uno los actos impugnados, el TS determina que todos deben ser considerados «resoluciones» a efectos del art. 404 CP, salvo los dictados por los secretarios generales técnicos que firmaban las Memorias que acompañaban las propuestas de modificación presupuestaria, porque fueron los únicos actos no determinantes para la irregular gestión de los fondos públicos (FJ 6.º).

Otra sentencia muy importante sobre corrupción es la del caso *De Miguel*, también conocido como el de *la Diputación de Álava*, en la STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1). Trata del concierto de exdirigentes miembros de la ejecutiva alavesa del PNV que, prevaleciendo de su capacidad de influencia y de su compañerismo político con personalidades que ocupaban puestos de relevancia en la

Administración autonómica y municipal, favorecieron la adjudicación de contratos públicos a empresarios que estuvieran dispuestos a pagar una comisión. Además, para encubrir el cobro de estas comisiones, constituyeron, bajo la titularidad de testaferros, varias sociedades que facturaban servicios ficticios a los empresarios beneficiados. Se plantea la cuestión del tipo de contribución del *extraneus* para ser calificado como cooperador necesario o inductor en un delito de prevaricación. El Tribunal centra el análisis en el elemento subjetivo del tipo de prevaricación (actuar a sabiendas de la *injusticia*) para determinar su concurrencia, y, en concreto, en su conocimiento de los indicios de arbitrariedad, como la tramitación sin publicidad del expediente de contratación, el fraccionamiento de los contratos y el hecho de que fueran empresas de reciente creación que carecían de experiencia o capacidad para justificar la preferencia para la realización de los trabajos (FJ 9.º —en sentido contrario, si no se demuestra el conocimiento sobre estos indicios, no puede calificarse la actuación como prevaricadora, cfr. FJ 53.º—). También, sobre el carácter de los actos que debe efectuar el cooperador necesario de un delito de prevaricación para ser calificado como tal, el Tribunal determina que formar parte de una mesa de contratación que *puede frenar la adjudicación y no lo hace* (p. ej., porque no excluye una propuesta que presenta errores sin subsanar, o porque propone una adjudicación a favor de un candidato a pesar de conocer la indebida forma de adjudicación del contrato), es una aportación necesaria y eficaz (FFJJ 27.º, 36.º y 59.º).

Otras sentencias recientes se ocupan de otros aspectos de la prevaricación. La *STS 1026/2021, de 17 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:978)*, por ejemplo, trata la prevaricación omisiva: se aborda el caso de un funcionario de policía que archivó hasta 39 expedientes de denuncias de tráfico prescindiendo de todo procedimiento, haciendo desaparecer las denuncias en la aplicación informática, o los soportes documentales, o no tramitando el expediente. El Tribunal parte de que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, como el principio de legalidad, y que, por tanto, se puede imputar como resultado —en comisión por omisión— el resultado (jurídico) de dejar de ajustarse a la legalidad, como lo es dejar de tramitar expedientes arbitrariamente (FJ 8.º). Otro supuesto se refiere a la imposibilidad de justificar *a posteriori* resoluciones que se habían adoptado sin seguir el procedimiento establecido. En la *STS 439/2022, de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1638)*, se discute el caso de un alcalde que había cesado a una interina que trabajaba en el Ayuntamiento como represalia por la denuncia que había interpuesto contra él un partido político. Este fue condenado como autor de un delito de prevaricación porque la había cesado sin seguir el debido cauce procedimental, aunque, de haberlo seguido, habría podido cesarla legalmente. El TS aclara que para que una resolución no incurra en arbitrariedad debe pasar un doble filtro de legalidad y legitimidad, y que, aun cuando se hubiera podido encontrar una causa legal para cesar a la interina, esto no puede servir para cubrir una arbitrariedad ya consumada ya que había acudido previamente a vías de hecho (es decir, sin haberse seguido las normas de procedimiento adecuadas).

En este último año cabe destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación: J. CASAS HERVILLA analiza el contenido de la posición de garante de la legalidad administrativa local del secretario municipal y examina los supuestos en los que no formular reparos o advertencias de ilegalidad a los que está obligado constituye una omisión penalmente típica en «La intervención del secretario municipal en los delitos de prevaricación: especial referencia a las omisiones penalmente típicas», *Diario La Ley*, núm. 9.996, Sección Tribuna, 25 de enero de 2022. J. LÓPEZ CALVO advierte sobre los problemas de legalidad y seguridad jurídica que plantea una aplicación excesivamente generosa del delito de prevaricación, y, en concreto, sobre el riesgo de hipertrofia de este delito al invadir casos de silencio administrativo, arbitrariedad, subsanación, supuestos de invalidez «y otras muchas de las acciones cotidianas en que la displicente y altiva legislación colisiona con la pedestre y embarrada realidad», en «¿Hacia una “gran dimisión” en la gestión pública?», *Diario La Ley*, núm. 10.105, Sección Tribuna, 7 de julio de 2022. En sentido opuesto, en R. REBOLLO VARGAS y J. CASAS HERVILLA, «El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma», en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Los Lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 99-140, los autores sugieren una serie de medidas de carácter penal, procesal y administrativo. Entre las de carácter penal, proponen una reforma del delito básico de prevaricación administrativa: en primer lugar, ampliando la conducta típica con las referencias a la emisión de informes —jurídicos o técnicos— contrarios a la legalidad administrativa (con una enorme capacidad de influencia en los procesos de aprobación de resoluciones en la práctica), a la emisión de votos favorables a la aprobación de una resolución arbitraria, y a la omisión de perseguir infracciones administrativas; para así equiparar el tratamiento de la prevaricación genérica a sus modalidades de prevaricación urbanística y medioambiental de los arts. 320, 322 y 329 CP (pp. 101-110). En segundo lugar, dando una redacción al precepto que admita sin dificultad la punición de las conductas ejecutadas con dolo eventual (p. 111). Por último, proponen una revisión del sistema de penas para equipararlas como mínimo al resto de modalidades de prevaricación (pp. 113-115).

R. ALCÁZER GUIRAO también efectúa un interesantísimo e incisivo análisis sobre el problema de la responsabilidad penal de los asesores técnicos (*extraneus*) en «La responsabilidad penal de los asesores (algunas disonancias en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito fiscal y, en particular, el delito de prevaricación)», *La Ley Penal*, núm. 155, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, marzo-abril de 2022. Este autor plantea los problemas de atribución de responsabilidad en los delitos especiales cuando, en un contexto de creciente complejidad de las decisiones que han de adoptarse en el tráfico jurídico, el *intraneus* recurre al criterio de asesores técnicos, confiando en ellos, y adopta su decisión sin conocimiento de su ilegalidad. El problema se origina porque, con las reglas generales de imputación, no puede hacerse responsable ni al *intraneus* (por falta de dolo), ni al *extraneus* (por el criterio de la accesoriedad en la participación, que presupone una conducta típica de autoría). El autor, tras analizar las propuestas de

la jurisprudencia del Tribunal Supremo para evitar estas laguna de punibilidad (prescindiendo, por ejemplo, de los elementos especiales de autoría inherentes al delito de prevaricación), proyecta su análisis sobre el delito fiscal y la prevaricación, y concluye que es necesaria una reforma legislativa para cubrir esa laguna, especialmente teniendo en cuenta que cuando el legislador ha considerado necesario sancionar la elaboración de informes técnicos en el procedimiento administrativo lo ha hecho expresamente en las modalidades de prevaricación de los arts. 320, 322 o 329 CP.

Por último, debemos mencionar nuevamente los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el de F. MOLINA FERNÁNDEZ se refiere a los delitos de prevaricación administrativa en la sección de L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.535-16.544; el manual que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 48, escrito por el propio L. MORILLAS CUEVA (pp. 1229-1244); en el Tema 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO del manual de J. M. SILVA SÁNCHEZ (pp. 387-394); en el Capítulo XLI de F. MUÑOZ CONDE (pp. 953-960); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVII (pp. 699-708), escrita por E. ORTS BERENGUER. También es muy didáctico el Tema 27, a cargo de J. C. FERRÉ OLIVÉ, en la obra dirigida por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 373-384.

3.2.2. *Delitos de cohecho*

Con el nombre de «cohecho», los arts. 419 a 427 *bis* CP regulan comportamientos que tienen que ver con lo que popularmente se conocen como «sobornos». El objetivo de estos artículos es preservar el buen funcionamiento de la Administración, evitando la influencia excesiva del interés privado en el ejercicio de las funciones públicas, para así preservar la su imparcialidad. Para lograr este objetivo, se tipifican las conductas de exigencia o aceptación de dádiva o promesa por parte de funcionarios para la realización de ciertos actos, o como recompensa por haberlos realizado (cohecho pasivo); o mediante la incriminación de las conductas de ofrecimiento de pago o promesa por parte de los particulares y de la aceptación de las exigencias de pago hechas por los funcionarios (cohecho activo).

La STS 78/2023, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:391), trata sobre los abonos de cantidades con cargo a la caja «b» de la empresa a funcionarios como contraprestación a la adjudicación de contratos públicos. Al hilo de la valoración de la suficiencia de los medios de prueba para acreditar el delito de cohecho del art. 420 CP, el TS resume la jurisprudencia sobre este delito que protege sobre todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, reconociendo la especial dificultad de delimitación del «riesgo permitido» en este ámbito (FJ 3.º). En primer lugar, recuerda la clasificación doctrinal entre el cohecho activo (particular que soborna) y pasivo (funcionario que es sobornado); entre el cohecho propio (persigue un acto propio del cargo contrario al ordenamiento jurídico) y el impropio (acto propio adecuado al ordenamiento); y entre el antecedente y el subsiguiente (antes o después de haberse adoptado el acto administrativo); e incardina

los hechos del caso en el cohecho pasivo propio. En cualquier caso, sostiene el Tribunal, existe una homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho, lo que permite aplicar cualquiera de sus modalidades sin que pueda alegarse indefensión si no había sido introducida con anterioridad en el proceso.

Después recuerda que las conductas típicas son solicitar (petición unilateral expresa o tácita, oral o escrita, o mediante actos concluyentes, que no requiere acuerdo previo), recibir (aquí sí se requiere previo acuerdo) y aceptar (recibir el ofrecimiento de alguna ventaja en el futuro); y que no se requiere que la ilícita contraprestación del funcionario sea inmediata, bastando que se produzca a cambio de la dádiva. Y, finalmente, enumera los elementos comunes de los cohechos pasivos propios: *a)* por un lado, el carácter público de los sujetos activos (sobre este tema concreto es muy útil consultar el trabajo de F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «El concepto de funcionario público: algunas cuestiones problemáticas», en VVAA, *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 433-444); y, por otro, *b)* la actuación en ejercicio de su cargo, no siendo exigible que se trate del funcionario *encargado* del acto, sino que basta que se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho. Esto último es de lo que se sirve el TS para desestimar el recurso de unos acusados por delito de cohecho en el caso *De Miguel* (STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023), ya que, aunque la decisión objeto del cohecho fuese adoptada por otro funcionario (en este caso el presidente del Consejo de Administración), se apreciaba en el recurrente «una función pública particularmente próxima a la consecución de la actuación ilícita, pues formaba parte del órgano de dirección de la entidad alavesa y su comportamiento consistió, precisamente, en conducir la voluntad de quien ejercía específicamente la competencia de decidir para todos los parques tecnológicos de la comunidad autónoma» (FJ 7.º). Esta jurisprudencia es reiterada también en otras resoluciones, como en la STSJ de Madrid 84/2023, de 28 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2023:2261), donde se confirma una resolución que castiga a un funcionario de prisiones que aceptaba contraprestaciones económicas a cambio de introducir algunos efectos en prisión, como cargadores de móviles. Es indiferente para la concurrencia del tipo que la dádiva no esté cuantificada, aunque sí tiene incidencia en relación con la multa (FJ 8.º).

Sobre la aplicación conjunta del delito de cohecho con el de tráfico de influencias (por la intervención del recurrente en el proceso de recalificar como suelo industrial determinados terrenos de la localidad de Zambrana) o el de autoblanqueo (por hacer disposición y gasto de las cantidades dinerarias que recibió por un delito de cohecho pasivo), que los recurrentes sostienen que infringe el principio *non bis in idem*, el TS efectúa unas importantes consideraciones en la sentencia del caso *De Miguel*. Respecto al tráfico de influencias, entiende que ambas figuras tienen por bien jurídico protegido la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la Administración pública, por lo que estas actuaciones quedan absorbidas en el delito de cohecho porque se trataba de conductas en las que había desembocado el compromiso de manipulación. No obstante, entiende que esa posibilidad no es predicable respecto del delito de blanqueo de capi-

tales, que castiga el encubrimiento u ocultación de la procedencia ilícita de los bienes, ya que eran actos orientados específicamente a dotar al capital de una sólida apariencia de lícita procedencia. En concreto, se había probado que los acusados canalizaron sus ingresos ilegítimos hacia una empresa constituida a nombre de sus respectivas cónyuges, pagando a sus esposas viajes o dietas irreales para dar entrada legítima del dinero al patrimonio familiar.

En relación con el cohecho pasivo en atención al cargo o función del art. 422 CP, es decir, dádiva sin una contraprestación inmediata o tangible, en esta misma sentencia sobre el caso *De Miguel*, el TS aclara que el término «en consideración a su función» debe interpretarse en el sentido de que la razón del regalo ofrecido o entregado sea *únicamente* la especial posición que ostenta el cargo público que se beneficia de él, de modo que si el sujeto activo no desplegara tal función, el particular no se hubiera dirigido a él. En términos coloquiales, responde a lo que se denomina como «engrasar la relación» y debe sobrepasar «los módulos sociales que serían apreciables en una relación personal que se desarrolle con adecuada amabilidad y respeto para con quienes gestionan un interés público y mantienen por esa razón un contacto con los administrados». Es indiferente la identidad del favorecido, siempre que sea la autoridad o funcionario público quien se aproveche de la prebenda, como ocurriría, por ejemplo, si el beneficio lo disfrutase su cónyuge o sus familiares. Por estas razones, concluye, el hecho de que se abonaran las obras de un inmueble propiedad de la esposa del recurrente (cargo público con participación en el ámbito de la contratación pública) no excluye su responsabilidad por el delito de cohecho (FJ 12.3.º).

Sobre la relación del delito de cohecho y el de blanqueo de capitales, también es muy útil tener en cuenta la *STS 499/2022, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2059)*, sobre un caso de cohecho impropio por el regalo de dos relojes por parte de una empresa mercantil de transporte a una persona que ostentaba los cargos de Primer teniente de alcalde y de director y coordinador de un área del Ayuntamiento de Valencia. El Tribunal *a quo* describe que, para ocultar el origen ilícito de los relojes los cambió por otros y abonó la diferencia. Estos hechos le valieron la condena a la autoridad como autor de un delito continuado de cohecho del art. 422 CP y de blanqueo de capitales del art. 301 CP. El TS estima parcialmente el recurso, en concreto, la indebida condena por el delito de blanqueo de capitales. Enmarcando la cuestión en la doctrina de los «actos neutrales» —que se castigan únicamente cuando el sujeto conoce la finalidad del acto y los facilita objetivamente—, el Tribunal sostiene que de los hechos no puede inferirse que el propósito del acusado fuera la ocultación de bienes de origen ilícito. De hecho, el Tribunal *ad quem* sostiene que del relato fáctico se deduce justo lo contrario, ya que al cambiar los relojes a su nombre, el acusado «registra» su relación con el apoderado de la mercantil (FJ 4.º). Esta sentencia se encuentra también comentada en un artículo de M. E. ROSSO PÉREZ, «Análisis del delito de cohecho y de blanqueo de capitales a la luz de la Sentencia 499/2022 del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10.137, Sección Comentarios de jurisprudencia, 23 de septiembre de 2022.

En la doctrina, es imprescindible reseñar la monografía de G. D. M. CERINA, *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, que efectúa un análisis comparado de la regulación italiana y española; recensionada por E. RIQUELME PORTILLA en *InDret*, núm. 1, 2023. También es muy útil el minucioso artículo de M. J. JIMÉNEZ DÍAZ, «Respuestas del Código Penal frente a la corrupción», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 38, 2022, pp. 1-65, que trata aspectos más generales de corrupción, también entre particulares, y el estudio de M. POLAINO NAVARRETE, «Los delitos de cohecho tras las reformas penales de 2010 y 2015: una visión panorámica y crítica», en VVAA, *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*, vol. 2, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 749-767. M. MAZA MILLÁN ofrece un análisis orientado a la práctica en el capítulo sobre «Concurso del delito fiscal con el delito contable, blanqueo de capitales, cohecho, administración desleal y otros delitos económicos», en D. LOMA OSORIO y A. ULLATE (coords.), *Manual práctico del delito fiscal*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 737-750. Y, finalmente, es preciso mencionar el tratamiento del cohecho en los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.735-16.830; en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16, escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 394-401); en el Capítulo 52 del Manual dirigido por L. MORILLAS CUEVA, escrito por él mismo (pp. 1279-1294); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 987-993); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 719-727), escrito por E. ORTS BERENGUER, así como el Tema 28 de J. C. FERRÉ OLIVÉ, en la obra que utiliza el sistema de casos prácticos dirigida por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, pp. 385-396.

3.2.3. Delitos de tráfico de influencias

Los delitos de tráfico de influencias sancionan, por un lado, a los funcionarios públicos y a los particulares que *influyan* en otra autoridad o funcionario público para conseguir una resolución que les pueda reportar un beneficio económico directa o indirectamente, para sí o para un tercero (art. 428 CP para funcionarios, y art. 429 CP para particulares); y por otro, a los funcionarios públicos que *ofrezcan ejercer influencia* sobre otra autoridad a cambio de cualquier tipo de remuneración (art. 430 CP).

La mencionada STS 1008/2022, de 9 de enero de 2023 del caso *De Miguel* sobre la macro red de corrupción en la Diputación de Álava, resume la jurisprudencia más reciente sobre este tipo de delitos. En una de las ramas del caso, que trata sobre la influencia de dos de los acusados sobre el director del Parque Tecnológico de Álava para que contratara a la mercantil Urbanorma, S. A., para la prestación de algunos servicios jurídicos del Parque, confirma su condena como autores de un delito de tráfico de influencias por el compañerismo político y el poder que tenían los dos primeros en la organización alavesa del PNV. El tipo exige la existencia de una relación personal del sujeto con una autoridad o funcionario público. Pero no es suficiente la existencia de la misma,

sino que, además, es necesario que el sujeto actúe prevaleándose de ella y que, de esa forma, influya en quien debe resolver. El TS recuerda que la influencia o prevalimiento no es una modalidad de coacción sobre la voluntad del funcionario, sino más bien una sugestión o instigación dirigida a alterar su proceso motivador: «Se trata del aprovechamiento de un predominio o fuerza moral por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y con un influjo suficientemente eficiente por la situación prevalente que ocupa quien actúa». Este predominio, explica, puede tener origen en una relación personal ajena a la estructura administrativa, como una amistad muy intensa, o en cualquier situación de preeminencia no laboral. Además, este núcleo de la conducta —la influencia— lo comparte con el art. 429 CP, diferenciándose por la cualidad personal de quien ejerce las influencias y variando los medios de los que se prevale cada uno para ejercer la influencia. En el caso *De Miguel* se demuestra, por indicios como que pertenecían al mismo partido político, que los acusados instigaron activamente al director para que se adjudicara el contrato de asesoramiento jurídico a la mercantil (FJ 5.º).

Otro buen resumen de los elementos del tipo de tráfico de influencias lo encontramos en la *SAN 1/2023, de 9 de enero (ECLI:ES:AN:2023:1)*, donde se recuerda que, puesto que la finalidad debe ser la búsqueda de beneficio económico, quedan fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que no se dirigen a la obtención de una verdadera resolución, como los actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos; aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos (FJ 4.º1.1).

De las novedades doctrinales, es imprescindible reseñar una monografía específica de F. PÉREZ FERRER, titulada *Análisis doctrinal y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias. ¿Oportunidad o necesidad de tipificación en el Código Penal Español?* (Marcial Pons, Madrid, 2022), en el que la autora, tras analizar los instrumentos internacionales y regionales relevantes, aborda las principales cuestiones dogmáticas que plantean estos delitos, como el bien jurídico y los problemas concursales, en los Capítulos V y VI, además de efectuar un útil análisis jurisprudencial que incluye los mediáticos casos *Noos*, *Malaya* o *Palau de la Música*, o la trama *Gürtel*. Otro análisis general lo vamos a encontrar en el artículo de F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «El modelo de criminalización del tráfico de influencias en el Código Penal español y sus rasgos definitorios», *La Ley Penal*, núm. 154, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2022; y sobre la relación del tráfico de influencias con el «lobby», hay tres trabajos que deben mencionarse: el capítulo de I. OLAIZOLA NOGALES, «El delito de tráfico de influencias: su relación con el “lobby”», en F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (dir.), *Los lobbies. ¿Instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 35-60; y los artículos de F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, «Lobbying, influencias y corrupción. El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la Corrupción como modelo tipo para la criminalización del lobbying oculto», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 24, núm. 3, 2022, pp. 1-21, y el de M. J. QUESADA SARMIENTO, «Delito de tráfico de influencias y su conexión con el lobby», *Diario La Ley*, núm. 10.240, Sección Tribuna, 3 de marzo de 2023.

Por último, debemos mencionar los manuales de la Parte Especial del Derecho penal: el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ trata los delitos de tráfico de influencias en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.850-16.863; el Capítulo 53 del Manual dirigido por L. MORILLAS CUEVA, escrito por él mismo (pp. 1295-1304); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 996-1003); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 727-730), a cargo de E. ORTS BERENGUER; o en el Tema 30 del Manual dirigido por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, escrito por P. GÓMEZ PAVÓN (pp. 409-420).

3.2.4. *Delitos de malversación*

Debemos comenzar, nuevamente, por la ya parcialmente analizada sentencia del caso *ERE de Andalucía* (STS 749/2022, de 13 de septiembre). Además de por los delitos de prevaricación, condena, en concurso medial, por varios delitos continuados de malversación agravados *ex* art. 432 CP (recordemos, con una redacción distinta a la que le dio la Ley Orgánica 1/2015, y más parecida a la actual). Se sostiene que los acusados dispusieron de fondos públicos sin ajustarse a los múltiples controles que las leyes establecen antes y después de su concesión, y que el dinero presupuestado se utilizó para fines diferentes a los previstos en las correspondientes fichas presupuestarias, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones (FJ 7.º33.1).

La sentencia expone pormenorizadamente la doctrina del TS sobre el delito de malversación en el FJ VII. El tipo de malversación exige: i) una especial cualidad del sujeto activo (autoridad o funcionario público a efectos del art. 24 CP); ii) una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o sus efectos, ya sea de hecho o de derecho; iii) que los caudales sean de carácter público; iv) que se trate de una sustracción definitiva, por acción u omisión, donde no es preciso que estén determinadas exactamente las cantidades apropiadas sino, únicamente, la prueba de que se produjo la sustracción de caudales o efectos públicos; v) que exista ánimo de lucro propio o de un tercero, entendiéndose el «lucro» en sentido amplio, como beneficio incluso no patrimonial; vi) al ser un delito de resultado, también requiere de la disposición efectiva de los fondos públicos —incluso aunque parte de los pagos pudieran tener fines públicos (ayudas sociolaborales), estos quedaban supeditados al cumplimiento de exigencias legales—; y vii) debe haber, como mínimo, dolo eventual, incluso en los tipos de omisión impropia, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no lo haga. Para aplicar la agravación de «especial gravedad y entorpecimiento del servicio público», por tratarse de una cantidad total de 680 millones de euros, se pone de relevancia la importancia cuantitativa de los caudales públicos en términos absolutos y no relativos, comparándola, por ejemplo, con la totalidad o parte del presupuesto del ente público correspondiente —como sugería la defensa—, teniendo en cuenta que la jurisprudencia venía aplicando la agravación a malversaciones superiores a 50.000 euros sin referencia alguna. Señala, además, que la

presencia de este tipo de cuantías tan elevadas es suficiente para apreciar la existencia del daño o entorpecimiento del servicio público (FJ 7.º42.3).

La sentencia distingue entre quienes intervienen directamente en la disposición de los fondos y los que no lo hacen, pero debían haberlo hecho (infracción de un deber). Son particularmente importantes las consideraciones sobre esta última categoría de acusados que intervinieron en el proceso de presupuestación sin disponer materialmente de los fondos públicos, es decir, del ex presidente de la Junta de Andalucía y otros Altos Cargos ajenos a la Conserjería de Empleo. Según las defensas, se trataría de actos preparatorios impunes porque no tenían competencia sobre los fondos ni podían realizar ningún acto jurídicamente eficaz sobre los mismos. No obstante, el TS sostiene que son autores del delito de malversación porque tomaron parte activa, material y voluntaria en su ejecución, y en concreto, por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al Programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados». Lo relevante, sostiene el Tribunal, es que el funcionario tenga «una efectiva disponibilidad material [de los fondos públicos] sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata». En otras palabras: se requiere una relación especial entre el agente y los caudales (posición de garante), que le permita disponer eficazmente de los mismos, por sí mismo o a través de un tercero. Vuelve a incidir en esta idea poco después la *STS 769/2022, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3319)*, al sostener que «tener a su cargo» no sólo significa responsabilizarse de la custodia material, sino «ostentar una posición en la que los caudales no pueden salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones» (FJ 12.º).

El motivo de esta interpretación amplia, en el sentido de que no se ciñe a la estricta custodia material, lo proporciona la propia sentencia del caso *de los ERE*: «[r]esultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas» (FJ 7.º32.3). Por esta razón, concluye, las actuaciones de los que aprueban las partidas presupuestarias correspondientes (y las omisiones por no tomar medidas eficaces para evitar el dispendio cuando se conocieron los hechos), al ser imprescindibles para el posterior pago, no sólo contribuyen causalmente a la acción, sino que son conductas que conforman la acción típica (FJ 7.º35.2). Este planteamiento es luego cuestionado en el voto particular de la magistrada Ana Ferrer García, al que se adhiere la magistrada Susana Polo García, donde se critica la imputación subjetiva (a título de dolo eventual) del delito de malversación a los dirigentes ajenos a la Conserjería de Empleo porque sostiene que no se había demostrado que fueran conocedores del hecho de que los funcionarios de la Consejería estaban adjudicando los caudales públicos de manera fraudulenta en beneficio ilícito de terceros. Al menos, no con el alto grado de probabilidad con el que tendrían que haberse representado para que se tratase de dolo eventual y no simplemente de imprudencia.

Y ello en una estructura que «necesariamente se rige por el principio de confianza» en el reparto de funciones. El comentario de M. ROCCASALVO, mencionado en el apartado 3.2.1 sobre el delito de prevaricación, critica la argumentación del voto particular, principalmente por centrarse en el elemento subjetivo (ausencia de dolo), aunque en realidad lo que niegue es que haya un riesgo *ex ante* objetivamente típico y, por tanto, el tipo objetivo (pp. 708-717).

Sobre la delimitación de los ámbitos de aplicación de los delitos de malversación y fraude de la administración debe tenerse en cuenta la *STS 1286/2023, de 27 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1286)*, sobre adjudicaciones ilegales de contratos de distintas Administraciones y entidades públicas, que desestima la impugnación de la aplicación de un concurso medial entre el delito de fraude y malversación de caudales por vulneración del principio *non bis in idem*. Y lo hace principalmente porque entiende que «injustos» no se solapan, a diferencia de lo que ocurriría con el delito de fraude y estafa a la Administración: mientras que el delito de fraude protege la confianza pública en la Administración, y por tanto no exige un resultado, la malversación sí lo requiere porque castiga sobre todo conductas que perjudiquen a las arcas públicas. Así, en el FJ 28.º recuerda que, aunque la jurisprudencia venía manteniendo que el delito de malversación tenía naturaleza pluriofensiva —vulneración de la confianza en el buen funcionamiento de la Administración y perjuicio de los intereses patrimoniales y económicos de los entes públicos—, la inclusión del ánimo de lucro como requisito del tipo penal decantó la balanza a favor del carácter patrimonialista como bien jurídico *prevalente* en el delito de malversación. Por otro lado, el delito de fraude del art. 436 CP se estructura como delito de mera actividad (concertarse con otros o usar cualquier artificio para defraudar a un ente público, es decir, una *maquinación* para «despatrimonializar» al Estado), que no precisa que se produzca ningún resultado para «rellenar la tipicidad» del delito. Por esta razón, cuando exista maquinación o engaño además del perjuicio económico, deberá tratarse como un concurso real de delitos (por la pluralidad de acciones) entre el fraude y la malversación, «siendo el fraude medio para la comisión de la malversación lo que comporta la previsión penológica del art. 77 CP».

Sobre cuándo unos caudales adquieren jurídico-penalmente el carácter de «públicos» es relevante la *STS 815/2022, de 14 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3703)*, acerca de la concesión de un crédito por parte de la entidad Invercaria, cuyo socio único era un organismo público (la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía «IDEA»), a una empresa en una situación económica muy delicada —tanto que fue declarada poco después en concurso fortuito—, omitiendo las mínimas precauciones en la operación y eludiendo todo procedimiento formal. La defensa sostuvo que los caudales no eran públicos porque se trataba de una sociedad de capital de riesgo que perseguía una actividad lucrativa (entre otras cosas, concedía préstamos supeditados a la devolución de intereses). Además, como parte de su capital era de procedencia privada —como las devoluciones de los préstamos con los intereses—, no era posible saber si la inversión objeto del procedimiento penal lo era con dinero de procedencia privada o pública, «por lo que, ante la duda, los hechos no pueden ser calificados como delito de malversación».

En el FJ 3.º, el TS analiza la constitución de Invercaria, cuyo objeto social (como facilitar el acceso al crédito bancario de empresas andaluzas), órganos de administración y capital eran completamente públicos, y cuyo único accionista era la Agencia IDEA de la Junta de Andalucía. Se basa en normativa europea, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en el art. 2 de la *Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas con participación pública*, para determinar que Invercaria tiene carácter público a efectos del delito de prevaricación y malversación porque empresa pública es cualquier empresa en la que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante* en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen, como entiende que es el caso. Por esta razón, las actividades que «arriesgan fondos públicos» están condicionadas por principios administrativos como los de publicidad y concurrencia, que no son meras proclamaciones vacías, sino que pueden ser susceptibles de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación si se dictan de forma arbitraria, y deben ejecutarse adoptando unos mínimos deberes de cuidado, como la comprobación de la situación económica y contable, para excluir la responsabilidad por malversación si se acaba perjudicando económicamente a la Administración pública.

Finalmente, sobre la relación entre los delitos de malversación y prevaricación, el TS confirma debe ser de concurso medial porque la malversación no agota el injusto material de una conducta que defrauda específicamente la confianza pública en la Administración. Citando jurisprudencia anterior, mantiene que «[c]uando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación» (FJ 3.º).

En sentido contrario, no toda decisión administrativa irregular que integre un delito de prevaricación, como una contratación irregular, constituye automáticamente un delito de malversación cuando se ejecuta. En la ya mencionada *STS 769/2022, de 15 de septiembre*, el Tribunal recuerda que en estos casos el apartamiento de la legalidad es predicable de la celebración de los contratos, pero no del pago que materialmente han llegado a obtenerse, pues lo contrario sería un claro supuesto de enriquecimiento injusto para el perceptor del servicio. En estos casos sostiene que prevalece la obligación de satisfacer las deudas que guardan correspondencia real con la obtención de la prestación, como era el caso, porque esta surgía de un acto administrativo dotado de plena eficacia (FJ 12.º3). En otras palabras: una decisión prevaricadora que conlleve un pago sólo será además malversadora si la cuantía desembolsada no está justificada, por ejemplo, por tratarse de un precio irreal o por haberse abonado una cantidad que no se corresponde con los trabajos efectuados. Por ejemplo, en la *STS 442/2022, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1637)*, se condena por malversación porque la contratación irregular tenía como objeto la realización de una actividad inexistente (FJ 3.º). En este supuesto se simulaba la contratación, a cargo de una empresa dependiente de la Diputación de Valencia, de una persona para

que realizase las funciones de Coordinación de Brigada Forestal, aunque sin la intención de que desempeñase tales funciones sino otras de asesoría.

Al haberse reformado los delitos de malversación muy recientemente, en la *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre*, son escasos los comentarios doctrinales sobre la nueva configuración de los delitos de malversación. Además de los comentarios académicos ya reseñados en el apartado 2.1 sobre las modificaciones legislativas, en algunos textos de 2022 se analiza la regulación de los delitos de malversación de caudales públicos de acuerdo con la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, como en M. E. ROSSO PÉREZ, «La malversación de caudales públicos», *Diario La Ley*, núm. 10.108, Sección Tribuna, 12 de julio de 2022, que expone los caracteres básicos de la regulación; y se ponen en relación con las (en ese momento) proyectadas reformas en J. J. ROMERO ABOLAFIO, «El delito de malversación en clave de integridad pública: situación actual y perspectivas de reforma», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 138, III, Época II, 2022, pp. 131-178. Es muy ilustrativo e incisivo el capítulo de libro de N. DE LA MATA BARRANCO, «Administración desleal de dinero público: la nueva malversación», en M. OLMEDO CARDENETE, N. CASTELLÓ NICÁS, M. J. JIMÉNEZ DÍAZ, J. BARQUÍN SANZ y C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (coords.), *Estudios en Homenaje al Prof. Dr. D. Jesús Martínez Ruiz*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 509-518; así como las consideraciones de M. A. MORALES HERNÁNDEZ en esa misma obra colectiva, en «Nuevas situaciones de concurrencia delictiva originadas entre delitos que persiguen la corrupción pública tras las últimas reformas penales», pp. 487-496. De N. DE LA MATA BARRANCO también es muy útil una esquemática entrada en el *blog Almacén de Derecho*, «La reforma de la malversación: ¿para qué?», publicada el 2 de enero de 2023; y sobre un aspecto muy concreto (concesión arbitraria de una beca) es muy valioso el comentario de M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «Delito de malversación: concesión arbitraria de una beca por parte de una fundación privada vinculada a una empresa pública cuyo capital es mayoritariamente público», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 65, 2022, pp. 305-314. Por último, los Manuales de la Parte Especial del Derecho penal tratan este delito (aunque es preciso señalar que sólo está actualizado el de J. M. SILVA SÁNCHEZ): en el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núms. 16.880-16.907; en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 401-421); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 54, del propio director (pp. 1305-1318); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítulo XLII (pp. 1003-1007); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en la Lección XXXVIII (pp. 730-733), escrita por E. ORTIZ BERENGUER; o en el Tema 29 del Manual dirigido por C. ARMENDÁRIZ LEÓN, a cargo de J. GÓMEZ LANZ (pp. 497-408).

4. CONCLUSIONES

Primera. Que las modificaciones legislativas más relevantes incluyen la reestructuración de los delitos de malversación (volviendo al modelo anterior a la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*) y la creación de un delito de enriquecimiento ilícito

(art. 438 *bis* CP). Se castigan tres modalidades de malversación: la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (nuevo art. 432 CP); el uso temporal de bienes públicos y su reintegro (art. 432 *bis* CP); y los desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación (art. 433).

Segunda. Que la Ley 2/2023 de protección de los informantes (*whistleblowers*) no impide que los informantes incurran en responsabilidad penal respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente (art. 38.2). Tampoco prevé la eliminación o atenuación de la responsabilidad penal de los que participan en un hecho delictivo, pero después lo denuncian, como propone la doctrina.

Tercera. Que, en la sentencia del caso *de los ERE*, el concepto de «resolución» de los delitos de prevaricación se interpreta de manera amplia, incluyendo los acuerdos prelegislativos que deben ajustarse a una legalidad mínima (y que no quedan, por tanto, abarcados por la inmunidad parlamentaria), siempre que sean determinantes para la consecución del resultado ilegal, que en ese caso era la irregular gestión de los fondos públicos.

Cuarta. Que la adopción de cautelas *ex ante* (y no *ex post*) con buena fe, así como la ausencia de acciones encaminadas a *ocultar* o *engañar*, son criterios que emplea la jurisprudencia normalmente para excluir la aplicación del delito de prevaricación (en cualquiera de sus modalidades) por entender que no se ha actuado «a sabiendas de la injusticia», «en clara ilicitud», o con «*actitud grosera* [hacia la legalidad]».

Quinta. Que la jurisprudencia admite la aplicación de la prevaricación en comisión por omisión cuando se dan las condiciones que obligan al funcionario público o a la autoridad a actuar (p. ej., un informe vinculante que obliga a detener unas obras) y no lo hace.

Sexta. Que el elemento «realizar en el ejercicio de su cargo» del delito de cohecho no exige que se trate del funcionario *encargado* del acto, sino que basta que tal acto se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho.

Séptima. Que si bien la relación entre el delito de cohecho y el tráfico de influencias es de absorción del primero por el segundo porque ambas tienen por bien jurídico protegido la objetividad e imparcialidad en el desempeño de la Administración pública; la relación entre el cohecho y el blanqueo de capitales, que castiga el encubrimiento u ocultación de la procedencia ilícita de los bienes, es de concurso de delitos.

Octava. Que para la «disposición efectiva» de caudales públicos en el delito de malversación no se precisa una inmediata posesión o tenencia de los fondos, sino que lo relevante es que exista una relación especial entre el agente y los caudales que le permita disponer de los mismos por sí mismo o a través de un tercero. Es decir, que lo importante es que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones. Y esto es así para evitar, como señala la sentencia del caso *de los ERE*, que resulten beneficiados —de una interpretación que asimile la «disposición» a una relación inmediata o material— los rectores y dirigentes políticos de la Administración pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

INFORMES DE AYUNTAMIENTOS

N.º Expediente: 204-2022-1124

Se ha recibido petición de informe de la Dirección General de Contratación y Servicios, de 19 de octubre de 2022, en la que se solicita criterio acerca de «la necesidad de recabar informe preceptivo de la Asesoría Jurídica en los expedientes de revisión excepcional de precios que se tramiten al amparo del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo». Examinada la consulta planteada, procede emitir INFORME sobre la base de las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primero. La revisión de precios de los contratos del sector público se regula con carácter ordinario en la 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, en sus arts. 103 a 105 (en adelante, LCSP).

Sin perjuicio de lo anterior, el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, ha regulado en sus arts. 6 a 10 una revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público.

La justificación incorporada a la exposición de motivos del Real Decreto-ley para configurar un mecanismo excepcional de revisión de precios en los contratos del sector público es la siguiente:

«Las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 han repercutido de una manera directa en la ejecución de determinados contratos del sector público. Tras el descenso experimentado en 2020, los precios de las materias primas han subido con fuerza en 2021 en el contexto

de la recuperación económica. El alza extraordinaria del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas unidades de obra, ha repercutido de manera intensa en los contratos de obras.

Todo ello ha tenido como consecuencia que la ejecución de un número significativo de contratos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente la economía de estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público.

La 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, permite en su art. 103 la revisión periódica y predeterminada para los contratos de obra del sector público a través del mecanismo de la revisión de precios, aplicable cuando el contrato se haya ejecutado al menos en un 20 por 100 de su importe y hayan transcurrido dos años desde su formalización. Sin embargo, la magnitud y el carácter imprevisible del alza experimentada en el último año por los precios de un número limitado de materias primas indispensables para la realización de determinadas obras no es posible afrontarla con dicho mecanismo en aquellos contratos cuyos pliegos no incorporan revisión de precios, así como en aquellos que, incorporándola, no hubieran transcurrido dos años desde su formalización o no se hubiera ejecutado el 20 por 100 de su importe.

Ante esta circunstancia, notablemente perjudicial para el interés público subyacente en cualquier contrato del sector público y que también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil, se ha considerado oportuno adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional para, únicamente en estos supuestos, permitir una revisión excepcional de los precios del contrato».

Como puede apreciarse, el Real Decreto-ley se dicta para atender una necesidad urgente dentro de una coyuntura singular. Para atender tal necesidad, se prevén una serie de reglas que establecen el marco completo de la revisión excepcional de precios en los arts. 6 a 10. En dichos preceptos se regulan:

1. Los casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras.
2. El reconocimiento de la revisión excepcional de precios.
3. Los criterios de cálculo.
4. El procedimiento para la revisión.
5. El pago de la cuantía resultante.

Por tanto, el Real Decreto-ley establece un marco completo y especial, separado del previsto en la LCSP.

Además, se trata de una normativa destinada a regular una situación temporal porque pretende atender las peculiaridades de la coyuntura económica actual. Por ello, en el art. 6, apartados 1 y 2, se acotan los supuestos en los que cabe la revisión excepcional que, como se observa, se limita a contratos adjudicados en un concreto periodo de tiempo, no siendo la vocación del legislador que este régimen perdure en el tiempo:

«1. Excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de este real decreto-ley, o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, se reconocerá al contratista la posibilidad de una revisión excepcional de precios siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley.

Igual posibilidad de revisión excepcional de precios se le reconocerá al contratista en aquellos contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que forman parte del sector público estatal, cuyo anuncio de licitación se publique en la plataforma de contratos del sector público en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto ley y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establezca una fórmula de revisión de precios, siempre que concurra la circunstancia establecida en este real decreto-ley.

Dicha revisión excepcional se reconocerá con independencia del régimen jurídico que por razón temporal o de la materia se aplique al contrato.

Esta previsión será también aplicable a los contratos privados de obras a que alude el art. 26 de la 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.

2. La posibilidad de revisión excepcional de precios a la que alude este real decreto-ley será igualmente aplicable, en las mismas condiciones establecidas en este real decreto-ley, a los contratos públicos de obras que se sometan a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales».

Segunda. La revisión de precios regulada con carácter ordinario en los arts. 103 a 105 LCSP no exige *per se* un informe del correspondiente servicio jurídico de cada órgano de contratación. Sin embargo, en el caso de las entidades locales, la disposición adicional tercera de la misma norma, en su apartado 8, dispone:

«8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario. Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación, modificación de contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Corresponderá también al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Conforme a lo dispuesto en la letra e) de la disposición adicional octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladoras de las Bases del Régimen Local, en los municipios acogidos al régimen regulado en su Título X, corresponderá al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al secretario en el presente apartado. La coordinación de las obligaciones de publicidad e información antedichas corresponderá al titular del Órgano de Apoyo a la Junta de Gobierno».

Es bajo esta premisa que, siendo preceptivo el informe del servicio jurídico de los entes locales en el caso de las revisiones ordinarias de precios, se puede plantear la duda acerca de la necesidad de emitir informe en el caso de las revisiones excepcionales de precios contempladas en el Real Decreto-ley 3/2022.

Pues bien, la respuesta a tal pregunta ha de ser negativa, por las razones que se expondrán a continuación.

I. Como hemos indicado, el régimen establecido en el real decreto-ley es un régimen especial y temporal. Ello implica que sólo cabrá acudir a las normas de la LCSP cuando el real decreto-ley no de solución al problema jurídico que se plantee. Así lo prescribe el Código Civil (en adelante, CC), en su art. 4.2:

«2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

Tal ha sido el criterio sostenido por la Abogacía General del Estado, por ejemplo, en el caso del régimen extraordinario que se estableció por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su art. 34, en materia de contratación del sector público. En su informe A.G. Transportes, Movilidad y Agenda Urbana 1/20 (R. 351/2020) se partía de la siguiente premisa:

«Con carácter previo, este Centro Directivo comparte la premisa inicial del borrador de informe conforme a la cual “el art. 34 del RDL 8/2020, que es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos” y, por tanto, y mientras dure el estado de alarma, «la legislación ordinaria de contratos públicos sólo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran». Como este Centro Directivo ha afirmado en anteriores ocasiones, el Real Decreto-ley 8/2020 “es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)”, por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras dure el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo».

En el presente supuesto, como ya ha quedado indicado, al tratarse de una reglamentación completa, especial y temporal, cabe alcanzar similar conclusión a la que llegó la Abogacía General del Estado en la interpretación del art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, en el sentido de considerar aplicable la normativa ordinaria sólo cuando no se oponga a la normativa de excepción.

II. En ninguno de los preceptos del Real Decreto-ley 3/2022 se exige un informe preceptivo del servicio jurídico correspondiente. Regulando el art. 9 de dicha norma un procedimiento específico al efecto habría sido razonable que, de haber querido introducir un trámite de informe para este tipo de revisiones de precios, se hubiera contemplado en ese precepto. Sin embargo, no ha ocurrido así.

Tampoco la Comunidad de Madrid ha previsto o exigido el informe del correspondiente servicio jurídico a los entes locales en su Acuerdo de 6 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se declaran de aplicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo (BOCAM de 9 de julio de 2022). Antes al contrario, en el punto segundo de su acuerdo se establece que:

«Las universidades públicas y las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, mediante decisión individualizada del órgano competente, podrán declarar de aplicación a su respectivo sector público las medidas de revisión excepcional de precios en los contratos de obras contenidas en el título II del Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo».

Por tanto, ni el Consejo de Ministros en el texto inicial del Real Decreto-ley, ni las Cortes Generales mediante el acuerdo de convalidación, ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid han considerado procedente exigir un informe jurídico en el caso de los entes locales, ni tampoco han declarado aplicable la disposición adicional tercera de la LCSP.

En consecuencia, sólo cabría interpretar que el informe jurídico sería preceptivo si se acudiera por analogía (art. 4.1 del CC) a la meritada disposición adicional tercera. No obstante, no hay motivos para entender que exista una laguna en el Real Decreto-ley y, además, no existiría identidad de razón entre ambos casos de revisión de precios, pues la regulación del Real Decreto-ley es de urgencia y excepcional frente al régimen ordinario.

III. Por último, como ya ha quedado transcrito, la exposición de motivos del Real Decreto-ley señala que se pretende «la aplicación urgente e inmediata de la medida», así como que «se regula un sencillo procedimiento» para la revisión excepcional de precios.

En consecuencia, una interpretación teleológica y espiritual de la norma (art. 3.1 CC) colisionarían con la idea de introducir un trámite adicional no previsto expresamente que complique y dilate la resolución del procedimiento de revisión, máxime cuando los informes son facultativos y no vinculantes como regla general (art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

CONCLUSIÓN

Única. A la vista de las consideraciones emitidas en el presente informe, en respuesta a la consulta planteada por la Dirección General de Contratación y Servicios del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, hemos de concluir que en los procedimientos de revisión excepcional de precios de los contratos de obras no resulta preceptiva la emi-

sión de informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, sin perjuicio de que dicho informe pueda recabarse con carácter facultativo.

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el art. 28.1 de la Ley 22/2006 de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid y en el art. 57.2 del Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

En Madrid, a la fecha de firma electrónica.

N.º Expediente: 204-2022-538 MO

Desde la SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA del ÁREA DE GOBIERNO DE HACIENDA Y PERSONAL, se solicita INFORME FACULTATIVO A LA ASESORÍA JURÍDICA sobre «INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SUBVENCIÓN CONTEMPLADA EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8ª DE LAS BASES DE EJECUCIÓN DEL PRESUPUESTO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID 2022».

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El órgano que solicita informe expone que la *DT 8.ª de las bases de ejecución del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para 2022*, prevé el otorgamiento de una ayuda a sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en los siguientes términos:

«1. Se otorgará de oficio una ayuda de concesión directa a las personas naturales que tengan la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en el municipio de Madrid en el ejercicio 2022, que cumplan los siguientes requisitos:

a) Ser titular de un inmueble con un valor catastral total igual o inferior a 300.000 euros para uso distinto del de vivienda.

b) Estar empadronado en dicho inmueble a 1 de enero de 2022

c) No ser titular, en ningún tanto por ciento de régimen de propiedad, de ningún otro bien inmueble urbano, excluidos los garajes y trasteros adscritos al mismo,

2. El importe de la ayuda individual será la diferencia entre la cuota que le corresponda por el IBI de 2022 y la que le correspondería en caso de aplicación a su base imponible de un tipo de gravamen del 0,400 por 100 y se aplica directamente sobre la cuota líquida del Impuesto sobre bienes Inmuebles del ejercicio 2022 correspondiente a dicho inmueble».

Manifiesta el órgano gestor que se considera que la forma más adecuada para instrumentar la ayuda prevista es la *convocatoria pública de una subvención* a través del procedimiento de concurrencia competitiva simplificado, «dado que el crédito asignado es suficiente para atender todas las solicitudes que reúnan los requisitos establecidos». De esta forma, acompaña a la solicitud de informe borrador de Decreto de la Delegada del AG de Hacienda y Personal por el que, en su caso, se aprobaría la «convocatoria pública para la concesión de las subvenciones destinadas a personas titulares de una única vivien-

da, en la que estén empadronados a 1 de enero de 2022, para favorecer la reactivación económica de la ciudad».

No obstante, el órgano gestor admite que puede haber algunas dudas en torno a la cuestión expuesta. Indica que durante el debate en el Pleno de los Presupuestos Municipales 2022, «algunos intervinientes manifestaron su preocupación sobre la instrumentación de las ayudas previstas en la DT 8.^a de las bases de ejecución, a lo que la delegada del AG Hacienda respondió que durante la correspondiente tramitación, se recabarían los informes de los órganos de control interno». Así, «para una mayor seguridad jurídica en el cumplimiento de los objetivos previstos en la citada DT» solicita informe facultativo a la Asesoría Jurídica.

Son dos las dudas básicas que se plantean: i) adecuación al ordenamiento jurídico de la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a personas titulares de una única vivienda en el que estén empadronadas a 1 de enero de 2022 para favorecer la reactivación económica de la ciudad de Madrid, y ii) correcta aplicación del procedimiento elegido (concurencia competitiva simplificado).

En su petición, el órgano gestor expone los antecedentes de todas las cuestiones planteadas, y aporta su propio parecer jurídico sobre las mismas, respondiendo así a los requisitos que para el planteamiento de informes facultativos recoge la *regla 8.^a3 de la Instrucción 1/2020 de la AJ sobre criterios de actuación de los letrados del Ayuntamiento de Madrid*.

Pasamos a aportar nuestro propio análisis jurídico en el siguiente apartado, exponiendo primero consideraciones jurídicas generales [apdos. A) a C)], para contemplar después el caso concreto que se nos somete a análisis [apdos. D) y E)].

2. ANÁLISIS JURÍDICO

2.1. Reserva de ley en materia tributaria. El Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Dice el *art. 133* de la *Constitución* que «la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley». Específicamente, y en cuanto a los beneficios fiscales, el *apartado 3* indica que estos se establecerán «en virtud de ley».

El principio de reserva de ley en materia tributaria consagrado por la CE, es manifestado también por otras normas. Así, la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* (en adelante LGT), bajo la rúbrica «Reserva de ley tributaria» dispone en su *art. 8* que se regularán en todo caso por ley: «*d*) el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

El *art. 14* de la misma norma indica que «no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

De esta manera, como vemos, ni siquiera la Administración puede disponer, condonar o establecer exenciones del crédito tributario, pues como indica el *art. 18* de la citada LGT, este es indisponible «salvo que *la ley* establezca otra cosa».

En el ámbito local, el *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, dice en su *art. 9* que «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». Añade que «no obstante, también podrán reconocerse los beneficios fiscales que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la ley».

Por tanto, en el ámbito local encontramos dos supuestos: i) beneficios fiscales obligatorios, previstos por la ley, y que las entidades locales se tienen que limitar a aplicar, y ii) beneficios fiscales potestativos, que son los que la ley permite que establezcan las entidades locales en sus respectivos municipios a través de ordenanzas fiscales. *Fuera de estos dos supuestos, las entidades locales no pueden establecer beneficios fiscales.*

El *Impuesto sobre Bienes Inmuebles* (IBI) -el que nos interesa a efectos de este informe- es un tributo directo de titularidad municipal y exacción obligatoria que grava el valor catastral de los bienes inmuebles. Está previsto en los *arts. 60 y ss.* de la citada LGT, indicando ese mismo *art. 60* que opera «en los términos establecidos en esta ley». El *art. 70* define el tipo de gravamen aplicable, y los *arts. 73 y 74* prevén bonificaciones obligatorias y potestativas; no tienen un carácter meramente enunciativo o ejemplificativo, sino que constituyen un auténtico *númerus clausus* que no permite la aplicación de supuestos análogos o similares, en coherencia con el principio de reserva de ley en materia tributaria ya expuesto.

2.2. Las subvenciones

Según el *art. 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones* (LGS), se entiende por subvención toda disposición dineraria realizada por las entidades locales (entre otros sujetos), a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: *a)* que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; *b)* que esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación [...], y *c)* que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

Los siguientes apartados del precepto recogen supuestos que, o bien no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley (apdos. 2 y 3), o bien que no tienen en ningún caso carácter de subvención (apdo. 4). Entre estos últimos, el *subapartado g)* dice

expresamente que «no tienen carácter de subvención los beneficios fiscales». Tal previsión es acorde y deriva del principio de reserva de ley en el ámbito tributario.

Conviene por tanto definir, en primer lugar, qué entendemos por «beneficio fiscal». El Tribunal Supremo reconoce en su *Sentencia de 6 de marzo de 2000 (rec. 3833/1995)* que no existe en nuestro derecho un concepto jurídico, ni siquiera una terminología única, sobre esta cuestión. Así, afirma el TS que «desde el punto de vista de la política económica se utiliza la expresión “incentivo fiscal”, desde la perspectiva del derecho tributario, la de “beneficios fiscales”, y desde el punto de vista del derecho presupuestario la de “gastos fiscales” [...]. Añade que «no es misión de la Sala elaborar trabajos doctrinales, pero sí puede sostener perfectamente, que el concepto de beneficios fiscales es un genérico que comprende específicamente las exenciones, bonificaciones, tipos reducidos, reducciones, desgravaciones, etc., en cuanto sean excepciones singulares al planteamiento estructural y funcional de un tributo por razones exógenas de carácter social, económico, etc.».

2.3. Beneficios fiscales a través de subvenciones: jurisprudencia

Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en diferentes ocasiones sobre la utilización de la figura subvencional como instrumento para recoger auténticos beneficios fiscales, lo que contravendría el principio de reserva de ley en materia tributaria.

La Ordenanza Fiscal General de Subvenciones en la Tributación Local en el Ayuntamiento de Fuengirola, de 12 de enero de 2004, disponía en su art. 4: «Las personas físicas empadronadas en Fuengirola gozarán de una subvención equivalente al 30 por 100 en los impuestos y tasas que se indican en esta Ordenanza sobre las cuotas resultantes, después de las bonificaciones y reducciones que en cada Ordenanza particular estén contenidas». El TSJ de Andalucía estimó el recurso planteado contra dicha ordenanza, recurriendo la corporación municipal dicha sentencia ante el TS. Este, mediante *Sentencia de 14 de noviembre de 2012 (rec. 697/2010)*, desestima el recurso de casación confirmando la nulidad del precepto. Considera que «es patente que la medida adoptada no encaja en el concepto de subvención, por no suponer una disposición dineraria, ya que el incentivo aprobado consistía en una minoración de los tributos, en un 30 por 100, a las personas físicas empadronadas en el municipio, que venía a compensar la subida de impuestos establecida para 2004». Añade que «desde el momento que la medida incidía directamente respecto de la cuota tributaria de los impuestos y tasas a que se refería la ordenanza, no cabe invocar la doctrina de esta sala establecida en la sentencia de 16 de diciembre de 1994».

La *STSJ de Andalucía, Málaga, 1984/2008, de 30 de junio*, valora una resolución del Pleno del Ayuntamiento de Torremolinos por el que, en relación al IBI, se acordaba aprobar una subvención a las personas empadronadas en dicha localidad con dos años de antigüedad, «por importe equivalente al aumento que sufran los recibos de este im-

puesto, de forma que el importe a pagar por los empadronados sea igual al del ejercicio anterior».

Señala la sentencia que «es fácil comprobar que con la “subvención” se incide directamente sobre la carga tributaria que representa el IBI, reconociendo un beneficio fiscal a los propietarios empadronados en el municipio desde dos años antes, que no encuentra encaje alguno en la regulación legal del tributo». Añade que «de conformidad con la demandada, la única razón que impediría cuestionar la legalidad del acuerdo impugnado sería entender que, en realidad, con él no se establece aquel beneficio fiscal sino que se limita a otorgar una subvención, amparada pues en la regulación general que de esta materia contenía el art. 234 del Reglamento de Servicios de las entidades locales, y que actualmente recoge la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, previsiones estas que, sin embargo, como es natural, y a pesar del nombre empleado, no excusan el examen de la verdadera naturaleza de la medida [...] ya de antiguo [esa normativa], a pesar del reconocimiento de la potestad local de fomento, prohibía la concesión directa o indirecta de subvenciones en cuantía equivalente o análoga a las que representen cualquier recurso o imposición que deban satisfacerse por particulares o entidades obligados a contribuir en favor de la respectiva Hacienda local, en cuanto signifiquen la concesión de exenciones no permitidas por la Ley o supongan compensación de cuotas liquidadas [...]. En la actualidad, de aquel concepto de subvención se excluyen los beneficios fiscales».

La *STS de 19 de mayo de 2014 (recurso 3775/2010)* confirma otra del TSJ de Cantabria (7 de abril de 2010), que había declarado nulo un acuerdo del Ayuntamiento de Castro Urdiales para modificación de su ordenanza Fiscal 1 reguladora del IBI, que indicaba: «El importe del recibo a pagar será el resultado de restar de la cuota líquida del impuesto, la subvención que en su caso corresponda según lo establecido en la Ordenanza Municipal reguladora de la Subvención al Contribuyente Empadronado en el Municipio de Castro Urdiales para el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana».

Considera el TS que «estamos ante la minoración de la cuota líquida del IBI decidida por un Ayuntamiento, utilizando un peculiar mecanismo como es la subvención [...] Partiendo del respeto a la autonomía local y a la posibilidad legal de que los Ayuntamientos apliquen en las ordenanzas fiscales beneficios potestativos, estos se fijarán con respecto a las previsiones legales del TRLHL y de la Ley General Tributaria, debiendo fijar las cuotas del IBI conforme a lo dispuesto legalmente [...]. Si pretendía evitar subidas excesivas o poner un límite a los posibles incrementos anuales de la cuota del IBI, debió de acudir a las reducciones por bonificaciones potestativas, con su consiguiente régimen normativo, en lugar de utilizar el peculiar sistema de subvenciones ajenas por su naturaleza jurídica y fines al ámbito fiscal».

2.4. La subvención que se propone: sujetos pasivos titulares de un inmueble en Madrid que cumplan determinados requisitos.

Expuestas las consideraciones jurídicas generales, nos centramos ahora en el caso concreto que se nos somete a análisis. Tal y como se ha configurado la ayuda -y como se desprende del decreto por el que, en su caso, se aprobaría la convocatoria pública de la subvención- esta se otorgará de forma directa a las personas naturales que cumplan una serie de requisitos; en particular, ser titular de un único inmueble en Madrid en el que estén empadronados, a determinada fecha, y con un valor catastral inferior a determinada cifra. Si hemos entendido adecuadamente la mecánica prevista, la subvención opera en todo caso de forma independiente a la liquidación del tributo, que se efectuará por el sujeto pasivo como legalmente corresponda. Así, el importe de la ayuda individual será *la diferencia entre la cuota íntegra que le corresponda al sujeto pasivo por el IBI de 2022 del inmueble que habilita la concesión de la subvención, y la que le correspondería en caso de aplicar a su base imponible un tipo de gravamen del 0,400 por 100*.

Asegura el órgano gestor en su petición que la ayuda no conlleva modificación de los elementos tributarios, y «singularmente de la cuota del IBI, que se devengará y liquidará conforme a la normativa tributaria vigente, pues únicamente se utiliza como parámetro de cálculo». Añade que «estas fórmulas para el pago de la ayuda no alterarán en absoluto el procedimiento legalmente establecido para el cálculo de las cuotas líquidas del IBI conforme a los criterios de gravamen que corresponden al ejercicio 2022». Considera que «la subvención que se ha establecido nada tiene que ver con el IBI, ni altera la estructura y configuración de las cuotas que derivan de la aplicación de la ordenanza fiscal pues, reiteramos, la utilización de la figura del impuesto lo es a los efectos del cálculo del importe de la subvención a otorgar. Cualquier actuación tendente al pago de las ayudas que se concedan son sistemas externos que respetan, en su integridad, la estructura interna del impuesto».

En sentido estricto, y ateniéndonos a la forma en que está prevista la mecánica de la ayuda, entendemos los argumentos que esgrime el órgano gestor.

Y sin embargo, de acuerdo con: i) la naturaleza jurídica del instrumento subvencional según lo configura la LGS; ii) la interpretación que hace la jurisprudencia sobre la prohibición de que, por vía subvencional, se recojan auténticos beneficios fiscales y, sobre todo, iii) siguiendo una interpretación teleológica del principio básico sobre el que se asienta todo el sistema tributario —la reserva de ley—, no podemos validar la ayuda que se plantea en los términos que se proponen.

Efectivamente, ya hemos visto cómo el sistema tributario en general, y el establecimiento de beneficios fiscales en particular, se asienta sobre el principio de reserva de ley, expresado de forma clara por la LGT. Y bajo la rúbrica «Interpretación de las normas tributarias», dice el *art. 12* de esa Ley que las normas tributarias «se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del *art. 3* del Código Civil». Este dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el

contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

El impuesto en este caso se liquidará conforme corresponda por el sujeto pasivo que, de forma independiente, y como beneficiario de la subvención, recibirá una ayuda económica equivalente a la diferencia entre lo abonado aplicando el tipo de gravamen legalmente previsto, y lo que le correspondería abonar aplicando otro tipo de gravamen diferente. Y esto en puridad, y en última instancia, viene a suponer -aunque sea de forma derivada- tributar conforme a un tipo de gravamen distinto al que la ley prevé.

Siguiendo el espíritu de la ley, la interpretación finalista de sus previsiones, y la finalidad última del principio de reserva de ley consagrado en el ámbito tributario, a juicio de esta Asesoría Jurídica, *no puede validarse la subvención en la forma y mecánica en que esta se plantea*.

2.5. La subvención como actividad de fomento

Como ya hemos dicho, el *art. 2 de la LGS* condiciona la entrega de subvenciones, entre otros requisitos, a que «el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social, o de promoción de una finalidad pública».

Tradicionalmente se ha identificado la figura de la subvención en el ámbito de las entidades locales como un *recurso municipal de carácter finalista*, como una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general. La propia Exposición de Motivos de la LGS menciona «la actividad administrativa de fomento que se concreta en una subvención, como una de las medidas que utiliza la Administración Pública para fomentar la actividad de los particulares hacia fines considerados de interés general». Por su parte, el *art. 27 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955)*, indica que «serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a la mera liberalidad».

La *STS 1335/2021 de 16 de noviembre de 2021 (rec. 6955/2020)* señala que «resulta pertinente recordar la consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, expresada, entre otras, en las Sentencias de 7 de abril de 2003 (rec. cas. núm. 11328/1998) [...] en la que se afirma que la subvención se configura como una medida de fomento que utilizan las Administraciones públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente [...] lo cual deriva de la naturaleza modal o condicional propia de la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión».

En este caso, tanto la petición de informe, como la parte expositiva del propio decreto que regiría la convocatoria pública de la subvención, apelan como objetivo último

de esta «apoyar la capacidad de los hogares para contar con recursos económicos adicionales, como estímulo de la demanda general y compensación en sus rentas disponibles de aquellos efectos adversos» (los de la recesión económica).

A la vista de lo expuesto sobre el carácter finalista y la naturaleza modal de las subvenciones, y además de las consideraciones expuestas en el apartado anterior relativas al ámbito fiscal, la ayuda, tal y como está configurada, no tiene un completo encaje en la actividad de fomento que debe subyacer en todo caso a la concesión de subvenciones por una Administración Pública.

3. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones vertidas en este informe y el análisis jurisprudencial aportado, teniendo en cuenta fundamentalmente: i) la prohibición de que las subvenciones encierren beneficios fiscales, y ii) la necesidad del completo encaje de la figura subvencional en el ámbito de la actividad de fomento de las Administraciones públicas, esta Asesoría Jurídica considera que la subvención que se propone no es conforme a derecho.

Contestada en el sentido expuesto la primera cuestión planteada en la petición, no procede entrar en la segunda —corrección en la aplicación del procedimiento de concurrencia competitiva simplificado—.

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, y el art. 57.2 del Reglamento Orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004.

ASUNTO: Informe sobre las iniciativas normativas que no hayan finalizado su tramitación al expirar el mandato por la celebración de elecciones municipales

1. ANTECEDENTES

Con ocasión de la celebración de las reuniones del Comité de Mejora de la Regulación Municipal del Ayuntamiento de Madrid para la elaboración del Plan Anual Normativo 2020, se ha planteado la forma de proceder en relación con las iniciativas normativas cuya tramitación no ha finalizado con la correspondiente aprobación plenaria, debido a la expiración del mandato por la celebración de elecciones municipales.

Teniendo en cuenta el procedimiento normativo del Ayuntamiento de Madrid, que se desarrolla en el siguiente epígrafe, los momentos en que pueden encontrarse dichas iniciativas son variables:

— Iniciativas en fase de tramitación en el Pleno. En este supuesto se hallaban a la expiración del mandato 2015-2019:

- La modificación de la Ordenanza Reguladora de la Publicidad Exterior¹.
- El proyecto de Ordenanza para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia en la Ciudad de Madrid².

— Iniciativas aprobadas inicialmente en Junta de Gobierno. En este supuesto se hallaban a la expiración del mandato 2015-2019:

- El proyecto de Ordenanza de Circulación de Vehículos destinados al Arrendamiento de Vehículos con Conductor³.
- El proyecto de Ordenanza de Medios de Intervención en Actuaciones Urbanísticas⁴.

¹ El proyecto definitivo fue aprobado por la Junta de Gobierno y remitido al Pleno el 20 de septiembre de 2018.

² El proyecto definitivo fue aprobado por la Junta de Gobierno y remitido al Pleno el 23 de mayo de 2019.

³ El proyecto inicial se aprobó por Junta de Gobierno el 9 de mayo de 2019, finalizando el plazo de información pública el 21 de junio.

⁴ El proyecto inicial se aprobó por Junta de Gobierno el 1 de febrero de 2018, finalizando el plazo de información pública el 14 de marzo.

— Iniciativas en fase de consulta pública previa. En este supuesto se hallaban a la expiración del mandato 2015-2019 11 iniciativas que han realizado la consulta pública previa durante los años 2017 y 2018 pero no han continuado su tramitación⁵.

Para analizar la cuestión planteada, se expone en el siguiente epígrafe cuál es el procedimiento normativo del Ayuntamiento de Madrid, para a continuación estudiar cada uno de los supuestos de iniciativas normativas cuyo procedimiento no ha concluido con la correspondiente aprobación y publicación de la norma.

2. EL PROCEDIMIENTO NORMATIVO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID

2.1. Regulación

El procedimiento para la elaboración y aprobación de las ordenanzas y reglamentos y de los estatutos de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales se encuentra regulado en el art. 48 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCREM).

Quedan fuera de este procedimiento la aprobación de otras disposiciones que tienen también carácter normativo pero que se rigen por su normativa específica⁶.

El procedimiento regulado en el art. 48 LCREM se completa con la regulación contenida en el Reglamento Orgánico del Pleno (arts. 102 a 111) y con la Resolución del Presidente del Pleno, de 26 de julio de 2006, relativa al procedimiento para la aprobación de las normas y el presupuesto por el Pleno del Ayuntamiento. Esta resolución es importante en la medida en que trata de resolver las discordancias que existen entre el Reglamento Orgánico del Pleno, aprobado el 31 de mayo de 2004 (ROP), y la LCREM.

Junto con estas normas, la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que

⁵ Ordenanza sobre Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones (marzo 2017). Ordenanza reguladora del Servicio de Ayuda a Domicilio (noviembre 2017). Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de Residuos (febrero 2018). Ordenanza reguladora de Terrazas y Quioscos de Hostelería y Restauración (febrero 2018). Ordenanza de las Prestaciones Económicas del Servicio Público de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid (abril 2018). Reglamento de Régimen Interior de los Centros Municipales de Mayores (mayo 2018). Ordenanza de Calidad del Aire y Protección contra la Contaminación Atmosférica (junio 2018). Modificación de la Ordenanza reguladora de la Venta Ambulante (octubre 2018). Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios de Apoyo al Emprendimiento del Ayuntamiento de Madrid (octubre 2018). Modificación de la Ordenanza reguladora de los Quioscos de Prensa (octubre 2018). Modificación de la Ordenanza de Mercados Municipales (octubre 2018).

⁶ Por ejemplo, este es el caso del planeamiento urbanístico (art. 56 y ss. de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid) o de los presupuestos municipales (art. 49 LCREM) y las ordenanzas fiscales a ellos vinculadas (arts. 15 y ss. del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo).

contiene un título específico sobre la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones aplicable a todas las Administraciones Públicas (Título V, arts. 127 a 133), ha propiciado la incorporación del plan anual normativo, la consulta pública previa y la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN) en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.

Con el fin de dar cumplimiento a estas previsiones, el Ayuntamiento de Madrid ha optado por la aprobación de una serie de acuerdos que introducen, para el caso de que la iniciativa normativa se ejerza por la Junta de Gobierno, nuevos trámites en el procedimiento de elaboración y aprobación de normas, en concreto:

— Acuerdo de 20 de octubre de 2016 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las directrices sobre la consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las normas municipales.

— Acuerdo de 15 de junio de 2017 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las Directrices sobre el Plan Anual Normativo del Ayuntamiento de Madrid.

— Acuerdo de 3 de mayo de 2018 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por el que se aprueban las directrices sobre la memoria de análisis de impacto normativo y la evaluación normativa.

2.2. Fases del procedimiento normativo

El procedimiento de aprobación de normas previsto en el art. 48 LCREM contiene la distinción entre la tramitación de la norma en fase gubernamental, y su tramitación en fase plenaria.

Así, se diferencia entre la actividad realizada por el gobierno municipal que aprueba el proyecto normativo y lo somete al trámite de alegaciones; y la actividad del Pleno, que comprende su traslado a los grupos políticos para la presentación de enmiendas, el dictamen de la Comisión competente y la aprobación en acto único de la norma.

Además, a estas dos fases hay que añadir el trámite de la consulta pública previa incorporado tras la entrada en vigor de la LPAC.

Por lo tanto, en los supuestos en que la iniciativa normativa se ejerza por la Junta de Gobierno, cabe distinguir tres fases diferenciadas para la tramitación de las normas:

- La primera fase, que comprende la consulta pública previa.
- La segunda fase, que es la relativa a la elaboración de la MAIN y el texto articulado, para la posterior aprobación del proyecto normativo por la Junta de Gobierno.
- La tercera fase, que comprende la aprobación de la norma en el Pleno.

2.3. Tramitación de las fases del procedimiento normativo

A continuación se señalan los trámites que comprenden cada una de las fases del procedimiento normativo.

Conviene tener presente, no obstante, que existe un trámite previo al propio procedimiento de elaboración de normas, que consiste en la inclusión de la correspondiente propuesta normativa en el Plan Anual Normativo del Ayuntamiento de Madrid⁷.

1.^a Fase. Consulta pública previa

El procedimiento normativo comienza con la convocatoria de la consulta pública previa mediante la que se pretende recabar la opinión de los ciudadanos y de las organizaciones potencialmente afectadas por la futura norma sobre los problemas planteados y sus alternativas de solución, tanto regulatorias como no regulatorias. El plan anual normativo determinará si la correspondiente norma precisará o no de consulta pública.

Esta fase se compone a su vez de los siguientes trámites:

- Elaboración del contenido de la consulta pública previa por el órgano proponente⁸.
- Acuerdo de la Junta de Gobierno por el que se decide realizar la consulta pública previa o por el que se acuerda la excepción a dicho trámite.
- Informe sobre el resultado de la consulta pública previa, en el que se recoge un resumen de las principales opiniones manifestadas⁹.

2.^a Fase. Elaboración del proyecto normativo y aprobación por la Junta de Gobierno

— Esta fase comienza con la redacción del borrador de la propuesta normativa. El art. 48 del Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamien-

⁷ Con carácter anual, la Junta de Gobierno aprueba el correspondiente Plan Anual Normativo, que contiene la relación de ordenanzas y reglamentos que se prevean elevar a la aprobación inicial de la Junta de Gobierno para el año siguiente, conforme prevén las Directrices del Plan Anual Normativo aprobadas por la Junta de Gobierno mediante Acuerdo de 15 de junio de 2017.

⁸ Las directrices sobre la consulta pública previa aprobadas por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 20 de octubre de 2016, establecen: «4.1. El órgano proponente de la iniciativa será el responsable de determinar el contenido de la consulta, en el que como mínimo deberán figurar los siguientes extremos: *a*) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. *b*) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. *c*) La necesidad y oportunidad de su aprobación. *d*) Los objetivos de la norma. 4.2. Con el objeto de que los destinatarios de la futura norma puedan manifestarse sobre los aspectos señalados en el punto 4.1, el órgano proponente elaborará una descripción clara y concisa de los mismos, en la que se incluirá toda la información y documentación precisa. Asimismo, el órgano proponente podrá añadir cualquier otro tipo de información que considere relevante para la consulta».

⁹ Punto 7.5 de las Directrices sobre la consulta pública previa.

to de Madrid, de 31 de mayo de 2004 (ROGA) atribuye a los Directores Generales la función de elaboración de los proyectos de disposiciones respecto de las materias de su ámbito de funciones.

— Simultáneamente a la redacción de la propuesta se elabora la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), que tiene por objeto justificar la oportunidad y necesidad de la norma, analizar los impactos que se prevé que desplegará y establecer los presupuestos para la evaluación ex post de la disposición.

— A continuación se procede a la solicitud de los informes facultativos y preceptivos¹⁰ que se estimen necesarios, y se realizan las correspondientes adaptaciones en el texto de la propuesta normativa.

— Una vez adaptado el texto, se eleva a la aprobación inicial de la Junta de Gobierno. De conformidad con lo dispuesto en el art. 44 ROGA, la elevación del texto del proyecto a la Junta de Gobierno corresponde al titular del área de gobierno promotora del proyecto. A esta elevación debe acompañarse la MAIN actualizada¹¹.

— La Junta de Gobierno procede a la aprobación inicial del proyecto.

— Si afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, la Junta de Gobierno acuerda también someterlo al trámite de alegaciones durante un plazo no inferior a treinta días naturales.

— Examinadas las alegaciones, se elabora una memoria de valoración de las presentadas y se introducen, en su caso, las modificaciones correspondientes en el texto del proyecto inicial. El texto resultante se aprueba por la Junta de Gobierno como proyecto definitivo y se remite al Pleno acompañado de todas las alegaciones recibidas y de la memoria que recoja su valoración, así como del resto de documentación del expediente, en particular de la MAIN y de los informes recabados.

Si no se reciben alegaciones, la Secretaría de la Junta de Gobierno certificará esta circunstancia y el proyecto inicial se convierte en definitivo, remitiéndose al Pleno sin necesidad de nuevo acuerdo de la Junta de Gobierno.

— Si el proyecto no afecta a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, la Junta de Gobierno aprobará el proyecto y lo remitirá al Pleno.

¹⁰ De conformidad con lo dispuesto en el art. 57 ROGA, corresponde a la Asesoría Jurídica informar con carácter preceptivo los proyectos de ordenanzas y reglamentos. Tal y como establece el Acuerdo de 5 de septiembre de 2019 de la Junta de Gobierno de organización y competencias de la Coordinación General de la Alcaldía, el informe de la Asesoría Jurídica es el último informe de legalidad a emitir. El art. 30 de las Bases de Ejecución del Presupuesto dispone que en el caso de que los proyectos de ordenanza o reglamento afecten a los ingresos tributarios u otros ingresos de derecho público de su competencia, deberán remitirse también al titular de la Agencia Tributaria Madrid para su informe. El resto de informes a emitir por los distintos órganos municipales se encuentran previstos en los acuerdos de organización y competencias y en las demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación.

¹¹ Apartado 3.4 de las Directrices de 3 de mayo de 2018: «La versión final de la memoria se suscribirá conjuntamente por el órgano directivo promotor de la propuesta normativa y por la persona titular del Área de Gobierno a la que corresponda elevarla a la Junta de Gobierno, con carácter previo a su elevación a dicho órgano.

3.ª Fase. Aprobación de la norma por el Pleno

— Conforme al art. 106 ROP, la tercera fase se inicia con la presentación de enmiendas por los grupos políticos ante la Comisión del Pleno competente por razón de la materia. Así, recibido el proyecto junto con la documentación complementaria, la Secretaría General del Pleno lo traslada a la Comisión competente y abre un plazo de 10 días para la presentación de enmiendas.

— Las enmiendas se debaten en la Comisión del Pleno y son aprobadas o rechazadas, siendo el texto así enmendado dictaminado favorablemente por la Comisión, que lo eleva al Pleno para su aprobación.

— Los grupos políticos, dentro de los dos días siguientes a la celebración de la Comisión, comunican las enmiendas que, habiendo sido debatidas y votadas en Comisión y no incorporadas al dictamen, pretendan defender en el Pleno.

— El Pleno, en acto único, aprueba la norma. La mayoría requerida para la aprobación de la norma es la mayoría simple, salvo que se trate de reglamentos de naturaleza orgánica, que requieren de mayoría absoluta.

Una vez aprobada la norma es obligatorio proceder a su publicación en el *Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid* y en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*. Tal y como dispone el art. 48 LCREM, «la norma aprobada por el Pleno se publicará íntegramente en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* y entrará en vigor al día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma disponga otra cosa, todo ello sin perjuicio de su publicación en el Boletín de la Ciudad de Madrid».

Finalmente, la aprobación de la norma se comunicará a la Administración General del Estado y a la Administración de la Comunidad de Madrid.

3. SUPUESTOS

3.1. Iniciativas en fase de tramitación en el Pleno

El primer supuesto al que tenemos que hacer alusión es el caso de proyectos de ordenanzas o reglamentos que, habiendo iniciado su tramitación en el Pleno de conformidad con los trámites previstos en el art. 48 LCREM, el Título VII del ROP y la Resolución del Presidente del Pleno, de 26 de julio de 2006, relativa al procedimiento para la aprobación de las normas y el presupuesto por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, no la hayan finalizado con la aprobación definitiva de la norma por el Pleno en acto único, tal y como dispone el art. 48.3.d) LCREM.

Es decir, se trata de aquellos supuestos en los que el proyecto definitivo ya ha sido remitido a la Secretaría General del Pleno y, en su caso, se ha trasladado a la Comisión competente por razón de la materia, pero sin finalizar dicha tramitación ha expirado el mandato por la celebración de elecciones municipales y la posterior constitución de un nuevo plenario y de un nuevo gobierno municipal.

Ni la LCREM ni el ROP se refieren expresamente a este supuesto de hecho. La única referencia que podemos encontrar se halla en el art. 65 ROP (*asuntos retirados o sobre la mesa*), que al tratar del desarrollo de las sesiones del Pleno establece que «los autores de las distintas iniciativas podrán retirarlas antes de que comience la deliberación del asunto correspondiente». Aplicando esta previsión, el autor de la iniciativa, es decir, la Junta de Gobierno, tendría capacidad para retirar el proyecto normativo.

De cualquier modo, del anterior precepto se deduce que el poder de decisión sobre las iniciativas normativas cuya tramitación no ha finalizado al terminar el mandato es de la Junta de Gobierno, titular de la iniciativa, siendo el órgano que deberá adoptar la decisión que corresponda respecto a dichas iniciativas.

Dada la falta de regulación expresa de estos supuestos, que no se contemplan ni en la LBRL, ni en la LCREM, ni en el ROP, es ilustrativo acudir a la regulación que se realiza en otras cámaras parlamentarias, como son el Congreso y las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas.

El art. 207 RC establece que «disuelto el Congreso de los Diputados o expirado su mandato, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara, excepto aquellos de los que constitucionalmente tenga que conocer su Diputación Permanente».

El Reglamento de la Asamblea de Madrid, de 7 de febrero de 2019, se pronuncia en parecidos términos en el art. 249:

«Extinguido el mandato, al caducar el plazo o disolverse la Asamblea de Madrid, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara, con las siguientes excepciones:

- a) Aquellos de los que, según el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, el presente Reglamento y las leyes corresponda conocer a la Diputación Permanente.
- b) Las proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos, en los términos previstos en la Ley 6/1986, de 25 de junio, de Iniciativa Legislativa Popular y de los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid».

Es decir, a diferencia de lo establecido por el ROP, tanto en el Congreso de los Diputados como en la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Madrid, cuando una iniciativa legislativa planteada por el correspondiente gobierno no ha finalizado su tramitación parlamentaria cuando se celebran las siguientes elecciones, se produce su caducidad. No obstante, tales previsiones no son de aplicación en el Ayuntamiento de Madrid.

Por tanto, conforme al art. 65 ROP, la Junta de Gobierno podrá desistir de la iniciativa normativa, en caso de que decida no tramitar la norma correspondiente. A estos efectos, sería necesario por razones de transparencia y seguridad jurídica que la Junta de Gobierno adoptara un acuerdo expreso en el que manifestara su intención de desistir del proceso normativo, de manera que en la «huella normativa» del Portal de Transparencia y en la información institucional del Ayuntamiento de Madrid no quedaran procedimientos normativos abiertos indefinidamente, que pueden suscitar dudas sobre su con-

tinuidad o solaparse con posteriores iniciativas. Una vez tomada la decisión de desistir de la tramitación, pueden darse dos casos:

a) En el caso de que se desista para introducir modificaciones en la iniciativa normativa a ejercer, será necesario retrotraer el procedimiento normativo. El momento al que deban retrotraerse dichas actuaciones es una cuestión a decidir por la Junta de Gobierno¹², pero existe una obligación de reiterar el trámite de información pública en el supuesto de que las modificaciones introducidas fuesen de tal entidad que el proyecto que se sometiese a la aprobación definitiva fuera totalmente distinto o contuviese un cambio sustancial respecto al que ya se tramitó anteriormente¹³.

b) En el caso de que se desistiera de la iniciativa porque las modificaciones que decidiera introducir en el texto de la propuesta normativa la Junta de Gobierno fueran precisamente para atender alegaciones presentadas en el trámite de información pública ya realizado (pero que en su momento se desecharon), se considera que sería posible modificar el articulado y la memoria de valoración de las alegaciones en el sentido propuesto por las alegaciones presentadas y, sin realizar un nuevo trámite de información pública, elevar la propuesta normativa a la aprobación definitiva de la Junta de Gobierno¹⁴.

Tal y como se ha indicado al inicio del informe, en este supuesto se encontraban dos proyectos de ordenanza, si bien con ligeras variaciones¹⁵.

¹² *Vid.* punto 2 del apartado 3.2 de este informe.

¹³ La STS de 12 de junio de 1993, rec. 37/1990, aborda esta cuestión: «Ello, en realidad no da solución legal al problema planteado que ha sido objeto de una constante controversia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, no sólo en este ámbito, sino también en el procedimiento de aprobación de planes de urbanismo, finalmente resulta en sentido de considerar que la estimación de reclamaciones y sugerencias con la consiguiente modificación del texto que fue sometido a información pública no comporta la necesidad de un nuevo periodo de información pública, ya que si existe este trámite de información es para que el órgano competente a la vista de las reclamaciones y sugerencias pueda revisar el texto aprobado inicialmente, solución que ha sido mayoritariamente acogida en la jurisprudencia y que tiene como única salvedad, consagrada en el ámbito urbanístico en el art. 130 RPU, el supuesto en que las modificaciones introducidas fuesen de tal entidad que el proyecto que se sometiese a la aprobación definitiva fuese totalmente distinto o contuviese un cambio sustancial, en los criterios utilizados por el proyecto que se aprobó inicialmente y se expuso al público. En este caso, estaríamos ante un auténtico fraude de Ley, eludiendo el trámite respecto del verdadero proyecto». En el mismo sentido, si bien en relación a la tramitación de los planes urbanísticos en Castilla-La Mancha, la STC 28/2017, rec. 2544/2016: «No será preceptivo reiterar este trámite en un mismo procedimiento si se introdujesen modificaciones sustanciales en el Plan a causa, bien de las alegaciones formuladas en la información pública, bien de los informes emitidos por otras Administraciones públicas». Según indica la STS de 7 de noviembre de 2017, rec. 1376/2016 «sólo debe retrotraerse el procedimiento para conceder un nuevo trámite de audiencia cuando se trate de modificaciones de carácter sustancial». En iguales términos, la STS de 29 de octubre de 2012, rec. 393/2010 «sólo en los supuestos de modificaciones esenciales, fundamentales o sustanciales del texto finalmente aprobado respecto del texto sometido a información pública, que no sean consecuencia de las alegaciones formuladas, cabe apreciar la infracción el art. 24 de la Ley del Gobierno, resultando procedente la concesión de un nuevo trámite de información pública».

¹⁴ En este sentido, la STS de 13 de octubre de 2011, rec. 304/2010.

¹⁵ En el caso de la modificación de la ORPE, el proyecto ya había sido remitido a la Comisión competente por razón de la materia y se habían presentado enmiendas al texto. En el caso del proyecto de Ordenanza para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia, el Tercer Teniente de Alcalde, con fecha 4 de junio de

3.2. Iniciativas aprobadas inicialmente en Junta de Gobierno

Este es el supuesto en el que sólo se ha cumplimentado el trámite de aprobación inicial al que se refiere el art. 48.3.a) LCREM, abriéndose en consecuencia el plazo de presentación de alegaciones.

Por tanto, aquí la decisión continúa en el ámbito de la Junta de Gobierno, que no ha concluido la tramitación correspondiente con la aprobación definitiva de un proyecto de ordenanza o reglamento y su remisión al Pleno. En estos supuestos, es la Junta de Gobierno la que debe adoptar la decisión que corresponda:

1. Si decide no continuar la tramitación de la iniciativa normativa, se considera que debe adoptar un acuerdo expreso en el que se desista de la misma, por los motivos de transparencia y seguridad jurídica que se han citado en el apartado 3.1 del presente informe, de manera que en la «huella normativa» del Portal de Transparencia y en la información institucional del Ayuntamiento de Madrid no queden procedimientos normativos abiertos indefinidamente que pueden suscitar dudas sobre su continuidad o solaparse con posteriores iniciativas.

2. Si decide que la iniciativa normativa debe seguir tramitándose, nos encontramos de nuevo con dos supuestos distintos:

a) Si el texto va a mantenerse prácticamente igual, o bien van a introducirse únicamente modificaciones en respuesta a las alegaciones planteadas en el trámite de información pública, deberá elaborarse la memoria de valoración de las alegaciones, adaptarse la MAIN y elevar el proyecto a la aprobación definitiva de la Junta de Gobierno. Es decir, se conservarían todos los trámites, continuándose la tramitación en el punto en el que se dejó.

b) Sin embargo, si se considera de interés tramitar la norma, pero se quieren introducir en la misma modificaciones de calado, deberá retrotraerse el procedimiento normativo, suscitando una nueva aprobación inicial que abra un plazo de información pública en relación al nuevo texto. En este caso, otra cuestión a plantear es qué trámites de los ya realizados en el proceso normativo anterior pueden conservarse:

— Informes preceptivos y facultativos. En el caso de informes preceptivos, se considera que deberá reiterarse la petición de informe en relación al nuevo texto. Si se trata de informes facultativos, será el órgano que tramite la iniciativa normativa quien decida si es procedente o no reiterar la solicitud, teniendo en cuenta qué aspectos de la iniciativa anterior han sido modificados en la nueva propuesta¹⁶.

2019, dictó una Resolución en la que suspendía la tramitación en sede plenaria del proyecto hasta la constitución de la nueva Corporación.

¹⁶ Por ejemplo, la Dirección General de Patrimonio emite informe sobre las propuestas de ordenanzas y reglamentos que tengan incidencia en el patrimonio del Ayuntamiento de Madrid [apdo. 7-º1.1.b) del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos]; en el mismo sentido, la Dirección General de Gestión y Vigilancia

— Elaboración de la MAIN. En todo caso, la MAIN siempre debe ser actualizada de manera correlativa al texto, tanto en lo que se refiere a su contenido, como en lo relativo a la tramitación de la iniciativa, que debe quedar reflejada con todos sus avatares.

— Consulta pública previa. En el caso de este trámite, la conclusión será la misma que para las iniciativas analizadas en el siguiente apartado, por lo que nos remitimos a lo dispuesto en el mismo.

3.3. Consulta pública previa

Finalmente, abordamos el supuesto de aquellas iniciativas normativas en que únicamente se ha realizado el trámite de consulta pública previa al que se refiere el art. 133 LPAC y el Acuerdo de la Junta de Gobierno de 20 de octubre de 2016 por el que se aprueban las directrices sobre la consulta pública previa.

En este sentido, debe recordarse que la consulta pública previa se proyecta sobre cuestiones muy generales de la iniciativa normativa: problemas a solucionar; necesidad y oportunidad de la aprobación de la norma; objetivos; y alternativas. En consecuencia, parece que si se considera oportuno tramitar la iniciativa a la que se refería la consulta pública previa ya realizada, no es necesario reproducir este trámite, salvo que el órgano proponente considere que alguno de los aspectos consultados en su momento ha variado sustancialmente, en cuyo caso deberá comenzarse la tramitación de la propuesta desde el inicio.

4. CONCLUSIONES

1. Las iniciativas normativas aprobadas definitivamente por la Junta de Gobierno y remitidas al Pleno con anterioridad a la celebración de las elecciones municipales, que no hubieran finalizado su tramitación plenaria, no caducan. En tales casos, conforme al art. 65 ROP, la Junta de Gobierno puede reclamar al Pleno el proyecto de que se trate para desistir de la iniciativa presentada.

2. Si se desiste para introducir cambios sustanciales en la propuesta normativa, habrá que retrotraer el procedimiento, volviendo a realizar el trámite de información pública sobre el nuevo texto, así como los demás trámites que el órgano promotor de la propuesta estime convenientes.

lancia de la Circulación emite informes sobre las propuestas normativas que tengan relación con la movilidad y la circulación en la Ciudad de Madrid [apdo. 13.º1.1.e) del Acuerdo de 4 de julio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad]. En el caso de que las modificaciones sustanciales introducidas en el texto no se refieran a las cuestiones con incidencia en la movilidad o en el patrimonio municipal, podría omitirse la petición de estos informes.

Por el contrario, si se desiste para atender alegaciones presentadas en el trámite de información pública ya realizado (pero que en su momento se desecharon), sería posible modificar el articulado y la memoria de valoración de las alegaciones en el sentido propuesto por las alegaciones presentadas y, sin realizar un nuevo trámite de información pública, elevar la propuesta normativa a la aprobación definitiva de la Junta de Gobierno.

3. En el caso de iniciativas que hayan sido aprobadas inicialmente por la Junta de Gobierno y en las que se haya realizado el trámite de alegaciones sin posterior aprobación definitiva, la Junta de Gobierno podrá adoptar la decisión de desistir de la iniciativa o de continuar tramitándola en el punto en el que se dejó. No obstante, si se desea introducir cambios sustanciales en la propuesta normativa, habrá que retrotraer el procedimiento, volviendo a realizar el trámite de información pública sobre el nuevo texto, así como los demás trámites que el órgano promotor de la propuesta estime convenientes.

4. Finalmente, en aquellas iniciativas normativas que únicamente hayan cumplimentado el trámite de consulta pública previa en el mandato anterior, la consulta puede mantenerse siempre que los aspectos consultados no hayan variado sustancialmente.

Firmado electrónicamente

EL DIRECTOR GENERAL DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

Ignacio Molina Florido

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE ESTILO PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN EL *ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL*

I. Envío de originales

Los trabajos originales se enviarán al Comité de Dirección a través de la **plataforma electrónica** de la Revista (www.revistasmarcialpons.es). El autor completará todos los campos desplegados en la herramienta electrónica de envío.

La Revista no cobra ni traslada ningún coste por el envío de manuscritos, el procesamiento de textos o la publicación de los artículos.

Los derechos sobre el contenido de cada artículo pertenecen a cada autor y los de la edición en la Revista a la editorial, que publica bajo licencia *Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional*.

El texto del artículo **no incluirá el nombre del autor** ni ninguna filiación que permita su identificación, ni notas de agradecimiento que permitan la identificación del autor. Tampoco las «propiedades del documento» con las que está archivado el artículo permitirán la identificación del autor.

Los originales podrán redactarse **en español o en inglés** y no superarán los 100.000 caracteres incluyendo espacios. Se remitirán en **formato Word**, y conforme a **las normas de estilo establecidas**.

Con el envío del original, **su autor declara:** que conoce el código ético y de buenas prácticas de la Revista, que los acepta, y que la versión del trabajo que envía no ha sido publicada ni se encuentra en proceso de publicación en otra revista o libro.

II. Normas de estilo

1. La extensión del manuscrito no podrá en ningún caso superar los 100.000 caracteres incluyendo espacios. Podrá escribirse y publicarse en español o en inglés.

2. Las reglas de estilo que siguen han de observarse necesariamente para la evaluación de los originales.

3. Cada original deberá incluir los siguientes elementos:

- Título, en castellano y en inglés.
- Nombre, puesto profesional y lugar de trabajo del autor.
- Resumen de la contribución de no más de 250 palabras, en castellano y en inglés.

- Palabras clave, en castellano y en inglés.
- Sumario de la contribución.
- Fecha de finalización del trabajo.
- Lista de abreviaturas utilizadas (en la primera cita a pie de página).
- Bibliografía final completa, por orden alfabético.

4. El formato del manuscrito debe ajustarse a las siguientes reglas:

- TÍTULO: tipo de letra Times New Roman 14, mayúscula, interlineado 1,3, espacio 6 puntos.
- Nombre del autor en mayúscula; puesto profesional y lugar de trabajo, orcid: tipo de letra Times New Roman 12, minúscula, interlineado 1,3, espacio 6 puntos.
- RESUMEN: tipo de letra Times New Roman 12, minúscula, interlineado 1,3.
- SUMARIO: tipo de letra Times New Roman 12, interlineado 1,3. Debe reunir todos los epígrafes en línea continua respetando el formato que se dé a estos.

Ejemplo: **SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL SERVICIO PÚBLICO COMO IDEA ORDENADORA.—3. PROCURA ASISTENCIAL Y SERVICIO PÚBLICO: 3.1. Fundamentos autoritarios. 3.2. Conexiones de sentido: 3.2.1. Crisis del parlamentarismo. 3.2.2. El Estado administrativo.

- EPÍGRAFES:

- Primer nivel de epígrafe: numeración en arábigos y tipo de letra Times New Roman 12, mayúscula y negrita. Ejemplo: **1. INTRODUCCIÓN.**
- Segundo nivel de epígrafe: numeración en arábigos y tipo de letra Times New Roman 12, minúscula y negrita. Ejemplo: **1.2. Fundamentos autoritarios.**
- Tercer nivel de epígrafe: numeración en arábigos y tipo de letra Times New Roman 12, minúscula y cursiva. Ejemplo: *1.2.1. Crisis del parlamentarismo.*
- Cuarto nivel de epígrafe: numeración en arábigos y tipo de letra Times New Roman 12, minúscula redonda. Ejemplo: 1.2.1.1. El Estado administrativo.
- Texto principal: tipo de letra Times New Roman 12, interlineado 1,3, espacio 6 puntos. El texto principal no lleva marcas en negrita. Sí admite cursivas.
- Notas al pie: tipo de letra Times New Roman 10, interlineado 1,2, espacio 6 puntos. El texto de nota no lleva marcas en negrita. Sí admite cursivas.
- Tablas y figuras: llevarán un encabezamiento conciso y tratarán de respetar un formato ordenado y simple.

5. Las referencias bibliográficas, jurisprudenciales o estadísticas pueden ir en el texto principal o a pie de página. Si las referencias bibliográficas van en el texto principal, irán acompañadas de un listado final de todas las obras citadas.

Formato de las referencias bibliográficas a pie de página y de listado bibliográfico final de las citas en el texto principal:

- Libros: Inicial del nombre APELLIDOS, Título completo en cursiva, número de edición, editorial, lugar, año, pp. citadas. Por ejemplo: S. SASSEN, *The global city*, 2.^a ed., Princeton University Press, New York, London y Tokyo, 2001, p. 201.

- Capítulos de libros: Inicial del nombre APELLIDOS, «Título completo», en inicial del nombre APELLIDOS (ed., dir., coord.), Título de la obra en cursiva, número de edición, editorial, lugar, año, pp. inicial y final (p. citada). Por ejemplo: G. DOMÉNECH PASCUAL, «La regulación de la economía colaborativa en el transporte urbano de pasajeros», en J. J. MONTERO PASCUAL (ed.), *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-401 (p. 360).
- Artículos en revistas científicas: Inicial del nombre APELLIDOS, «Título completo», Nombre de la revista en cursiva, núm. X, año, pp. inicial y final (p. citada). Por ejemplo: S. Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, pp. 105-135 (p. 120).

Formato de las referencias bibliográficas en el texto principal, entre paréntesis: APELLIDO o APELLIDOS, año: número de página citada. Por ejemplo: (PAREJO, 2016: 83). Cuando se citen varias obras de un autor publicadas en un mismo año, se identificará cada una de ellas con una letra minúscula. Por ejemplo: (PAREJO, 2016a: 83).

Las segundas y sucesivas citas de una referencia bibliográfica ya incluida en un pie de página anterior podrán redactarse en cualquier formato de los que son comunes en el ámbito académico. Se recomienda el siguiente: DOMÉNECH, 2017: 360.

Formato de las citas de jurisprudencia: es válido cualquier formato comúnmente utilizado en la comunidad jurídica, siempre que se mantenga uniforme a lo largo de todo el texto y permita la identificación. Se recomienda los siguientes formatos: el número ECLI; o el número de la sentencia, seguido de su fecha. Si la sentencia no tuviera número de orden, se recomienda citar por la fecha, seguida del número del recurso.

ANUARIO de DERECHO Municipal 2022

ESTUDIO INTRODUCTORIO

**20 años de Instituto de Derecho Local,
20 años de Derecho local**
Francisco VELASCO CABALLERO

ESTUDIOS

**Planes antifraude, integridad
y compliance de las entidades locales**
M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA

**Comunidades energéticas: desafíos jurídicos
para los entes locales**
Inmaculada REVUELTA PÉREZ

**El impacto transformador de la Ley 7/2022,
de 8 de abril, de residuos y suelos
contaminados para una economía circular
en la gestión municipal
de residuos de competencia local**
J. José PERNAS GARCÍA

**La reducción de la temporalidad
en el empleo público local: la Ley 20/2021,
de 28 de diciembre, y su aplicación
a la Administración y sector público local
durante 2022 y 2023**
Xavier BOLTAÑA BOSCH

**Las actuaciones de dotación:
su aplicación en la Comunidad de Madrid**
Gerardo Roger FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

**Análisis estratégico para la modernización
de una Administración tributaria:
el caso de la Agencia Tributaria de Madrid**
Ignacio DURÁN BOO

Local fiscal autonomy in Toronto
Enid SLACK

**Governance in Europe:
insights from a survey among actors
involved in local state-society relations**
Hubert HEINELT

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico
Jorge CASTILLO ABELLA

**Normas, actos y procedimientos
administrativos municipales**
Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN

Contratación local
Fernando DE LA PEÑA PITA

Tributos locales
Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS,
César MARTÍNEZ SÁNCHEZ Y Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Presupuestos locales
Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS,
César MARTÍNEZ SÁNCHEZ Y Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Medio ambiente urbano
Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

Urbanismo y ordenación del territorio
Sofía SIMOU

**Servicios públicos y actividad económica
privada y pública en el ámbito municipal**
Julia ORTEGA BERNARDO

**Bienes públicos locales
y expropiación forzosa**
Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO

**Jurisdicción contencioso-administrativa
y responsabilidad patrimonial**
Héctor IGLESIAS SEVILLANO

Empleo público
Alfonso ESTEBAN MIGUEL

**Corrupción (penalmente relevante)
y Administración local**
Ana Belén VALVERDE-CANO

INFORMES DE AYUNTAMIENTOS