

2023

NÚMERO 17
Madrid, 2024
ISSN: 1888-7392

ANUARIO de DERECHO Municipal



ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL
2023

ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2023



Universidad Autónoma
de Madrid



Instituto de
Derecho Local

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

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, 2024



ORGANIZACIÓN DEL ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL 2023

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 BURGI. *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. *Alcalde. 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. 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

Conflictos normativos en el sistema de Derecho local

Francisco VELASCO CABALLERO

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

1. Introducción	24
2. Leyes generales <i>versus</i> leyes especiales	25
2.1. Leyes especiales de Madrid y Barcelona y legislación general de régimen local	26
2.2. Reglamentos especiales <i>versus</i> leyes generales.....	29
3. Leyes estatales <i>versus</i> estatutos de autonomía	32
4. Leyes básicas <i>versus</i> leyes de desarrollo	35
5. Leyes estatales supletorias y leyes autonómicas de desarrollo	39
6. Leyes básicas remitentes a normas locales.....	42
7. Bibliografía.....	43

ESTUDIOS

Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico

— Preliminary Market Consultations in Local Public Procurement: Systematic Approach to its Legal Framework

Silvia DÍEZ SASTRE

Profesora Titular de Derecho Administrativo (acr. Catedrática de Universidad). Instituto de Derecho Local. Universidad Autónoma de Madrid

1. Planteamiento	49
2. Marco jurídico	51
2.1. Normas aplicables	52
2.2. Ámbito subjetivo.....	54
2.2.1. Órganos de contratación	54
2.2.2. Participantes	56
2.3. Ámbito objetivo	58
2.3.1. Concepto de consulta preliminar del mercado.....	58
2.3.2. Tipos contractuales	60
2.3.3. Objeto	62

	Pág.
3. Las consultas preliminares del mercado como actividad administrativa sin procedimiento.....	65
4. Directrices para la realización de consultas preliminares del mercado.....	67
4.1. Discrecionalidad para la realización de consultas preliminares del mercado.....	67
4.2. Realización previa al procedimiento de contratación.....	68
4.3. Flexibilidad en el desarrollo de las consultas.....	69
4.4. Deber de publicidad.....	71
4.5. No sustitución de la licitación posterior.....	72
5. Condicionamiento del procedimiento de contratación posterior.....	73
5.1. Incorporación de informe en el expediente de contratación.....	73
5.2. Diseño del contrato y desarrollo de la licitación.....	75
5.3. Garantía de igualdad entre los participantes en la licitación.....	76
6. Posición jurídico-subjetiva de los participantes en las consultas.....	76
7. Control.....	79
8. Alternativas a las consultas preliminares del mercado.....	80
9. Reflexiones finales.....	80
10. Bibliografía.....	81

El régimen sancionador de la seguridad ciudadana municipal

— The sanctioning regime of municipal citizen security

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

1. La seguridad ciudadana y su delimitación con otros conceptos cercanos.....	86
1.1. La seguridad ciudadana, la seguridad pública y el orden público.....	86
1.2. La seguridad ciudadana como elemento de la seguridad pública.....	89
1.3. La diferencia con la protección civil.....	92
1.3.1. La distribución de competencias en materia de protección civil.....	93
1.3.2. La estrecha relación entre la seguridad ciudadana y la protección civil.....	96
2. La distribución de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y los municipios en materia de seguridad ciudadana.....	97
2.1. La aparente competencia exclusiva del Estado.....	97
2.2. Las competencias de las CCAA.....	98
2.3. Las competencias de los municipios.....	100
3. La ley de seguridad ciudadana y los municipios.....	103
3.1. Las ordenanzas de convivencia ciudadana.....	106
3.2. El papel del municipio en la ejecución de la Ley de seguridad ciudadana.....	109
3.2.1. Extensión de la competencia municipal respecto a las infracciones de la LOPSC.....	109
3.2.2. Intento de delimitar las infracciones de la LOPSC que competen a los municipios.....	111

	Pág.
3.2.3. Competencia orgánica para sancionar las infracciones de la LOPSC en la Administración municipal	113
4. Conclusiones.....	114
5. Bibliografía.....	114

Las dificultades del gravamen a la vivienda desocupada en España

— The difficulties of taxing unoccupied housing in Spain

María José CANO CUELI

FHCN - Tesorera del Consorcio de Transportes de Bizkaia

1. El derecho de disfrute de una vivienda digna y adecuada	121
2. Sujetos e instrumentos para la consecución del objetivo perseguido por el art. 47 CE. ¿Una ventaja o un inconveniente?	124
3. El gravamen a la vivienda desocupada a través del ejercicio de la potestad tributaria .	126
3.1. El gravamen a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.....	126
3.1.1. El recargo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles como instrumento para la consecución de fines extrafiscales.....	126
3.1.2. El recargo en el Impuesto sobre Inmuebles introducido por la Ley 51/2002 de aplicación por los municipios de territorio común.....	128
3.1.3. La singularidad foral como clave para la superación de la inaplicabilidad práctica del recargo en los Territorios Históricos.....	129
3.1.4. Los intentos de superación de la situación de bloqueo en territorio común	134
3.2. El gravamen a través de otras figuras y su compatibilidad con el recargo del IBI	138
4. El gravamen a la vivienda desocupada a través del ejercicio de las competencias en materia de vivienda.....	139
5. Bibliografía.....	141

El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública

— Preemptive rights within the context of Spanish public housing

Reyes MARZAL RAGA

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat de València

1. Introducción: los derechos de tanteo y retracto como instituciones de Derecho público	144
2. Los modelos regulatorios de los DTR en la legislación autonómica y el impacto de la Ley estatal de vivienda.....	145
2.1. Los DTR sobre viviendas sujetas a algún régimen de protección pública	146
2.1.1. El reconocimiento de los DTR sobre vivienda protegida en las legislaciones autonómicas	148
2.1.2. El impacto de la Ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda.....	150
2.2. Los DTR sobre suelos destinados a vivienda de protección pública	154
2.3. Los DTR sobre viviendas no sujetas a régimen de protección pública.....	156

	Pág.
2.3.1. Modelos tasados o de <i>numerus clausus</i> para el ejercicio de los DTR ...	156
2.3.2. Modelos en que la ley habilita el ejercicio de los DTR, pero requieren de una posterior actuación administrativa para la concreción de las transmisiones	158
2.3.3. Modelos híbridos	161
3. ¿Tienen incentivos las Administraciones para ejercer los DTR?	162
4. Bibliografía	167

Financing Local Governments in South Africa

Prof. Jaap DE VISSER

National Research Chair in Multilevel Government, Law and Development. Dullah Omar Institute. University of the Western Cape

1. Introduction	170
2. Local government's expenditure assignment	170
3. Overview of intergovernmental fiscal relations	171
3.1. The rationale for South Africa's system of financing local governments	171
3.2. Own revenue	173
3.2.1. Property rates and service charges	174
3.2.2. Borrowing	176
3.3. Intergovernmental transfers	176
3.3.1. Vertical division of nationally generated revenue	177
3.3.2. Horizontal division of nationally generated revenue	177
3.3.3. The process towards the Division of Revenue Act	178
4. The equitable share	179
5. Contestation surrounding the equitable share	181
6. Conditional grants	182
7. Conclusions	183
8. Bibliography	184

Los modelos de gobernanza metropolitana en España: similitudes y diferencias

— Metropolitan governance models in Spain: similarities and differences

Mariona TOMÀS

Profesora agregada Serra Hùnter. Universitat de Barcelona

Miquel ROSSELLÓ XAMENA

Investigador independiente

1. Introducción	188
2. Marco teórico y metodología	190
2.1. Modelos de gobernanza metropolitana	190
2.2. La delimitación metropolitana: una cuestión controvertida	192
3. El «modelo metropolitano» español: una visión general	194
3.1. Distribución de mecanismos según territorio	196

	Pág.
3.2. La tipología de mecanismos metropolitanos en España.....	198
3.3. Los instrumentos según temática y ámbito	200
3.4. Cobertura territorial de los mecanismos de gobernanza metropolitana	202
3.5. Concentración y relación de los instrumentos	204
4. Conclusiones.....	205
5. Bibliografía.....	207

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico

Jorge CASTILLO ABELLA

Profesor Ayudante. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	211
2. El régimen local, en general	212
3. Organización del Ayuntamiento	215
3.1. Cargos electos locales	216
3.2. Órganos de gobierno	216
3.2.1. Alcalde.....	216
3.2.2. Órganos colegiados	217
3.3. Transparencia y participación ciudadana.....	219
3.4. Administración municipal	220
4. Sector público local	221
5. Entidades locales infra y supramunicipales.....	221
6. Competencias municipales	222
7. Régímenes especiales	223

Normas, actos y procedimientos administrativos municipales

Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Normas municipales.....	225
1.1. Sistema de fuentes del Derecho local: doctrina y legislación	225
1.2. Jurisprudencia sobre normas municipales	226
2. Acto administrativo	228
2.1. Actos administrativos de la Administración local: doctrina y legislación	228
2.2. Jurisprudencia sobre actos administrativos.....	229
2.2.1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control	229
2.2.2. Requisitos del acto administrativo	230
2.2.3. Eficacia y ejecutividad del acto administrativo.....	231
2.2.4. Eliminación del acto administrativo	231
3. Procedimiento administrativo.....	236

	Pág.
3.1. Procedimientos administrativos locales: doctrina y legislación	236
3.2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo	238
Contratación local	
Fernando DE LA PEÑA PITA	
<i>Letrado del Tribunal Constitucional. Abogado del Estado en servicios especiales. Tribunal Constitucional</i>	
1. Introducción	245
2. Disposiciones generales	246
3. Las partes en el contrato	252
4. Preparación y adjudicación	255
5. Efectos, cumplimiento y extinción	260
5.1. Pago del precio y otras cuestiones relativas a la extinción del contrato.....	260
5.2. Revisión de precios.....	263
5.3. Modificaciones contractuales.....	265
5.4. Reequilibrio económico del contrato	266
5.5. Las autopistas y las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19	268
Tributos locales	
Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOI	
<i>Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid</i>	
César MARTÍNEZ SÁNCHEZ	
<i>Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid</i>	
Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ	
<i>Técnica de Gestión de Servicios Jurídicos de Hacienda. Ayuntamiento de Girona</i>	
1. Introducción	272
2. Principios de ordenación de las Haciendas locales.....	272
3. Ingresos de las Haciendas locales	273
3.1. Ingresos tributarios.....	273
3.1.1. Impuestos	273
3.1.1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles	273
3.1.1.2. Impuesto sobre Actividades Económicas.....	277
3.1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica.....	280
3.1.1.4. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.....	280
3.1.1.5. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.....	282
3.1.2. Tasas	286
3.1.2.1. Tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público.....	287
3.1.2.2. Tasas por la prestación de servicios o realización de actividades públicas.....	293

	Pág.
3.1.3. Contribuciones especiales.....	298
3.2. Otros ingresos	299
4. Procedimientos tributarios en el ámbito local	300

Presupuestos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOI

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

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

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

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Técnica de Gestión de Servicios Jurídicos de Hacienda. Ayuntamiento de Girona

1. Introducción	306
2. Presupuestos locales y estabilidad presupuestaria.....	307
2.1. Novedades normativas.....	307
2.2. Novedades jurisprudenciales.....	308
2.3. Novedades doctrinales.....	310
3. El control externo de la actividad económico-financiera local	312
3.1. La fiscalización externa de la actividad económico-administrativa de las entidades locales.....	312
3.1.1. Marco normativo en materia de fiscalización.....	312
3.1.2. Tribunal de Cuentas	312
3.1.3. Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.....	315
3.2. Responsabilidad contable	318
3.2.1. Tribunal Supremo	318
3.2.2. Tribunal de Cuentas	319
3.3. Novedades doctrinales.....	327

Medio ambiente urbano

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Señales de alarma para el medio ambiente. Aplicación del «principio de no regresión» y litigios climáticos.....	332
2. Normativa, estrategias y otras decisiones en materia de medio ambiente (2023)	335
2.1. Unión Europea.....	335
2.2. Estado.....	335
2.3. Ámbito autonómico.....	337
2.4. Ayuntamiento de Madrid.....	339
3. Jurisprudencia	342
3.1. Aguas	342

	Pág.
3.1.1. Aguas residuales	342
3.1.2. Vertidos	342
3.2. Evaluación ambiental	342
3.2.1. Evaluación ambiental adecuada.....	342
3.2.2. Evaluación ambiental estratégica. Consulta a los municipios afectados en el procedimiento elaboración Plan Energía Eléctrica	343
3.3. Espacios protegidos	344
3.3.1. Uso de drones en un Espacio Protegido.....	344
3.3.2. Ciclismo de montaña	344
3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia	344
3.4.1. Convenio de Aarhus. Concepto de Derecho ambiental	344
3.4.2. Acceso a la información. Asociación vecinal	345
3.4.3. Información ambiental. Excepciones.....	345
3.4.4. Acceso a la información ambiental. Silencio administrativo.....	346
3.5. Miscelánea	346
3.5.1. Acceso a la electricidad verde.....	346
3.5.2. Prorroga de las concesiones en el demanio marítimo-terrestre: el caso de la fábrica de ENCE en la ría de Pontevedra	346
3.5.3. Hidrocarburos. «Doñana»	347
3.5.4. Ruido. Demanda actividad eficaz de la administración municipal	347

Urbanismo y ordenación del territorio

Sofía SIMOU

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

1. Introducción	350
2. Novedades normativas y aportaciones doctrinales	352
2.1. Nivel estatal.....	352
2.2. Nivel autonómico	353
3. Novedades jurisprudenciales y desarrollos doctrinales	360
3.1. Derecho a la propiedad privada	360
3.1.1. Suspensión del cómputo de plazos para el derecho a la expropiación rogada.....	360
3.1.2. Limitaciones a la propiedad de terrenos colindantes a la zona de influencia	361
3.2. Distribución competencial	362
3.3. Planeamiento urbanístico y territorial.....	363
3.3.1. Planeamiento territorial: en concreto, el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral de la Comunidad Valenciana (PATIVEL)....	364

	Pág.
3.3.2. Planes urbanísticos y evaluación ambiental estratégica.....	365
3.3.2.1. Modificaciones técnicas <i>vs.</i> modificaciones sustanciales	365
3.3.2.2. No sometimiento a Evaluación Ambiental Estratégica de un campo de golf declarado de interés turístico.....	365
3.3.3. Modificaciones puntuales en suelo no urbanizable de protección y vulneración del principio de no regresión.....	366
4. Ejecución urbanística	368
5. Disciplina urbanística.....	369
5.1. Responsabilidad patrimonial por declaración de nulidad de dos licencias urbanísticas (<i>dies a quo</i>).....	369
5.2. Concesión de licencia municipal de obras y solicitud de revisión de oficio por la Administración autonómica.....	370

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	374
2. Derecho de defensa de la competencia y actividades de los ayuntamientos.....	375
2.1. No resulta contraria al Derecho de defensa de la competencia la adjudicación de una concesión municipal para prestar el servicio de pago mediante app de estacionamiento limitado	375
2.2. Se declaran contrarias a la competencia conductas restrictivas procedentes de concesionarias que prestan servicios funerarios en el tanatorio de competencia municipal.....	377
2.3. Se declaran contrarias a derecho conductas restrictivas de la competencia de varias empresas en el marco de licitaciones municipales	379
3. Servicios públicos	380
3.1. Reforma de la LRBRL por Real Decreto-ley 6/2023 en relación con los servicios públicos locales.....	380
3.2. Ausencia de implantación de un servicio municipal de carácter obligatorio	382
3.3. Formas de gestión de los servicios públicos: la gestión directa mediante sociedad mercantil plurimunicipal como medio propio	383
3.4. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia: en materia de aguas.....	385
4. Incidencia de las competencias municipales sobre los servicios y actividades económicas de los particulares	386
4.1. La contradicción con el Derecho europeo de limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona.....	386
4.2. La regulación de licencias para el estacionamiento de ciclomotores y motocicletas de uso compartido en régimen de explotación económica	387
4.3. La regulación municipal de los horarios para apertura de salones de juego.....	388

	Pág.
4.4. La necesidad de modificar el planeamiento urbanístico local que prohíbe los usos turísticos de las viviendas	388
5. Fomento municipal de la actividad empresarial privada.....	389
5.1. Preferencia por el otorgamiento de ayudas a través de procedimientos competitivos	389
5.2. Ilegalidad de la concesión de subvenciones locales a empresas domiciliadas en el municipio	389

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.....	391
1.1. Novedades doctrinales.....	391
1.2. Novedades normativas.....	392
1.2.1. Estado y comunidades autónomas.....	392
1.2.2. Entidades locales	395
1.3. Novedades jurisprudenciales.....	396
2. Expropiación.....	400
2.1. Novedades doctrinales.....	400
2.2. Novedades normativas.....	400
2.3. Novedades jurisprudenciales.....	402
2.3.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.....	402
2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia	405
3. Bibliografía.....	407

Jurisdicción contencioso-administrativa y responsabilidad patrimonial

Héctor IGLESIAS SEVILLANO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción	410
2. Jurisdicción contencioso-administrativa.....	410
2.1. Novedades normativas.....	410
2.2. Jurisprudencia destacada	417
2.2.1. Sobre el contenido del expediente administrativo y el acceso a la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa.....	417
2.2.2. Sobre actuaciones impugnables. Notificaciones de embargos.....	419
2.2.3. Sobre la distinción entre inactividad administrativa, silencio positivo y negativo y el mero incumplimiento en la emisión de un informe.....	420
2.2.4. Terminación del procedimiento y función del recurso de casación.....	424

	Pág.
2.2.5. Cuantía del procedimiento contencioso-administrativo.....	425
2.2.6. Condición de interesada y legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de un acto administrativo municipal.....	425
2.2.7. Sobre el objeto de impugnación y la preclusividad de los plazos procesales	427
2.2.8. Sobre el art. 33.2 LJCA.....	427
2.3. Contribuciones doctrinales.....	428
3. Responsabilidad patrimonial de la administración	430
3.1. Novedades normativas.....	430
3.2. Jurisprudencia destacada	432
3.2.1. Responsabilidad patrimonial y acto legislativo en el ámbito tributario	432
3.2.2. Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el Real Decreto 463/2020.....	434
3.2.3. Error de hecho y mayoría de edad	436
3.2.4. Responsabilidad por daños físicos y morales sufridos en el ejercicio de una actividad funcional y pérdida de oportunidad.....	436
3.3. Contribuciones doctrinales.....	438

Empleo público

Alfonso ESTEBAN MIGUEL

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

1. Introducción	441
2. Novedades normativas en el empleo público.....	442
2.1. Modificación de los permisos de los funcionarios públicos	442
2.2. Modificación del EBEP para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI	443
2.3. Desarrollo de ciertos preceptos del EBEP para la Administración General del Estado.....	444
3. Temporalidad en el empleo público	444
3.1. Medidas para estabilizar las plazas del personal temporal	444
3.2. Consecuencias de la temporalidad abusiva: la conversión del contrato en indefinido no fijo	447
3.3. Consecuencias de la temporalidad abusiva: posible reconocimiento de indemnizaciones.....	448
3.4. Límites a la contratación temporal: el contrato de interinidad para sustitución.....	451
4. El acceso al empleo público	452
4.1. Valoración de la experiencia a efectos de acceso	453

	Pág.
4.2. Cuestiones sobre los órganos de selección y los terceros de buena fe de procesos declarados nulos	454
4.3. Titulaciones exigidas para el acceso.....	455
4.4. Los procesos selectivos por el turno de discapacidad	455
5. La extinción de los contratos de trabajo en el sector público: especial referencia a los despidos por causas objetivas tras la derogación de la DA 16 ET	456
6. Otras cuestiones relevantes en materia de empleo público	457
6.1. La negociación colectiva en el empleo público	457
6.2. La delimitación de la relación de alta dirección en el sector público.....	457
6.3. Cuestiones relativas a la relación de la policía local	459
6.4. Situación de los funcionarios electos como miembros de corporaciones locales	460
6.5. Derechos del personal interino	460

Novedades sobre los delitos relacionados con la corrupción en la Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO

Investigadora Ramón y Cajal en el Área de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

1. Novedades normativas.....	464
1.1. Modificaciones al Código Penal.....	464
1.2. Otras normas con relevancia penal	470
1.2.1. Ley de protección del informante (<i>whistleblower</i>).	470
1.2.2. Proposición de Ley Orgánica sobre la amnistía de los delitos relacionados con el « <i>procés</i> »	473
2. Novedades en la jurisprudencia y en la doctrina	474
2.1. Delitos de prevaricación administrativa	474
2.1.1. Participación del extraneus en el delito especial	475
2.1.2. Relación entre el delito de prevaricación y el de fraude a la Administración	476
2.1.3. Prevaricación omisiva	477
2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal.....	477
2.1.5. Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación.....	479
2.2. Delitos de cohecho.....	480
2.2.1. Participación subsiguiente en el delito de cohecho	481
2.2.2. Coautoría en el delito de cohecho	482
2.3. Delitos de malversación.....	484
2.3.1. Carácter público de los bienes incautados por la policía	484
2.3.2. Malversación y continuidad delictiva	485
2.3.3. Malversación omisiva	486

	Pág.
2.3.4. Redacción más favorable al reo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre	487
2.3.5. Participación del extraneus en el delito de malversación	488
2.4. Otros	490
ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE ESTILO PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES EN EL <i>ANUARIO DE DERECHO MUNICIPAL</i>	493

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Conflictos normativos en el sistema 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

El Derecho contemporáneo se nutre de múltiples fuentes de producción normativa y se plasma en diversas formas normativas. Esto hace que sean frecuentes las antinomias y los conflictos aplicativos. Estos problemas están presentes en el Derecho local. Para la solución de los conflictos, la Constitución contiene algunos criterios inter-ordinamentales (jerarquía, competencia y prevalencia). Además, dentro de cada sistema normativo hay varios criterios de derogación o preferencia aplicativa (jerarquía, cronología, especialidad). La aplicación de todos estos criterios en el Derecho local es problemática y compleja, sin que la jurisprudencia ofrezca soluciones generalizables y sostenibles.

Palabras clave: sistema de fuentes; régimen local; leyes; conflictos normativos; ordenanzas municipales.

ABSTRACT

Contemporary law draws on multiple sources and takes many forms. As a natural consequence, antinomies and applicative conflicts are frequent. These problems are present in local government law. The Constitution contains a number of criteria to solve those conflicts (hierarchy, competence and prevalence). In addition, within each legal system, we account on several criteria to determine what specific rule should be applied in each case (hierarchy, chronology, specialty). The application of all these criteria in local government law is problematic and complex, and case law does not offer general and sustainable solutions.

Keywords: sources of law; local government law; regulatory conflicts; municipal by-laws.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LEYES GENERALES *VERSUS* LEYES ESPECIALES: 2.1. Leyes especiales de Madrid y Barcelona y legislación general de régimen local. 2.2. Reglamentos especiales *versus* leyes generales.—3. LEYES ESTATALES *VERSUS* ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—4. LEYES BÁSICAS *VERSUS* LEYES DE DESARROLLO.—5. LEYES ESTATALES SUPLETORIAS Y LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO.—6. LEYES BÁSICAS REMITENTES A NORMAS LOCALES.—7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho contemporáneo muestra una amplia *diversidad de fuentes normativas*. Esta diversidad se puede sistematizar en torno a dos criterios: la entidad pública que dicta las normas; y la forma, procedimiento de aprobación o posición ordinamental de cada norma¹. Por su *procedencia* —y consiguiente alcance aplicativo— tenemos normas internacionales, europeas, estatales, autonómicas y locales. Por su *forma*, procedimiento de aprobación o posición ordinamental, tenemos diversos tipos de normas internacionales y europeas (tratados, acuerdos administrativos, directivas, reglamentos, reglamentos de ejecución, decisiones), diversos tipos de leyes o normas con valor de ley (básicas, de desarrollo, orgánicas, presupuestarias, decretos-leyes, decretos legislativos), varias clases de reglamentos (de gobierno o consejo de gobierno, de ministro o consejero, ordenanzas y reglamentos plenarios o de junta de gobierno).

2. La alta complejidad normativa se racionaliza distinguiendo diversos *sistemas jurídicos* dentro de un mismo *ordenamiento* (en nuestro caso, el Derecho español). En el ordenamiento jurídico español se contienen, además, algunas normas primarias que articulan las relaciones entre los distintos sistemas jurídicos. Mas esa articulación de los sistemas jurídicos concurrentes no es plena. La Constitución contiene una buena parte de esas normas primarias de articulación, o remite su formulación a otras normas. Pero esa regulación constitucional muestra múltiples ámbitos de incertidumbre.

3. En términos generales, los *distintos sistemas jurídicos* vigentes en un mismo ordenamiento jurídico se articulan a través de tres criterios elementales: competencia, jerarquía y preferencia aplicativa². Pero no siempre está claro cuándo actúa cada uno de ellos. Ni sus efectos: unas veces determinan la validez de las normas; otras veces condicionan únicamente su eficacia. Además, para solucionar los posibles conflictos normativos presentes en un mismo sistema jurídico en nuestro Derecho se sigue hablando hoy, como residuo cultural de un orden normativo esencialmente unitario, de cuatro criterios de derogación o solución de conflictos normativos: la jerarquía (*lex superior derogat inferior*); la derogación de las leyes anteriores por las posteriores (*lex posterior derogat*

¹ J. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, p. 21; M. DARNACULLETA I GARDELLA, «Derecho administrativo», en F. VELASCO CABALLERO y M. DARNACULLETA I GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 63-82 (p. 74).

² J. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Sistema de fuentes...*, *op. cit.*, p. 79.

anterior); la aplicación preferente de las leyes especiales posteriores, sobre las generales y anteriores (*lex specialis derogat legi generali*); y la posible aplicación preferente de las leyes especiales anteriores, sobre las generales posteriores (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*)³. Estos vetustos criterios de solución de conflictos normativos presentan dos debilidades elementales: por un lado, tienen una cobertura sólo parcial en el art. 2.2 del Código Civil (1889), que únicamente se refiere de forma expresa a la derogación de las leyes anteriores por otras posteriores; por otro lado, los mencionados criterios están concebidos para un ordenamiento unitario (estatal) muy distinto del actual, por lo que no siempre encajan en el vigente orden constitucional de fuentes del Derecho. Muy señaladamente, la jerarquía es hoy tanto un criterio de articulación de los diversos sistemas jurídicos que componen el ordenamiento jurídico como de las diversas normas que componen un mismo sistema jurídico.

4. La diversidad y complejidad del ordenamiento jurídico, a lo que se acaba de hacer referencia, es patente en el *Derecho local*. Aquí rigen no sólo un amplio catálogo de normas internacionales, europeas, estatales y autonómicas, sino también las normas propiamente locales: normalmente, de los plenos municipales, pero en ocasiones también de las juntas de gobierno. Por tanto, aquí se reproducen una buena parte de los conflictos normativos comunes al conjunto del Derecho. A ello se suman otros conflictos normativos específicamente locales. En este estudio se analizan algunos de estos conflictos normativos. Los más complejos o los que, por sus consecuencias, presentan mayor relevancia actual.

2. LEYES GENERALES *VERSUS* LEYES ESPECIALES

5. Cuando dos normas del mismo rango jerárquico provienen de una misma fuente de producción (Unión Europea, Estado, comunidad autónoma o municipio) y dichas normas entran en conflicto, tradicionalmente se opta por la aplicación de uno de estos tres criterios: la norma de mayor *jerarquía* deroga a la de menos grado; la *norma posterior* deroga la anterior (incluso la especial); o la *norma especial* (incluso anterior) se aplica con preferencia sobre la norma general (incluso posterior). El criterio jerárquico muestra escasos problemas aplicativos, aunque luego se verá alguna desviación jurisprudencial (*infra* § 10). El conflicto es aparente cuando estamos ante una nueva norma especial (por ejemplo, una norma legal estatal sobre empleo público local) que contradice lo establecido en una previa norma general (por ejemplo, en el Estatuto Básico del Empleado Público). En este caso, la norma especial, que tiene la misma procedencia y rango que la general, se aplica siempre con carácter prevalente. Porque es posterior (a la previa norma general) y porque es especial. En términos generales, los conflictos normativos surgen cuando a una norma especial sigue en el tiempo una norma general (de la misma procedencia y rango) y esta norma general no enuncia expresamente la vigencia

³ L. M. DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 66, 348 y 363.

y aplicabilidad de la previa norma especial. Este conflicto se ha dado en la aplicación de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCREM), frente a leyes estatales generales sobre régimen local y sobre empleo público. Y se ha presentado de forma sólo aparente en relación con Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona. En lo que sigue, primero se van a analizar las relaciones entre la legislación general de régimen local y las leyes especiales de Madrid y Barcelona. Después se analizará la discutible conexión de especialidad entre dos normas de un mismo sistema jurídico, pero de distinto rango.

2.1. Leyes especiales de Madrid y Barcelona y legislación general de régimen local

6. Empezando por el régimen legal especial de Madrid, la STS de 27 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6490) se ocupó de un conflicto normativo entre el art. 55 LCREM (de 2006) y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), hoy sustituido por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. El art. 55 LCREM no reservaba determinadas atribuciones a funcionarios de Administración local con habilitación nacional («habilitados nacionales»). En cambio, la posterior DA 2.ª1.2.b) EBEP (2007) expresamente contenía tal reserva funcional para los habilitados nacionales. Este segundo precepto no mencionaba en ningún sentido el previo art. 55 LCREM. Por ello, en el caso sometido a juicio (la creación de la Agencia Tributaria de Madrid sin reservar determinados puestos a habilitados nacionales) era preciso determinar si se aplicaba la ley especial anterior (la LCREM de 2006) o la ley general posterior (el EBEP de 2007). El Tribunal Supremo optó expresamente por aplicar la ley general y posterior (el EBEP). Consideró que, no habiendo ninguna excepción expresa en la DA 2.ª1.2.b) EBEP, el art. 55 LCREM había sido derogado tácitamente por la ley posterior (el EBEP)⁴. En apoyo de esta conclusión se invocaba el art. 2.2 CC, que expresamente establece que las normas anteriores se derogan por otras posteriores. Esta opción jurisdiccional es, sin duda posible. Y, de mantenerse de una forma estable, allana la solución de los conflictos normativos, pues descansa sobre dos criterios por completo ciertos: la fecha de cada ley; y la existencia o no de una excepción expresa a la aplicación de la ley posterior. Sus mayores problemas son, de un lado, el mantenimiento de ese criterio en todos los casos de conflicto entre ley general y ley especial; y en segundo lugar, la necesidad de una técnica normativa (inexistente en la actualidad) en la que la ley general ha de identificar las posibles normas especiales que mantienen su vigencia,

⁴ El epígono de esta sentencia fue la posterior STS de 23 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1804). En este caso, una vez que la DA 2.ª1.2.b) EBEP fue expresamente derogada por el posterior art. 92 *bis* de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), el Tribunal Supremo consideró que, conforme al art. 2.2 CC, el art. 55 LCREM, al haber quedado ya derogado por la DA 2.ª1.2.b) EBEP (2007), no podía ya volver a la vigencia, pese a que la propia DA 2.ª1.2.b) EBEP (2007) había quedado ya derogada.

frente a la ley general posterior. La dificultad intrínseca de identificar expresamente las normas especiales existentes (para, en su caso, evitar su derogación tácita) conduce directamente a que, en la mayoría de los casos, serán los jueces quienes interpreten cuál era el verdadero espíritu de la nueva ley: si pretendía derogar todas las especialidades anteriores o si tácitamente quería mantener alguna especialidad. De esta manera, lo que *a priori* parecería un criterio cierto y seguro (la aplicación sistemática de la ley posterior) en última instancia acabaría siendo un ámbito para el arbitrio judicial.

7. En *Barcelona* han sido varias las sentencias que han optado por la aplicación de una ley estatal general, frente a diversas normas especiales para el Ayuntamiento de Barcelona. Pero, en puridad, estas sentencias no se refieren a una única realidad, porque las normas especiales desplazadas unas veces eran estatales, otras autonómicas y otras municipales. En este sentido, no siempre se da aquí el conflicto entre leyes generales y leyes especiales con la misma procedencia y rango. Se puede considerar que hay un verdadero conflicto entre ley general y ley especial en relación con la cláusula general de competencia municipal (enunciado por el art. 3 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona) respecto de la posterior Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que modifica de forma relevante el listado de materias de necesaria competencia municipal contenido en el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). En este caso, la aplicación preferente de la norma posterior (el precepto de la LRSAL que modifica el art. 25.2 LBRL) supone la aplicación preferente de la ley general posterior, frente a la ley especial anterior⁵. Probablemente, el conflicto está mal planteado en su raíz, pues en puridad el art. 25.2 LBRL no contiene un listado tasado de competencias municipales, sino un mandato de competencias mínimas (que por tanto no habría sido contradicho por la cláusula universal de competencias del art. 3 de la Ley especial de Barcelona)⁶. En todo caso, de darse verdaderamente el conflicto normativo, su solución podía articularse mediante la aplicación de la *lex posterior* o por la aplicación de la *lex specialis* anterior. A falta de un criterio vinculante y cierto en el sistema de fuentes, el órgano judicial optó por la aplicación —más sencilla— de la ley posterior.

8. Aparte del anterior supuesto, otros asuntos contenciosos sobre el régimen singular de Barcelona no contienen un verdadero conflicto entre ley general y ley especial. Son asuntos de orden competencial, entre *dos sistemas jurídicos distintos*. Hay un conflicto competencial entre dos sistemas jurídicos, en primer lugar, cuando una misma realidad se regula de forma diversa en una ley estatal (general) y en una ley autonómica (especial). Así ocurre, a mi juicio, en relación con las consultas municipales, reguladas con carácter general en el art. 71 LBRL y, específicamente para Barcelona, en el art. 35 de la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona

⁵ Vid. en este sentido la Sentencia 127/2021, de 30 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Barcelona, en relación con el servicio municipal de odontología.

⁶ A. GALÁN GALÁN, «El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes. Parte general», en T. FONT I LLOVET, *La carta municipal de Barcelona y el dret de la ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, 2022, pp. 61-114 (pp. 69 y 77).

(LCMB). En tal caso, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña optó por aplicar directamente el art. 71 LBRL, lo que condujo a la anulación del art. 74.2 del reglamento de participación ciudadana de Barcelona⁷. Es dudoso que aquí exista propiamente un conflicto normativo, pues en puridad el art. 35 LCMB no contradice la regulación sustantiva y procedimental del art. 71 LBRL. Simplemente, porque el art. 35 LCMB contiene una regulación muy sucinta de las consultas ciudadanas. En todo caso, de darse una hipotética contradicción entre la LCMB y la LBRL, el conflicto normativo se resolvería mediante criterios de competencia. Y entonces lo determinante sería comprobar si la DF 6.^a LBRL ha optado por la inaplicación de su régimen de consultas ciudadanas en el Ayuntamiento de Barcelona. Si así fuera, el criterio de competencia permitiría entender que en Barcelona no rige el procedimiento de aprobación de consultas ciudadanas del art. 71 LBRL. Pero estaríamos, en todo caso, ante un conflicto entre normas de distintos sistemas jurídicos, solucionable mediante el criterio competencial, no ante la preferencia aplicativa de la una ley especial.

9. También hay un conflicto inter-sistemático de orden *competencial* (y no entre leyes generales y especiales de un mismo sistema jurídico) en el asunto de la STS de 21 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2611) que anula parcialmente el Reglamento Orgánico de Barcelona, por contradecir un precepto básico del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 1986 (ROF). La mencionada sentencia declara que el art. 85.2 ROF tiene carácter *básico*. Este precepto impone la presencia, en la sala municipal de plenos, de los símbolos del Estado, como la *efigie del rey*. En el proceso contencioso se impugnaba una modificación del Reglamento Orgánico de Barcelona (2015) que había permitido la retirada de la efigie real, lo que efectivamente tuvo lugar. Ese precepto municipal sería ilegal y nulo, por haber contradicho una norma reglamentaria (básica) estatal. Esta sentencia es cuestionable. Fundamentalmente, porque presume que la calificación de una norma reglamentaria como «básica» es una labor por completo *abierta a los tribunales contencioso-administrativos*. Parecería que los tribunales están llamados a valorar con amplio margen de libertad si, a la vista de su contenido, una concreta norma reglamentaria es verdaderamente «básica», por expresar directamente el interés general estatal en la correspondiente materia. Pero esto, a mi juicio, no es correcto. En primer lugar, porque para calificar una norma reglamentaria como básica es imprescindible atender, antes de nada, a si *alguna ley* ha determinado ya *ex ante* el carácter «básico» o «no básico» de la futura norma reglamentaria. Un órgano judicial, en tanto que vinculado a la ley (art. 117.1 CE) no puede contradecir, ni extender, ni adaptar, ni optimizar lo que una ley califica (o no) como básico. Esto es: si una ley considera que su desarrollo reglamentario no es básico, no corresponde a un tribunal contencioso cuestionar ni ampliar esa calificación legal. En este punto hay que destacar que es *la propia LBRL*, desde su aprobación, quien considera que el art. 85.2 ROF no es una norma básica. Por supuesto, una futura reforma de la LBRL puede ordenar, como

⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de enero de 2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:4316).

regla básica estatal, la presencia de la efigie real en el salón municipal de plenos. Si así lo decide la LBRL, claramente cualquier norma autonómica o local en contrario sería ilegal y mediatamente inconstitucional (por contradecir una norma básica estatal). Pero mientras esto no ocurra, una aplicación judicial prudente del principio de legalidad (art. 117.1 CE) aconseja no calificar como básica una norma a la que la ley parlamentaria (la LBRL) expresamente ha negado esa calificación. En segundo lugar, aunque es verdad que la jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia excepcional de normas básicas con forma reglamentaria, el propio carácter excepcional de esa posibilidad lleva a pensar que requiere de la *mediación legal* (STC 69/1988, FJ 5.º). Esto es: siendo constitucionalmente excepcional la existencia de normas reglamentarias básicas, lo procedente es exigir que sea precisamente *una ley quien cree esa excepción*. Teniendo en cuenta que una norma básica vincula a los parlamentos autonómicos, hay que entender que la posible existencia de normas reglamentarias básicas —precisamente por su carácter excepcional— está reservada a la ley. Esto es, debe ser sólo la ley, y no el propio reglamento o el tribunal que lo aplica, quien pueda crear una excepción al criterio constitucional general. En todo caso, y en lo que es relevante para este estudio, no estamos aquí tampoco un conflicto normativo entre normas generales y especiales, sino ante un asunto competencial: si el art. 85.2 ROF se considera una norma básica estatal, resulta aplicable en Cataluña, y por tanto vincula al Ayuntamiento de Barcelona.

2.2. Reglamentos especiales *versus* leyes generales

10. Los criterios elementales que articulan los distintos sistemas jurídicos de un ordenamiento (jerarquía, competencia y prevalencia) pueden entrar en conflicto aparente con los criterios intra-sistemáticos: los que para cada sistema jurídico (el europeo, el estatal, el de cada comunidad autónoma, el de cada municipio) establecen la preferencia aplicativa de la *lex posterior* o de la *lex specialis*. Por principio, hay que considerar que los criterios inter-sistemáticos (jerarquía, competencia y prevalencia) tienen implícita o explícitamente rango constitucional, y por tanto no pueden quedar afectados por los criterios intra-sistemáticos tradicionales de *lex posterior* o de *lex specialis*. Esto lleva a que, aplicando el criterio constitucional de competencia, una ley estatal posterior (o especial) no pueda derogar un reglamento autonómico (en materia de competencia exclusiva autonómica); y que tampoco una ley o un reglamento estatal pueda derogar una ordenanza municipal, en materia de competencia exclusiva autonómica. Igualmente, dentro de un mismo sistema jurídico (el europeo, el estatal, el de cada comunidad autónoma, el de cada municipio), el criterio constitucional de jerarquía (art. 9.3 CE) impide que un reglamento posterior o especial pueda ser aplicado con preferencia, respecto de una ley. Esta afirmación, aunque aparentemente obvia, presenta desviaciones en la jurisprudencia.

11. Recientemente se ha hecho pública una sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3455), sobre el *sistema de fuentes en el empleo*

público local. Según la sentencia, el Real Decreto 896/1991, de 18 de abril, que establece la preferencia del sistema selectivo de oposición (frente al concurso-oposición), es de aplicación preferente respecto del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, EBEP) que no fija ninguna preferencia entre los sistemas de oposición y concurso-oposición, previendo como excepcional sólo el sistema de concurso (art. 61.6 EBEP). O sea, un reglamento estatal anterior se aplica con preferencia respecto de una ley posterior y también estatal.

12. Como es sabido, el empleo público local presenta una especial complejidad normativa. Por un lado, porque hay *tres fuentes de producción normativa*: estatal (normativa básica), autonómica (normativa de desarrollo) y de cada ayuntamiento, donde a su vez habría que distinguir entre las normas aprobadas unilateralmente por cada ayuntamiento (fundamentalmente, para cuestiones organizativas) y los acuerdos o pactos (sobre condiciones de trabajo) que vinculan al ayuntamiento (conforme al art. 38 EBEP). De otro lado, el empleo público local se localiza en *dos grupos normativos* no siempre coherentes: el de régimen local y el de empleo público. Originariamente, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), ya contenía algunas pocas normas sobre empleo público. Esta regulación se completó extensivamente por medio del Texto Refundido de Régimen Local de 1986 (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, TRRL) y por reglamentos estatales específicos, como 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 Administración local. En su origen, la mayoría de las normas del TRRL —y de los distintos reglamentos estatales que lo desarrollan—, se aprobaron como normas estatales *supletorias*, perfectamente desplazables por las leyes y reglamentos autonómicos que fueran desarrollando las bases estatales sobre régimen local. Sólo una parte de las normas del TRRL se calificaban expresamente como básicas [DF 7.^a1.*a*)]. Las demás eran normas meramente supletorias. Sin embargo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional iniciada en 1996 (SSTC 118/1996, sobre la Ley de Transportes Terrestres, y 61/1997, sobre la Ley del Suelo) son inconstitucionales las normas estatales meramente supletorias, no asentadas en un concreto título competencial estatal. A partir de ahí se podía cuestionar abiertamente la constitucionalidad de la mayoría del TRRL y, más aún, de sus reglamentos de desarrollo, que en buena parte de su contenido habían sido dictados con vocación de *transitoriedad y supletoriedad*, a la espera de un pleno despliegue de las competencias legislativas autonómicas sobre régimen local. Ello no obstante, mediante una técnica legislativa algo heterodoxa, una ley estatal (Ley 53/2002, de 30 de diciembre) ha venido a calificar como básicos (*a posteriori*) algunos otros preceptos del TRRL.

13. En este contexto toma sentido 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 Administración local. En él, expresamente se califican como meramente *supletorias* algunas normas, pero no la mayor parte,

que se califican como *básicas*. Entre otras se califica como básico, en lo que ahora importa, el art. 2, que establece la preferencia del sistema de selección por *oposición*, frente al concurso-oposición. Dice textualmente la DF 1.^a del Real Decreto 896/1991 que «[c]onstituyen normas básicas, en el sentido previsto en el art. 149.1.18 de la Constitución, los preceptos contenidos en el presente Real Decreto, a excepción de los arts. 4. *a*), *b*), *c*), *d*), *f*), *g*), *h*), *i*), y 6 y las DDAA 1.^a, párrafos 2.º y 3.º, 2.^a y 3.^a, cuya aplicación tendrá carácter supletorio respecto de la legislación específica de las CCAA».

14. Pero la complejidad normativa no acaba aquí. Porque resulta que el empleo público local no sólo se regula en las leyes y reglamentos de régimen local (la LBRL, el TRRL y los reglamentos de desarrollo, como el contenido en el Real Decreto 896/1991), sino también en las *leyes generales de empleo público*. Fundamentalmente, en el EBEP y en las leyes autonómicas de desarrollo (como la Ley gallega 2/2015, de 29 de abril, del empleo público).

15. En el caso de la STS de 18 de julio de 2023 tenemos precisamente una *colisión, dentro del mismo sistema jurídico estatal, entre los dos grandes grupos normativos mencionados*. Tenemos, de un lado, el régimen local estatal, donde una norma reglamentaria estatal básica (*sic*) dispone desde 1991 que el sistema de selección de los funcionarios locales es, por principio, el de oposición (siendo secundaria y necesitada de motivación la opción por el concurso-oposición). Y tenemos, de otro lado, la legislación estatal de empleo público, que en su última versión vigente (el EBEP de 2015, coincidente con el de 2007) no establece ninguna preferencia por la oposición, frente al concurso-oposición (art. 61.6 EBEP). Ambas son normas estatales. Y ambas básicas (mientras judicialmente no se declare lo contrario). Pero una es de rango de legal y otra reglamentaria. En este conflicto normativo intra-sistemático, el Tribunal Supremo opta por aplicar *la norma especial* (el art. 2 del Real Decreto 896/1991) pese a ser anterior en el tiempo y de inferior rango que el art. 61.6 EBEP. Con carácter general es asumible que la regulación específica del empleo público local sea *ley especial*, respecto del régimen general del empleo público (el EBEP). Pero nos encontramos aquí con varias objeciones constitucionales relevantes para optar por la aplicación preferente de un reglamento estatal, especial y anterior, respecto de una ley también estatal, pero general y posterior.

16. Resulta, en primer lugar, que la opción aplicativa de la Sala contradice el principio general de *jerarquía normativa* (art. 9.3 CE), que en su dimensión aplicativa normalmente debe llevar a la aplicación de la norma de mayor rango (la ley). En segundo lugar, también es de mejor condición, en el sistema constitucional de fuentes, una norma *aprobada por las Cortes* (en ejercicio de la potestad legislativa, conforme al art. 66.1 CE) que una norma reglamentaria, aprobada por el Gobierno, «con pleno sometimiento a la ley y al Derecho» (art. 97). También, la opción por la norma reglamentaria que contiene la STS de 18 de julio de 2023 supone limitar las opciones de *desarrollo legislativo autonómico*, pues la norma reglamentaria [que se autocalifica como básica (*sic*)], impide que la ley autonómica de desarrollo (del EBEP o de la LBRL) equipare los sistemas de oposición y de concurso-oposición. De esta forma, la aplicación

preferente del reglamento frente al EBEP (por la que opta el Tribunal Supremo) incluye una limitación de la competencia legislativa autonómica, más allá de lo que expresamente ha establecido el art. 61.6 EBEP. Por último, la aplicación del art. 2 del Real Decreto 896/1991, respecto de lo que permite el EBEP, supone que *los ayuntamientos no pueden optar* discrecionalmente (como permite en principio el art. 61.6 EBEP, sin perjuicio de lo que establezcan las leyes autonómicas de desarrollo) entre la oposición y el concurso-oposición. Este impedimento delimita negativamente la *autonomía local* garantizada por la Constitución (art. 137 CE) y la potestad de autoorganización atribuida por el art. 4.1.a) LBRL.

17. Por todo lo dicho, creo que hay razones constitucionales de fondo para no preferir la aplicación de un reglamento estatal especial frente a una *ley estatal, posterior, general y más deferente* con las competencias autonómicas y el principio constitucional de autonomía local.

3. LEYES ESTATALES *VERSUS* ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

18. Junto a las leyes estatales, en la actualidad los estatutos de autonomía regulan el régimen local en cada comunidad. Por un lado, los estatutos de autonomía atribuyen competencias sobre régimen local (o sobre gobiernos locales) a las correspondientes CCAA. Además, los estatutos de autonomía (sobre todo los modificados a partir de 2006) definen de forma directa la estructura local de las correspondientes comunidades. Todas estas normas estatutarias sobre régimen local *no pueden contradecir la legislación básica estatal*, amparada por el art. 149.1.18 CE (SSTC 31/2010, FJ 10; y 132/2013, FJ 4.º). Una norma estatutaria que contradijera lo establecido en una ley válida estatal (dictada al amparo de la competencia básica *ex* art. 149.1.18 CE) sería inconstitucional, por invadir una competencia propia del Estado. Cuestión distinta es que esa inconstitucionalidad lleve necesariamente aparejada la nulidad de la correspondiente norma estatutaria. Pues dado que la constitucionalidad de la norma estatutaria depende de una legislación estatal por definición cambiante, se puede considerar que la norma estatutaria ha de *acomodar su posible alcance y eficacia* a lo que en cada momento determine la legislación (básica) estatal, sin llegar a afectar a su validez. Por otro lado, y como luego se verá con un asunto muy reciente (*infra* § 20), aunque las leyes estatales son parámetro de constitucionalidad de los estatutos de autonomía (cuando dichas leyes se dictan lícitamente en el ejercicio de competencias estatales) esto no impide que la propia legislación básica estatal permita o prevea singularidades estatutarias (por ejemplo, para las islas: art. 41.3 LBRL). Por último, no cualquier regulación estatutaria singular o peculiar (respecto de lo establecido por las leyes estatales) supone, por sí, una infracción de dichas leyes. Hay que tener en cuenta que todo el Derecho local está vertebrado por el principio constitucional de autonomía local (art. 137 CE), lo cual lleva a entender que, allí donde las leyes estatales configuran la autonomía local, tal configuración legal ha de entenderse como un mínimo vinculante para todas las CCAA, pero no como un estándar máximo.

Cabe, en este sentido, que los estatutos de autonomía eleven el estándar de autonomía local establecido en las leyes básicas estatales sobre régimen local⁸.

19. En efecto, nada impide que los estatutos de autonomía *aumenten* el nivel de autonomía local garantizado por la Constitución o incluso por la Carta Europea de la Autonomía Local (1985). Así lo hacen especialmente los estatutos reformados desde 2006, aunque de forma asimétrica: elevan claramente el nivel de autonomía municipal, pero no optimizan el mandato de autonomía provincial (lo cual tampoco es constitucionalmente objetable). También puede suceder que estatutariamente se diferencien diversos niveles de autonomía local, de forma que esta sea distinta para cada tipo de entidad local. La autonomía municipal suele potenciarse más que la provincial, que sólo se ajusta al estándar constitucional. Y también puede potenciarse la autonomía de ciudades concretas, como sucede con Barcelona y Palma de Mallorca en los estatutos de autonomía correspondientes. Otra posibilidad es que los estatutos de autonomía incorporen *estándares de autonomía local no incluidos en la Constitución*, aunque sí están ya presentes en la jurisprudencia constitucional respecto a leyes básicas estatales (y, por tanto, no entran en contradicción con el Estatuto). Ejemplos de estos estándares adicionales pueden ser la prohibición de controles de legalidad específicos o sectoriales de la Comunidad Autónoma sobre las entidades locales, el reforzamiento de su integridad frente a alteraciones territoriales y el establecimiento de reservas estatutarias de ley (autonómica) o de mayorías cualificadas para su aprobación. Algunos estatutos prevén la compensación económica en caso de modificación autonómica del régimen tributario local [arts. 192.6 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAAAnd) y 55.4 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (EACyL)], la necesidad de que cualquier atribución de competencias vaya acompañada de recursos suficientes para ejercerlas [arts. 192.7 EAAAnd, 55.4 EACyL y 137.4 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (EAIB)] o la prohibición de transferencias condicionadas [art. 114.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr)]. A semejanza de los listados de materias competenciales propios de la comunidad autónoma, el estatuto puede concretar la garantía constitucional de autonomía local precisando ámbitos concretos inherentes al interés local⁹. Esto es, materias competenciales locales. Tres son, *a priori*, las posibles formas de concreción competencial. Cabe, en primer lugar, la atribución directa de competencias a las entidades locales; cabe, también, la inclusión de una cláusula de competencia municipal universal; y cabe, por último, el mandato a la ley para que atribuya competencias concretas a los gobiernos locales dentro de una lista de ámbitos de interés local preseleccionada¹⁰.

⁸ F. VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2009, p. 131.

⁹ J. L. REQUEJO PAGÉS, «Garantía de la autonomía local y estatutos de autonomía», *Anuario del Gobierno Local 2006*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2007, pp. 53 y ss. (p. 55).

¹⁰ F. VELASCO CABALLERO, «Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Anuario del Gobierno Local 2004*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2005, pp. 117 y ss. (p. 142).

20. Todo lo argumentado hasta aquí puede dar sentido al reciente Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que incluye una reforma parcial de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Se incluye ahora una nueva DA 17 en la LBRL, referida a los «derechos históricos de Cataluña». Según la nueva DA 17 LBRL: «Las previsiones de esta Ley se aplicarán respetando en todo caso la posición singular en materia de sistema institucional recogida en el art. 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, así como las competencias exclusivas y compartidas en materia de régimen local y organización territorial previstas en dicho Estatuto, de acuerdo con el marco competencial establecido en la Constitución y en especial en el Estatuto de Autonomía de Cataluña».

21. Para entender el posible significado de esta nueva DA 17 de la LBRL hay que tener en cuenta dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional, que han definido la posición de la LBRL en relación con los estatutos de autonomía y las leyes autonómicas de régimen local. La ya mencionada STC 31/2010, sobre el Estatuto catalán, dejó claro que ningún estatuto de autonomía puede impedir el «pleno y efectivo ejercicio de las competencias estatales» (FJ 59) y entre ellas, la competencia estatal sobre bases del régimen local *ex art. 149.1.18 CE*. En consecuencia, ni la atribución de algunas *competencias exclusivas sobre régimen local* a la Generalitat [art. 160.1.c) del *Estatut*], ni la regulación directa de la organización local y territorial de Cataluña (arts. 83 y ss. del *Estatut*), puede prevalecer respecto de lo establecido en la legislación estatal básica de régimen local. Con esta jurisprudencia, la STC 31/2010 corregía la previa doctrina de la STC 247/1997, FJ 2.º, sobre el Estatuto valenciano, que reconocía al estatuto de autonomía una cierta capacidad para perfilar o delimitar el alcance de las competencias estatales *ex art. 149.1 CE*.

22. A partir de esta jurisprudencia constitucional, el alcance real de toda regulación estatutaria sobre régimen local (tanto organizativa como competencial) depende de lo que en cada momento determine la legislación básica estatal. Tal y como daba a entender la complicada STC 132/2012, sobre los consejos insulares baleares (FJ 2.º), el despliegue real de las normas estatutarias sobre régimen local queda *condicionado a que así lo permita la LBRL*.

23. A mi juicio, esto es precisamente lo que ha hecho la nueva DA 17 LBRL. Según el tenor literal de esta DA, en Cataluña *la LBRL debe aplicarse de conformidad con lo establecido en el Estatuto de autonomía*, tanto en lo relativo al sistema institucional, como a la existencia de competencias exclusivas y compartidas de la Generalitat sobre régimen local y organización territorial. Según esto, allí donde el Estatuto catalán atribuye a la Generalitat competencias exclusivas sobre régimen local [así, sobre «régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos», conforme al art. 160.1.c) EAC] hay que entender que la propia LBRL ha establecido que el Parlamento de Cataluña puede *desplazar la regulación básica estatal*. Obviamente, una ley catalana no puede derogar una ley estatal, pero por decisión de la DA 17 LBRL, la ley catalana puede, en materias en las que cuenta con competencia exclusiva, desplazar la aplicación de normas básicas de la LBRL.

24. Es posible que estemos ante el inicio de un nuevo tiempo en el que el Estatuto de Autonomía de Cataluña cobre el alcance con el que fue inicialmente aprobado, y que la jurisprudencia constitucional condicionó al pleno respeto a las competencias estatales. De esta manera, en la medida en que el Estado ejerza de forma distinta sus competencias legislativas (más deferente con los estatutos de autonomía), algunas competencias autonómicas cobrarán un nuevo alcance, al menos en aquellas comunidades y materias donde los estatutos incluyen amplias competencias autonómicas, si bien condicionadas —expresa o implícitamente— a lo que establezcan las leyes estatales. De esta manera, por ejemplo, lo que en el art. 160.1 EAC son *competencias exclusivas sobre régimen local*, y que como consecuencia de la STC 31/2010 había que considerar como «falsas exclusivas» (porque habían de respetar la regulación básica estatal sobre régimen local), ahora pueden volver a calificarse con propiedad como competencias autonómicas exclusivas, que no desarrollan sino que desplazan la eficacia de normas básicas estatales.

25. Con lo dicho, va aumentado el número de *normas básicas asimétricas*, cuya presencia efectiva en nuestro orden constitucional no es ni mucho menos nuevo, aunque tampoco estaba generalizado. La reciente Ley 12/2023, por el Derecho a la Vivienda también contiene algunas normas básicas asimétricas, que en principio no son constitucionalmente objetables, aunque ofrezcan numerosas dificultades para su aplicación¹¹.

26. Aunque, como se ve, concedo relevancia real a la nueva DA 17 LBRL, la frase final de la propia disposición deja abiertas algunas dudas. Se habla aquí de que todo lo dicho en la misma disposición se entiende «de acuerdo con el marco competencial establecido en la Constitución y en especial en el Estatuto de Autonomía de Cataluña». Ciertamente, esta frase final puede llevar a interpretar que la regulación básica estatal ha de aplicarse también en Cataluña. Pero, de ser esto así, lo cierto es que la DA 17 LBRL habría perdido todo su sentido y habríamos añadido un nuevo criterio de interpretación constitucional que no resulta directamente de la STC 31/2010. Según esta sentencia, el ejercicio de las competencias autonómicas no puede impedir el pleno despliegue de las competencias estatales. Pero nada impide que el Estado, precisamente en *ejercicio libre y efectivo de sus competencias exclusivas o básicas*, prevea el desplazamiento o inaplicación de parte de sus normas en el territorio de alguna comunidad autónoma.

4. LEYES BÁSICAS *VERSUS* LEYES DE DESARROLLO

27. En los últimos años, al menos desde 2003, asistimos a un conflicto abierto de criterios entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa sobre qué hacer cuando una ley autonómica entra en conflicto con una ley estatal. La divergencia entre tribunales se ha producido normalmente (aunque no sólo) en asuntos

¹¹ F. VELASCO CABALLERO, «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la Vivienda», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 8, 2023, pp. 61-94, (p. 86).

urbanísticos y de régimen local. Y las normas en conflicto son una autonómica frente a una *básica* estatal.

28. *Inicialmente*, desde finales de los años noventa, en algunos pocos casos la jurisdicción contencioso-administrativa consideró que, cuando una ley urbanística autonómica contradice una ley básica estatal (sea esta anterior o posterior a la autonómica), se aplica preferentemente (*prevalece*) la básica estatal. Y esta debe ser la que aplique el tribunal contencioso. Este criterio fue abiertamente *corregido por el Tribunal Constitucional* en 2003 (STC 1/2003), con una doctrina que llega hasta hoy (SSTC 66/2011, FJ 4.º; 187/2012, FJ 8.º; 177/2013, FJ 8.º; 166/2014, FJ 6.º, y 76/2022, FJ 2.º), si bien con algunas excepciones muy singulares (SSTC 102/2016, FJ 4.º; 116/2016, FJ 2.º, y 204/2016, FJ 2.º). El argumento central consiste en que la contradicción entre una ley autonómica y otra estatal remite, siempre, a un *conflicto constitucional de competencias*, cuya solución sólo puede provenir del Tribunal Constitucional. Esto es: cuando hay contradicción entre una norma autonómica y una estatal, una de las dos es inválida. Una de las dos contiene un exceso competencial. Y esa valoración, tratándose de normas con rango de ley, está reservada al Tribunal Constitucional. El juez no puede resolver por sí el conflicto entre leyes estatales y autonómicas, y ha de pedir auxilio al Tribunal Constitucional, por medio de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). Si no lo hace, el juez incurre en una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva e, incluso, del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

28. La doctrina constitucional, con la que la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra insatisfecha, merece dos consideraciones, una de orden práctico y otra de orden teórico. Empecemos por el problema práctico. Un país con 17 poderes legislativos autonómicos, más uno estatal, lógicamente ha de producir numerosas antinomias. Así, cada vez que se modifica la Ley de Suelo del Estado o la LBRL (lo que es muy frecuente) automáticamente quedan afectadas al menos diecisiete leyes autonómicas. Cada vez que se produce una de estas modificaciones entran en concurrencia, por más o menos tiempo, una ley estatal y una autonómica. Y en consecuencia, durante algún tiempo la Administración y los tribunales, que necesariamente tienen que resolver los expedientes y causas ante sí, tienen que tomar alguna opción. Desde luego, la *Administración* no puede dejar de resolver el expediente (art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y esto le obliga a aplicar una ley, e inaplicar otra. Porque ningún órgano administrativo está facultado para elevar cuestión de inconstitucionalidad por supuesto vicio de incompetencia de una de las leyes en conflicto. Más tarde, si el asunto se hace contencioso, el juez de nuevo tendrá que resolver. Y en tal caso la doctrina constitucional le obliga a que plantee previa cuestión de inconstitucionalidad, para que sea finalmente el Tribunal Constitucional quien decida cuál de las dos normas legales en conflicto es válida y cuál no. Siquiera de forma intuitiva, resulta llamativamente disfuncional que, a la espera de la tramitación y resolución de un proceso constitucional, la Administración haya de actuar de forma necesariamente inválida (porque al resolver el expediente conforme a una ley, necesariamente está inaplicando otra norma con rango de ley, lo

que le está vedado salvo para la aplicación preferente de una norma europea, conforme a la doctrina *Costanzo* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)¹². Y también resulta llamativo que fenómenos cotidianos de modificación normativa no puedan ser solucionados directamente por el juez sino que haya que convocar nada menos que al Tribunal Constitucional.

30. El problema práctico es real, como se ha expuesto. Y es consecuencia de una *concatenación de postulados teóricos* que, en su efecto aditivo, ofrece el resultado intuitivamente disfuncional que se ha descrito. Mencionemos estos postulados:

a) La Constitución y los estatutos de autonomía han troceado por completo la *realidad en títulos competenciales*, unos atribuidos al Estado y otros a las CCAA (dogma de la «complitud» del sistema competencial). En consecuencia, y salvo el caso irrelevante de la competencia constitucional concurrente sobre cultura, dos parlamentos no pueden regular la misma materia: o es competencia de uno, o es de otro.

b) Incluso en el binomio competencial «bases + desarrollo» se da la exclusividad competencial. Cuando el Estado dicta una norma verdaderamente básica está produciendo dos efectos: convirtiendo en sobrevenidamente inconstitucionales a todas las normas autonómicas sobre la misma materia (tanto las contrarias como las idénticas, pues estas últimas ya no podrían ser dictadas por la comunidad autónoma al haberse convertido en un ámbito de regulación básico); e impidiendo que, en adelante, las CCAA, dicten normas que anteriormente sí podían aprobar.

c) Como las competencias las atribuye el «bloque de la constitucionalidad», todo conflicto normativo expresa un problema de constitucionalidad, que ha de ser sólo y necesariamente resuelto por el *Tribunal Constitucional*.

31. La doctrina constitucional expuesta es, a mi juicio, disfuncional. Su enmienda puede venir por dos vías: reconstruyendo parte de los postulados teóricos de los que resulta dicha doctrina; o limitando la eficacia práctica de aquella doctrina. Veamos.

32. Cuando la delimitación constitucional y estatutaria de competencias se hace con el binomio «bases + desarrollo», se acepta naturalmente que los dos poderes legislativos (el estatal y el autonómico) actúan sobre una misma materia o sector de la realidad: los dos tienen competencia en la misma *materia*. Pero el ejercicio de la competencia autonómica está limitado por lo que resulte del ejercicio de la competencia estatal. Esto no es en sí mismo un problema. La cuestión es cómo se disciplinan las posibles contradicciones. En términos lógicos y de Derecho comparado son varias las *posibles soluciones*. Se puede, en primer lugar, solucionar las concurrencias o antinomias mediante *criterios de validez*. Esto es: en caso de contradicción, una norma es válida y otra no. Y una forma de expresar el criterio de validez es la *competencia*: cuando dos normas concurren sobre un mismo supuesto fáctico, una de ellas expresa un vicio de incompetencia (que ha de ser solventado mediante una declaración de nulidad). Este juicio de validez (incompetencia) sobre una norma con rango legal puede hacerse, en hipótesis, por cualquier

¹² STJ de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, C-103/88.

órgano jurisdiccional o exclusivamente por uno (un Tribunal Constitucional, o un Tribunal Supremo con funciones de control constitucional).

33. Pero también se pueden solucionar las concurrencias o antinomias mediante *criterios de eficacia* (desplazamientos, selección de la norma aplicable). Esto es, el ordenamiento de un país con fuentes normativas diversas puede establecer que prevalece una norma sobre otra. El criterio funcional de la prevalencia es bien conocido en sistemas federales y supranacionales con atribuciones competenciales difusas o imprecisas¹³ (tal es el caso de la *preemption* norteamericana¹⁴ o de la primacía europea¹⁵). La prevalencia no incluye (al menos, no necesariamente) un juicio de validez sobre ninguna de las normas en concurrencia. Simplemente concede mayor valor aplicativo a una sobre otra. Además, la prevalencia tanto puede ser a favor de la norma de mayor ámbito espacial de vigencia (la central o federal: art. VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América) como de la ley territorial (frente a la central o federal: art. 72.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

34. Hasta ahora, la prevalencia del Derecho estatal respecto del autonómico, directamente mencionada en el art. 149.3 CE para los conflictos normativos entre el Estado y las CCAA, se ha circunscrito a unos pocos supuestos de concurrencia competencial pura¹⁶, de la que incluso se ha excluido, muy significativamente, la relación entre normas básicas (estatales) y normas autonómicas (de desarrollo). Este es un criterio jurisprudencial constante del Tribunal Constitucional que sólo reciente y tímidamente ha empezado a incorporar algunas excepciones¹⁷. El criterio general es, hasta hoy, que dos entidades públicas no pueden —al menos no normalmente— regular o decidir sobre un mismo objeto o realidad. O es competente una o es competente la otra. Y si una entidad no es competente, las decisiones adoptadas sin amparo competencial son inválidas¹⁸. No es que esas decisiones resulten ineficaces, sino que son inválidas. Y tal conclusión de invalidez y consiguiente nulidad sólo la pueden declarar los tribunales (en especial, cuando se trate de leyes, el Tribunal Constitucional).

¹³ Por todos, A. ARROYO GIL, «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 407-435.

¹⁴ F. VELASCO CABALLERO, «Un ejemplo de funcionamiento de la “preemption” norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 13, 2011, pp. 11-50 (p. 20).

¹⁵ Por último, V. SKOURIS, «Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht», *Europarecht*, núm. 1, 2021, pp. 3-27.

¹⁶ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 537-567 (p. 564); V. GARCÍA MORALES, *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 53; I. LASAGABASTER HERRATE, *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 52 y ss.

¹⁷ SSTC 102/2016, FJ 3.º, y 204/2016, FJ 3.º *Vid.*, no obstante, la posterior STC 1/2017, FJ 5.º, y el comentario a ella en I. LASAGABASTER HERRATE, I., *El principio de primacía*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸ En extenso, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL y L. ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021 pp. 765-848 (p. 789), § 60.

35. Esta comprensión de la distribución territorial del poder en términos de validez competencial, y no de simple prevalencia o preferencia aplicativa de unas normas o decisiones sobre otras, se ha flexibilizado mucho durante la pandemia de Covid-19, lo que bien puede ser una pauta útil a futuro. Dos son las posibles razones de esta flexibilización. De un lado, la inmediatez de las medidas de emergencia sanitaria o socioeconómica durante la pandemia redujeron al mínimo la autocomprobación competencial previa; de otro lado, la emergencia impulsó una comprensión extensa de los títulos competenciales propios. Se podría afirmar, en suma, que en situaciones extraordinarias y perentorias fácilmente puede ocurrir que dos entidades públicas adopten sendas decisiones incompatibles o incoherentes. Y que los destinatarios de los mandatos (los ciudadanos o los órganos administrativos) tengan que aplicar uno e inaplicar otro. Bien puede ser que, tras un juicio de validez *ex post* (por un tribunal) resulte que uno de los dos mandatos en concurrencia era inválido, porque quien lo dictó no tenía competencia suficiente para hacerlo. Pero *interinamente* —y esto es lo que cuenta en una situación de emergencia— quien recibe dos mandatos incompatibles debe aplicar uno e inaplicar otro. De esta forma, si bien un conflicto de normas o mandatos puede resolverse mediante parámetros de validez competencial, provisionalmente es necesario servirse de criterios más sencillos y asequibles: de aplicabilidad, preeminencia o prevalencia.

36. Siendo esto así, es posible una reinterpretación del sistema competencial español que articule el binomio «bases + desarrollo» en términos de prevalencia, y no de validez. Se trataría de dar algún sentido normativo (ahora mismo no tiene ninguno) a la *cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE*. Esta opción tiene, ciertamente, algunos riesgos. Porque la esterilización jurisprudencial del art. 149.3 CE respondía al riesgo real de que, mediante un ejercicio expansivo de las competencias básicas estatales, el poder legislativo autonómico quedara en papel mojado. Reconducir los conflictos bases-desarrollo al ámbito de la validez competencial protegía hasta cierto punto a las competencias autonómicas de desarrollo, frente a las leyes básicas estatales. Reconocido esto, la revalorización del art. 149.3 CE, ofreciendo un criterio de aplicación preferente de las leyes básicas estatales, frente a las leyes autonómicas de desarrollo, ha de correr en paralelo a un redimensionamiento (e incluso supresión, en una hipotética reforma constitucional) de las competencias básicas estatales, que han de volver a su sentido *principal* primigenio.

5. LEYES ESTATALES SUPLETORIAS Y LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO

37. En ocasiones, las leyes estatales contienen algunas normas supletorias, bien de lo que establezcan las leyes autonómicas, bien de reglamentos o disposiciones administrativas autonómicas o municipales. Así ocurre, por ejemplo, en la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV). Por ejemplo, el art. 16 LDV establece los principios de la vivienda protegida, pero sólo lo hace de forma supletoria, declarando expresamente como prevalentes «las condiciones y requisitos establecidos

por la normativa de ámbito autonómico o municipal». Se plantea aquí si es constitucionalmente posible que una ley estatal prevea su propio desplazamiento aplicativo frente a una ley autonómica o incluso, en su caso, frente a una ordenanza municipal.

38. Como es sabido, desde la STC 118/1996 la doctrina constitucional es contraria a las normas estatales meramente supletorias. Esta doctrina llevó directamente a la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (STC 61/1997). Pero esa doctrina *no impide por sí toda suerte de normas supletorias del Estado*¹⁹. Es más, en ámbitos materiales con importantes competencias autonómicas e importantes diferencias demográficas entre regiones, las normas estatales supletorias pueden ser no sólo conformes con la Constitución, sino incluso óptimas.

39. El Estado, al amparo de sus competencias legislativas, tanto plenas como básicas (en especial, la del art. 149.1.18 CE, que le permite dictar las «bases del régimen local»), tanto puede optar por una regulación extensa y detallada (hasta el límite que permita el correspondiente título competencial) como por una *regulación mucho más selectiva y/o principal*, dejando en consecuencia mayor margen a la regulación autonómica. Si la regulación estatal es muy extensa e intensa, apenas si hay margen para políticas autonómicas que pretendan atender a la propia singularidad de su territorio. Pero, del otro lado, una regulación estatal muy reducida o principal impone una alta actividad legislativa o reglamentaria a todas las CCAA, incluidas aquellas que se muestran conformes con una regulación estatal amplia. La diversa comprensión de las competencias autonómicas por parte de cada comunidad autónoma aconseja una *regulación estatal dual*, compuesta por preceptos aplicables *sine qua non* y otros preceptos desplazables por las leyes autonómicas. Esto es, supletorios.

40. El carácter pleno, básico o de condiciones básicas de una ley estatal no es óbice para que incluya singularidades aplicativas. Esto es, para que no se aplique de modo uniforme en toda España. De hecho, son numerosos los ejemplos actuales de normas básicas estatales con aplicación territorial restringida o, incluso, muy acotada. Esta opción ha sido pacíficamente aceptada por la jurisprudencia constitucional²⁰. En estos casos, *es la propia norma estatal* quien opta por un cierto grado de diversidad, y no por la completa uniformidad, como patrón normativo común en toda España. En otros términos: la opción de uniformidad inherente a toda norma estatal bien puede consistir en *abrir espacios de diversidad aplicativa*, para cuando las CCAA consideren oportuno una modulación, sustitución o corrección de algunos criterios normativos estatales (los expresamente considerados como desplazables o corregibles por la propia ley estatal).

¹⁹ T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «Algunas reflexiones sobre la cuestión catalana», en J. URÍAS MARTÍNEZ y F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Cultura constitucional en Europa: encuentro hispalense en torno a la obra del profesor Pedro Cruz Villalón*, Universidad de Sevilla, 2022, pp. 173-200 (p. 195); J. TORNOS MAS, «La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 56, 2021, pp. 55-83 (p. 71).

²⁰ SSTC 214/1989, FJ 26; 147/1991, FFJJ 4.ºd) y 5.º; 109/1998, FJ 3.º; 50/1999, FJ 6.º, y 132/2012, FJ 3.º, entre otras.

Esto es, una vez asumido que una competencia estatal permite al Estado muchos grados y formas de regulación, incidiendo correlativamente sobre el alcance efectivo de las competencias autonómicas (incluso las exclusivas), una de esas posibles formas de regulación consiste en *dotar a sus propias normas de una eficacia limitada*, autorizando su posible desplazamiento por leyes autonómicas²¹. No estamos aquí ante una regulación estatal meramente supletoria, sino ante una regulación *directamente vinculante* que, por decisión del propio Estado, puede ser *parcialmente desplazada* en alguna comunidad autónoma. El Estado, al ejercer su competencia legislativa, lo está haciendo de la manera más favorable posible al pleno despliegue de la competencia autonómica (exclusiva concurrente o de desarrollo), pues permite incluso el desplazamiento parcial de la regulación estatal. En este sentido, no es invocable aquí la jurisprudencia constitucional que enuncia severos límites a la legislación supletoria estatal [STC 118/1996, FJ 6.º; 161/1997, FJ 12.c), y 68/2021, FJ 9.º]. En estas sentencias considera el Tribunal Constitucional, que la *supletoriedad del Derecho estatal*, a la que se refiere el art. 149.3 CE, es sólo una técnica de integración del ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma, y no una competencia estatal. Rechaza el Tribunal Constitucional, de forma absoluta, que allí donde el Estado carezca de un título competencial propio y expreso (alguno de los enunciados en el art. 149.1 CE) pueda aprobar leyes «meramente supletorias», aplicables sólo en defecto de regulación autonómica. En las tres sentencias citadas, el Tribunal Constitucional considera que las correspondientes normas impugnadas no tienen anclaje en ningún título competencial estatal, y por eso declarara la inconstitucionalidad: en la STC 118/1996, porque el Estado carece de competencias sobre transporte urbano; en la STC 61/1997, porque el Estado carece de competencias sobre urbanismo; y en la STC 68/2021, porque la competencia estatal básica *ex art. 149.1.18 CE* sobre Administración local y sobre contratación pública no alcanza para fijar el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en los entes locales (y por eso mismo el Estado no puede fijar ese órgano, ni siquiera de forma supletoria). Cuestión muy distinta es que el Estado, *allí donde cuente con un título competencial específico, expreso y suficiente* en el art. 149.1 CE (incluyendo en su caso un título competencial básico) opte por una regulación flexible, dejando un cierto margen de divergencia a cada comunidad autónoma. En tal caso, la opción legislativa estatal está amparada por un título competencial concreto (no es meramente supletoria, lo que rechaza categóricamente el Tribunal Constitucional). Y ocurre, únicamente, que en el ejercicio legítimo de su competencia legislativa el Estado puede prever y autorizar el desplazamiento o inaplicación de alguno de los preceptos estatales. De esta forma, el Estado está actuando en los límites de su competencia, pero de una forma tal que permite el mayor desarrollo posible de la competencia autonómica (pues la legislación autonómica puede incluso desplazar la aplicación de la norma estatal).

²¹ *Vid.*, en este sentido, en relación con la competencia básica estatal sobre «régimen local»: T. FONT I LLOVET, «La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2000, pp. 231-242 (p. 235); F. VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, *op. cit.*, p. 204.

41. En especial, la regulación estatal desplazable resulta adecuada allí donde uno o varios *estatutos de autonomía* enuncian un aspecto o submateria como de competencia «exclusiva» autonómica. Es el caso, por ejemplo, del «régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales» conforme al art. 160.1.e) del Estatuto catalán (2006). Es cierto que, de acuerdo con la STC 31/2010, FFJJ 60 y 64, aquellas submaterias exclusivas autonómicas son «impropias», en la medida en que no pueden impedir el «pleno despliegue» de las competencias estatales. Pero siendo esto incuestionable, también lo es que la válida existencia de una competencia autonómica exclusiva es una clara *directriz del bloque de la constitucionalidad* para que —salvo que exista una razón constitucional muy cualificada— la ley estatal no agote toda su extensión potencial [STC 50/2018, FJ 6.ºc)].

6. LEYES BÁSICAS REMITENTES A NORMAS LOCALES

42. En nuestro Derecho local es frecuente que la ley se remita, con más o menos precisión, al complemento normativo local. En principio, no plantea graves problemas el hecho de que una *ley del Estado*, en materias de su *exclusiva* competencia, remita directamente su regulación de desarrollo a las ordenanzas locales. Valga el ejemplo del art. 7.b) del 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. Tampoco es cuestión compleja que una *Ley autonómica* remita su complemento regulador a las normas locales. Así ocurre, por ejemplo, con los espectáculos públicos²² o los transportes urbanos²³ y, más en general, en todas las competencias propias del Ayuntamiento de Barcelona, donde la LCMB remite directamente a la regulación municipal (art. 3.5). Estas remisiones de la ley a las ordenanzas locales (en materias de interés local) no sólo no son conflictivas, sino que son una consecuencia directa del principio de autonomía local. Más compleja es la cuestión cuando, en ejercicio de una *competencia básica*, la ley del Estado *remite directamente* el desarrollo normativo a las ordenanzas locales. Así ocurre, por ejemplo, con la Ley 50/1999, de animales peligrosos, cuyo art. 3.2 remite al desarrollo normativo local.

43. Tal y como determinó la STC 214/1989, FJ 6.º, son la Constitución y los estatutos de autonomía quienes distribuyen competencias entre el Estado y cada comunidad autónoma. El Estado, en su regulación básica, no puede clausurar las competencias de las CCAA; pues estas competencias derivan del sistema constitucional y no son modificables por la ley estatal. Fueron estos planteamientos los que llevaron a declarar inconstitucionales el art. 5 LBRL (donde se fijaba materia a materia el sistema de prela-

²² Art. 16 de la Ley madrileña 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos y Actividades Recreativas; y art. 137.3 de la Ley madrileña 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria.

²³ Art. 4.1 de la Ley madrileña 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos.

ción de fuentes: estatales, autonómicas y locales) y los arts. 20.3 y 32.2 LBRL, donde se pretería a la ley autonómica respecto de las ordenanzas locales.

44. El acatamiento de esta doctrina constitucional no prohíbe que las leyes básicas estatales hagan *referencia directa* a las ordenanzas locales. Lo único verdaderamente prohibido es la clausura de las competencias autonómicas, a favor del poder normativo local. Pero no se da esta situación cuando la ley básica estatal simplemente llama a la ordenanza local *sin excluir* expresamente la regulación autonómica. Así, por ejemplo, nada impide que una ley básica estatal atribuya al reglamento orgánico local la determinación del listado final de materias de competencia del pleno o de la junta de gobierno. Esta remisión al reglamento orgánico local ha de verse como una reducción de la densidad en la regulación básica del Estado y como una ampliación del poder normativo local. Pero nada impide que, con respeto al principio constitucional de autonomía local y a la propia regulación básica estatal, la ley autonómica regule la forma o criterios con los que cada entidad local ha de ejercer su poder normativo organizativo²⁴.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GIL, A.: «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 407-435.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.: «Derecho administrativo», en F. VELASCO CABALLERO y M. DARNACULLETA I GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 63-82.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: «Algunas reflexiones sobre la cuestión catalana», en J. URÍAS MARTÍNEZ y F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Cultura constitucional en Europa: encuentro hispanense en torno a la obra del profesor Pedro Cruz Villalón*, Universidad de Sevilla, 2022, pp. 173-200.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 537-567.
- FONT I LLOVET, T.: «La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2000, pp. 231-242.
- GALÁN GALÁN, A.: «El régimen especial de Barcelona en el sistema de fuentes. Parte general», en T. FONT I LLOVET, *La carta municipal de Barcelona y el dret de la ciutat*, Ayuntamiento de Barcelona, 2022, pp. 61-114.
- GARCÍA MORALES, V.: *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019.
- LASAGABASTER HERRATE, I.: *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 52 y ss.

²⁴ Esta argumentación, ya en F. VELASCO CABALLERO, «Autonomía y diferenciación en la organización local», en M. ZAFRA VÍCTOR (coord.), *Relaciones institucionales entre comunidades autónomas y gobiernos locales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 151 y ss. (p. 169).

- REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Garantía de la autonomía local y estatutos de autonomía», *Anuario del Gobierno Local 2006*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2007, pp. 53 y ss.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021.
- «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, G. DOMÉNECH PASCUAL y L. ARROYO JIMÉNEZ (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 765-848.
- SKOURIS, V.: «Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht», *Europarecht*, núm. 1, 2021, pp. 3-27.
- TORNOS MAS, J.: «La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 56, 2021, pp. 55-83.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los Estatutos de Autonomía», *Anuario del Gobierno Local 2004*, Institut de Dret Públic y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2005, pp. 117 y ss.
- «Autonomía y diferenciación en la organización local», en M. ZAFRA VÍCTOR (coord.), *Relaciones institucionales entre comunidades autónomas y gobiernos locales*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 151 y ss.
- *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2009.
- «Un ejemplo de funcionamiento de la “preemption” norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 13, 2011, pp. 11-50.
- «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la Vivienda», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 8, 2023, pp. 61-94.

ESTUDIOS

Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico*

Silvia Díez Sastre

Profesora Titular de Derecho Administrativo

(acr. Catedrática de Universidad)

Instituto de Derecho Local

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-3103-0469

RESUMEN

Las consultas preliminares del mercado se han extendido desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como una herramienta útil para mejorar el diseño de los procedimientos de contratación e informar a los posibles interesados de las necesidades de las entidades adjudicadoras. En el ámbito local su uso se orienta, fundamentalmente, a obtener información sobre los aspectos económicos de las licitaciones; en una parte importante de los casos no logran atraer el interés de un elevado número de participantes. El presente trabajo analiza de forma crítica el régimen jurídico vigente para las consultas preliminares del mercado,

* Fecha de finalización del trabajo: 11 de febrero de 2024.

Una parte importante de este trabajo se realizó en el marco de una estancia en la Ludwig-Maximilians-Universität München en enero de 2024 en la cátedra del profesor Martin BURGI, a quien agradezco el acceso a los fondos de su biblioteca especializada en contratación pública para mejorar los resultados de esta investigación. Asimismo, el borrador fue objeto de discusión el 7 de marzo de 2024 en el Seminario de Investigación en Derecho Administrativo, organizado en la UAM por la profesora Sofia SIMOU. Le agradezco a ella y a todos los asistentes los valiosos comentarios y observaciones que me formularon y que han ayudado a mejorar el texto final.

Los párrafos se han numerado con la finalidad de facilitar la realización de remisiones internas dentro del texto. Estas remisiones se realizarán entre corchetes y con el símbolo de párrafo —ejemplo: [§ 4]—.

estudiando especialmente su puesta en práctica en el ámbito local, y encajándolas en el marco más amplio de las actuaciones administrativas sin procedimiento.

Palabras clave: consultas preliminares del mercado; actividad administrativa sin procedimiento; competencia; igualdad; transparencia.

Preliminary Market Consultations in Local Public Procurement: Systematic Approach to its Legal Framework

ABSTRACT

Preliminary market consultations have spread since the entry into force of Directive 2014/24/EU and Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, as a useful tool to improve the design of procurement procedures and inform potential bidders of the needs of public authorities. At the local level, their use is mainly oriented to obtain information on the economic aspects of the tenders; in a large number of cases, they fail to attract the interest of a large number of participants. This paper analyzes critically the current legal regime for preliminary market consultations, studying in particular their implementation at the local level, and fitting them into the broader framework of administrative actions without procedure.

Keywords: preliminary market consultations; administrative activity without procedure; competition; equality, transparency.

Abreviaturas utilizadas: acr.: acreditada; art.: artículo; arts.: artículos; CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; CPM: consultas preliminares del mercado; dir.: director; Directiva 2014/18/CE: Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directiva 2014/24/UE: Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE: Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; dirs.: directores; ed.: edición; eds.: editores; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa; LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LFCP: Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; núm.: número; OARC: Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi; OIREscon: Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación; OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal Superior Regional, Alemania); párr.: párrafo; PLACSP: Plataforma de Contratos del Sector Público; pp.: páginas; Real Decreto-ley 3/2020: 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; SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional; ss.: siguientes; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TACP: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TARCJA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; TCCSP: Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; VgV: *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*; vol.: volumen.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. MARCO JURÍDICO: 2.1. Normas aplicables. 2.2. Ámbito subjetivo: 2.2.1. Órganos de contratación. 2.2.2. Participantes. 2.3. Ámbito objetivo: 2.3.1. Concepto de consulta preliminar del mercado. 2.3.2. Tipos contractuales. 2.3.3. Objeto.—3. LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SIN PROCEDIMIENTO.—4. DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO: 4.1. Discrecionalidad para la realización de consultas preliminares del mercado. 4.2. Realización previa al procedimiento de contratación. 4.3. Flexibilidad en el desarrollo de las consultas. 4.4. Deber de publicidad. 4.5. No sustitución de la licitación posterior.—5. CONDICIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN POSTERIOR: 5.1. Incorporación de informe en el expediente de contratación. 5.2. Diseño del contrato y desarrollo de la licitación. 5.3. Garantía de igualdad entre los participantes en la licitación.—6. POSICIÓN JURÍDICO-SUBJETIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LAS CONSULTAS.—7. CONTROL.—8. ALTERNATIVAS A LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO.—9. REFLEXIONES FINALES.—10. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

1. El contacto entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos con carácter previo a los procedimientos de adjudicación, es un foco de numerosos problemas jurídicos relacionados con la igualdad de acceso a la licitación y no discriminación, el falseamiento de la competencia y la transparencia, debido al riesgo de captura del órgano de contratación¹. En algunos casos, esos contactos previos pueden estar vinculados a conductas corruptas²; sin embargo, en la práctica, muchos de esos contactos son necesarios para promover la celebración de contratos públicos más eficientes. La contratación pública contemporánea es un escenario de información asimétrica y escasa de los órganos de contratación³. Los entes del sector público, en especial, las Administraciones públicas, tienen dificultades para conocer el mercado, las soluciones que ofrece y las condiciones en que lo hace, en especial, el precio. El contacto previo con agentes conocedores del mercado o participantes en él, puede colmar las lagunas informativas de los entes adjudicadores sobre la oferta disponible en el mercado para diseñar y tramitar mejor la licitación⁴. Del mismo modo, los operadores económicos (especialmente las pymes) pueden superar las barreras de acceso a la contratación pública si tienen información previa sobre las necesidades y requerimientos de las entidades del sector público, al tener más tiempo para preparar sus posibles ofertas⁵; de ese modo se podría asegurar una mayor competencia en los procedimientos de licitación⁶.

¹ CNMC, G-2019-02, *Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, p. 19.

² En detalle, C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1051).

³ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

⁴ A. SEMPLE (2015: 71); M.^a B. LÓPEZ DONAIRE (2017: 3); V. WAGNER (2021: 953).

⁵ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2). Informe de la JCCA de Cataluña 19/2014, de 17 de diciembre.

⁶ A. SEMPLE (2015: 149).

2. Las consultas preliminares del mercado (CPM) o solicitud de información (*Request for Information*)⁷ son una de las diversas opciones disponibles para lograr estos dos fines de forma transparente, que pueden beneficiar tanto a las entidades adjudicadoras como a los operadores económicos⁸, siempre que se desarrollen dentro de los límites del ordenamiento jurídico⁹. Gracias a estas consultas el órgano de contratación puede confirmar si el producto o tecnología que necesita está disponible en el mercado y en qué condiciones, de tiempo y de coste, fundamentalmente¹⁰. Con ese conocimiento, podrá diseñar contratos de forma más eficaz y eficiente, contribuyendo a una mejor programación de su actividad contractual, que se dará a conocer a los operadores económicos; en ese sentido, las CPM se asocian con el proceso más amplio de planificación global de la contratación pública¹¹.

3. Desde que las CPM se regularon en la Directiva 2014/24/UE y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), su utilización ha ido en aumento, especialmente en el ámbito local. La información que ofrece OIREscon en sus informes anuales de supervisión ofrece una imagen clara del recurso a esta herramienta. Como se muestra en la siguiente tabla, en 2019 sólo el 15 por 100 de las consultas se celebraron en el ámbito local; ese porcentaje se eleva casi a la mitad de las consultas que se llevaron a cabo en 2022.

TABLA 1. NÚMERO DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO (CPM), EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO LOCAL, POR AÑO (2019-2022)
[EN NÚMERO Y EN PORCENTAJE]

<i>Año</i>	<i>Total</i>	<i>Nivel local</i>	
2019	173	27	15%
2020	418	169	40%
2021	458	170	37%
2022	642	283	44%

Fuente: elaboración propia a partir de los informes anuales de supervisión de OIREscon, que se nutre de datos de la PLACSP y de las plataformas autonómicas.

4. Estos datos pueden contrastar con la idea extendida de que las CPM cobran sentido, especialmente, en la preparación de contratos complejos, en el ámbito de la innovación¹²; ya que las entidades locales no son los sujetos contratantes típicos de

⁷ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁸ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2); I.-G. POPA (2022: 70).

⁹ Comisión Galega de la Competencia, *Municipios y competencia: «El impacto de las actuaciones públicas municipales sobre la competencia»*. *La prórroga de las concesiones de servicios*.

¹⁰ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 179-180); W. A. JANSSEN (2023: 49).

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

¹² Entre otros, O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); I.-G. POPA (2022: 70).

este tipo de prestaciones. En la práctica, recurren a las consultas para obtener información relacionada con contratos ordinarios, referidos a prestaciones recurrentes. Este uso puede explicarse por distintos factores. Uno de ellos puede ser el incremento de las obligaciones de motivación del expediente de contratación incluidas en la LCSP a partir de 2018¹³; en especial, el cálculo del presupuesto base de licitación exige un desglose de los costes directos e indirectos, especificando los costes salariales (art. 100.2 LCSP), que muchas veces los entes locales no están en condiciones de realizar. Las consultas preliminares orientadas a solicitar información sobre los costes de ejecución del contrato podrían vincularse al cumplimiento de esta exigencia. Otro factor para tener en cuenta puede ser el hecho de que contratos aparentemente sencillos, por recurrentes, no son tales, debido a las eventualidades que pueden aparecer en un mercado global. Los mercados son cada vez más dinámicos y es posible que las condiciones hayan cambiado desde la última licitación realizada¹⁴. Piénsese en la dificultad que entraña diseñar un contrato de suministro de energía eléctrica, debido a las fluctuaciones de los precios; o un contrato de mantenimiento de la flota de vehículos municipales, que exige prever todas las posibles necesidades que pueden llegar a surgir durante la ejecución del contrato, incluyendo el precio de cada uno de los posibles recambios, por poner sólo algunos ejemplos.

5. En ese contexto, el presente trabajo tiene como objeto examinar el régimen jurídico aplicable a las CPM en España para valorar, en especial, su adecuación a las particularidades de las entidades locales. El análisis del material jurídico se combina con los datos disponibles sobre la utilización de las consultas en el ámbito local; además, se introducen algunas referencias de Derecho comparado, especialmente alemán. Con el fin de enriquecer los resultados del estudio, se parte de una aproximación dogmática, sistemática: las consultas preliminares del mercado se ubican en el cuadro de actuaciones administrativas dentro de la actividad administrativa sin procedimiento. Como otras fórmulas de este tipo, las consultas plantean dificultades en su regulación y puesta en práctica, debido al amplio margen de discrecionalidad de que dispone la Administración; así como en la determinación de sus consecuencias jurídicas en términos de control de la actividad administrativa y de tutela de las posiciones jurídico-subjetivas de los posibles participantes. Por otro lado, se plantean dudas sobre las exigencias que se pueden proyectar sobre la realización de esta actividad por terceros, cuando es objeto de externalización. A estas y otras cuestiones se hace referencia seguidamente.

2. MARCO JURÍDICO

6. El análisis del régimen jurídico de las CPM comienza por el marco jurídico. En este apartado se exponen cuáles son las normas aplicables, así como su ámbito

¹³ I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

¹⁴ A. SEMPLE (2015: 147).

subjetivo y objetivo de aplicación. En el ámbito subjetivo se determinan cuáles son los sujetos que se someten a las prescripciones contenidas en las normas vigentes, así como cuál es el perfil de los posibles participantes. En el ámbito objetivo se analiza, en primer lugar, el concepto de CPM; en segundo lugar, se concretan los tipos de contratos a los que se pueden referir; y, en último lugar, se precisa cuál es el objeto que pueden tener las consultas.

2.1. Normas aplicables

7. Las CPM aparecen por primera vez en el articulado de las Directivas de 2014 (art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y, en igual sentido, art. 57 de la Directiva 2014/25/UE) y, como consecuencia de su transposición, en la LCSP (art. 115). En ambos casos, la regulación de las consultas se ubica dentro de las disposiciones referidas a la preparación de los contratos públicos. Anteriormente, se había hecho referencia en el entorno europeo a la posibilidad de llevar a cabo un «diálogo técnico» con los operadores económicos, regulado por ley, en los casos de contratos que revistieran una especial complejidad¹⁵; no obstante, esta posibilidad no llegó a plasmarse en normas vinculantes de Derecho positivo¹⁶. Esta es, así, la primera vez que se regula el contacto entre entidades adjudicadoras y operadores económicos con carácter pre-procedimental; lo que se diferencia sustancialmente de las reglas del diálogo competitivo (art. 31 de la Directiva 2014/24/UE; arts. 172-176 LCSP) o de la asociación de la innovación (art. 32 de la Directiva 2014/24/UE; arts. 177-182 LCSP) que incluyen ese contacto dentro de la fase inicial de un procedimiento formalmente iniciado.

8. El contenido del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, dedicado a las CPM, es parco y abre un amplio margen de configuración a los poderes adjudicadores:

«Antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia».

¹⁵ *Libro Verde de la contratación pública europea: Reflexiones para el futuro*, Comunicación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1996; Comunicación de la Comisión Europea «*La contratación pública en la Unión Europea*», de 11 de marzo de 1998. Al respecto, D. C. DRAGOS (2021a: 448).

¹⁶ Únicamente el considerando 8 de la Directiva 2004/18/CE aludió a esta posibilidad: «Antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un «diálogo técnico» solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia». Sobre los antecedentes de esta regulación, en detalle, I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

De la lectura del precepto se desprende que las únicas reglas vinculantes para los Estados miembros son, por un lado, el momento temporal en el que deben desarrollarse las consultas, antes del procedimiento de contratación; y, por otro lado, el respeto por las reglas de competencia en la licitación y de los principios de igualdad y transparencia¹⁷. El resto de los elementos, cuál sea el objeto de la consulta, la forma en que se desarrolle, los participantes, o la introducción de posibles requisitos formales, se deja al arbitrio, en su caso, de los legisladores nacionales. Desde la perspectiva europea tiene sentido que se abra este amplio margen de discrecionalidad con el fin de asegurar la utilidad y eficacia de las consultas, al permitir que los poderes adjudicadores puedan ajustar esta herramienta a las necesidades que vayan surgiendo en su actividad de contratación con flexibilidad.

9. La regulación en torno a las CPM y sus efectos no se termina en el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE. El principal problema que puede derivarse de las consultas, el falseamiento de la competencia y de la igualdad en el procedimiento de contratación posterior, se aborda desde la óptica más amplia del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE (replicada en el art. 58 de la Directiva 2014/25/UE)¹⁸. Tanto si un operador económico ha participado en CPM como si ha colaborado de otro modo en la preparación del procedimiento, el poder adjudicador debe adoptar las medidas adecuadas para evitar que su participación en la licitación posterior conduzca al falseamiento de la competencia; bien por el diseño de un pliego a medida, bien por la existencia de conductas colusorias, por ejemplo. Esas medidas deben incluir tanto la comunicación al resto de participantes de la información intercambiada en el contacto previo como el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas —obviamente quien conociera previamente las necesidades del poder adjudicador podría elaborar la oferta en menos tiempo—. La exclusión de quien participó en consultas preliminares o tuvo contacto previo con el poder adjudicador, sólo se llevará a cabo cuando no haya otro medio para asegurar el principio de igualdad de trato. En ese caso, hay que dar la oportunidad al licitador de demostrar que no falseará la competencia.

10. El legislador básico estatal ha transpuesto el contenido del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE en el art. 115 LCSP —por su parte, el art. 57 de la Directiva 2014/25/UE se transpone por el art. 41 del Real Decreto-ley 3/2020—; el legislador navarro prevé reglas muy similares en el art. 48 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP). Como en otros supuestos de transposición de las Directivas, el legislador básico ha optado por densificar considerablemente la regulación contenida a nivel europeo —a diferencia de lo que se puede observar en otros países—¹⁹, alejándose

¹⁷ Esta regulación puede llegar a tener eficacia directa, como se expone en la Resolución TACRC 244/2022, de 24 de febrero, en alusión a la Recomendación de la JCCA del Estado de 15 de marzo de 2016.

¹⁸ A. SEMPLE (2015: 72).

¹⁹ Sirva de ejemplo la parquedación con que se regulan las CPM en Alemania, en el § 28 del Reglamento de adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*, VgV); así como la ten-

en algunos puntos de su esencia originaria²⁰. Entre otras exigencias, se deben publicar las consultas en el perfil de contratante (art. 115.1 LCSP), así como elaborar un informe que se incorpore al expediente de contratación que pueda abrirse con posterioridad (art. 115.3 LCSP). En su momento, el Consejo de Estado criticó este exceso de reglamentismo, al considerar que algunas de las previsiones son propias de una norma de rango reglamentario y no de la ley²¹. Sin embargo, a mi juicio, no se trata de un problema de rango normativo, sino de la existencia misma de la regulación. Se trata de constreñir la libertad de los órganos de contratación para realizar CPM con el fin de evitar la posible vulneración de los principios de la contratación pública, en especial, los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, la desconfianza del legislador en el sector público que subyace a la regulación conduce al diseño de un régimen jurídico, en ocasiones, confuso, que entra en contradicción con los fines propios de las CPM sin añadir una mayor densidad de control sobre este tipo de actuación administrativa, como se pondrá de manifiesto a lo largo de la exposición.

11. Finalmente, el contenido del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE se prevé en el art. 70 LCSP, que no se refiere de forma directa a las CPM (como sí hace la norma europea). No obstante, este precepto incluye claramente los casos en que las consultas se dirijan a operadores económicos, ya que se refiere al establecimiento de contactos con operadores económicos antes del procedimiento de licitación. Este precepto reconoce, además, un derecho de audiencia de quienes tuvieron contacto con el ente adjudicador en la preparación del contrato para demostrar que su participación en el procedimiento de contratación no falsea la competencia (art. 70.1 LCSP). Se concreta, de esta manera, la previsión contenida en la Directiva creando un derecho de audiencia a favor de los posibles participantes; sobre esta cuestión se vuelve más adelante cuando se analiza la posición jurídico-subjetiva de los participantes en las consultas [*infra* §§ 59 y ss.].

2.2. Ámbito subjetivo

2.2.1. Órganos de contratación

12. La Directiva 2014/24/UE regula las consultas que celebran los poderes adjudicadores, que son los sujetos incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1.1). Sin embargo, a nivel interno, la ley se refiere a los «órganos de contratación» (art. 115.1 LCSP); que se definen como los órganos que, en las distintas entidades del sector público, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos (art. 61 LCSP). El problema está en determinar los órganos de qué tipo de entes del sector público de la LCSP están so-

dencia a utilizar de forma habitual fórmulas de diálogo con los operadores económicos en Reino Unido (sobre esto último, I. GALLEGO CÓRCOLES: 2019).

²⁰ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1052).

²¹ Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo. «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

metidos a lo dispuesto en el art. 115 LCSP. Este precepto inaugura el Libro II, dedicado a los contratos de las Administraciones públicas, y se ubica en la Sección 1.^a del Capítulo I del Título I, referida a las disposiciones generales sobre la preparación de los contratos de las Administraciones públicas. Es claro, así, que cuando las Administraciones públicas efectúen CPM para cualquiera de sus contratos —armonizados o no— deben sujetarse a lo dispuesto en este artículo. En el caso de las entidades locales, no hay duda de su respeto a lo dispuesto en el art. 115 LCSP. El sometimiento del resto de entidades del sector público a estas reglas exige un análisis ulterior; aunque en la doctrina se ha abogado por la aplicación del art. 115 LCSP²². Esto afectaría a las entidades instrumentales locales que no tengan la condición de Administración pública.

13. El Libro III de la LCSP regula los contratos de otros entes del sector público, que no son Administración pública. En el caso de los poderes adjudicadores que no son Administración pública se establece una remisión a las reglas de preparación y adjudicación contenidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II, cuando el contrato tenga carácter armonizado —esto es, cuando concurren los objetos y umbrales dispuestos a nivel europeo (arts. 19-22 LCSP)—. En esos supuestos, es preciso regirse por lo dispuesto en el art. 115 LCSP. En el caso de los contratos no armonizados, el legislador únicamente se refiere a las reglas de adjudicación y no a las de preparación. De ahí se deduce que las CPM que se celebren estarán sometidas lógicamente a los principios generales de la contratación pública de la LCSP y a otras reglas generales de la ley que puedan resultar de aplicación, pero no a las normas específicas contenidas en el art. 115 LCSP —en especial, a las exigencias formales de elaboración de un informe posterior y de publicidad—²³. Si la entidad sigue lo dispuesto en el art. 115 LCSP, lo hará de forma voluntaria. Asimismo, los participantes en una licitación posterior no podrán exigir que en las consultas celebradas se diera cumplimiento a lo dispuesto en el art. 115 LCSP, que no es aplicable en esos casos. Ciertamente, en ocasiones podrá haber dudas del posible carácter armonizado del contrato²⁴; en esos casos tendrá sentido someterse al art. 115 LCSP. Eso no sucederá, sin embargo, cuando el contrato claramente no supere el umbral de armonización.

14. Por lo que respecta a las entidades del sector público que no son poder adjudicador, el art. 321 LCSP únicamente se refiere a la adjudicación de los contratos y no a su preparación. Sólo se alude a la preparación para referirse a la impugnación de las actuaciones de preparación en vía administrativa ante la entidad de tutela correspondiente (art. 321.5 LCSP). Así pues, los órganos de contratación de este tipo de entidades

²² I. GALLEGO CÓRCOLES (2019); F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019).

²³ F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 4) recomienda en este caso seguir lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, se trata de contratos no armonizados, por lo que no existe ningún apoyo en la estructura del sistema de fuentes para hacer esa remisión, aunque sea interpretativa. El mismo resultado, consistente en someter las CPM a los principios generales de la contratación y a las reglas generales, como las relativas a la participación previa de candidatos y licitadores (art. 70 LCSP) se logra con el sometimiento a la LCSP.

²⁴ Alerta de esta situación: I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

podrán llevar a cabo CPM siempre que respeten los principios y reglas generales de la LCSP, sin someterse en ningún caso a las concretas exigencias del art. 115 LCSP²⁵, en los términos que se han señalado para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración pública.

15. Por último, hay que analizar el ámbito subjetivo de aplicación del art. 70.1 LCSP, referido a las condiciones especiales de compatibilidad de quienes han entablado un contacto con el órgano de contratación durante la preparación del contrato. Este precepto se dirige también a los órganos de contratación, pero, a diferencia del art. 115 LCSP, se proyecta sobre todos los entes del sector público, ya que se ubica en el Libro I, dedicado a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos. Esto significa que no se podrá excluir a quien colaboró en las CPM sin que se le dé audiencia previa y sin que se hayan adoptado antes todas las medidas necesarias para evitar que su participación en el procedimiento de contratación produzca un falseamiento de la competencia [*supra* § 9].

2.2.2. Participantes

16. Como regla general, las CPM pueden tener como destinatarios a expertos, autoridades independientes, organizaciones representativas de intereses o participantes en el mercado²⁶; el destinatario al que se dirigen dependerá de la finalidad precisa de las consultas en cada caso. La Directiva 2014/24/UE no establece un *numerus clausus* en torno a los posibles participantes. De hecho, no parece que impida consultar únicamente a un número limitado de operadores económicos, siempre que se justifique adecuadamente²⁷. En el Derecho interno, la legislación básica plantea una regulación contradictoria. Establece primero que las consultas se podrán dirigir a operadores económicos activos en el mercado, y, a renglón seguido, afirma que se podrá recabar el asesoramiento de terceros, entre ellos, expertos, autoridades independientes, colegios profesionales y, excepcionalmente, operadores económicos activos en el mercado (art. 115.1 LCSP). Es posible que esta regulación sea el resultado de las recomendaciones formuladas por la CNMC antes de la aprobación de la LCSP. En ellas, la Comisión señalaba que las CPM debían limitarse únicamente a expertos y autoridades, evitando las consultas con operadores económicos. Asimismo, consideró oportuno que se prohibieran las consultas

²⁵ También este supuesto F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 4) recomienda aplicar los arts. 40 y 41 de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, en este caso tiene menos justificación desde el punto de vista del sistema de fuentes, en la medida en que los entes que no son poderes adjudicadores no se someten a las reglas de Derecho secundario, ni de Derecho primario de contratos públicos. Al respecto, *vid.* la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo (sic) parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)*, donde el ámbito subjetivo de aplicación está condicionado a reunir los requisitos de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, en el caso de la contratación en sectores especiales (norma 1.1).

²⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 454-455).

²⁷ I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

con organizaciones o asociaciones empresariales. La CNMC consideraba que las CPM se debían configurar como una consulta pública similar a las existentes en los proyectos normativos²⁸.

17. Al respecto, llama la atención que, a nivel interno, la CNMC abogue por un estándar de protección más elevado de la competencia que el auspiciado por las propias instituciones europeas en las normas de contratación pública que se dirigen a los Estados miembros. La técnica de las CPM devendría inútil si no fuera posible recabar información de los operadores económicos activos en el mercado, que son quienes conocerán los aspectos técnicos o económicos o las posibles soluciones cuyo conocimiento requieran los órganos de contratación. Al mismo tiempo, si los operadores económicos no pueden participar, no se lograría la finalidad de las consultas de informarles sobre una futura licitación²⁹. Ciertamente, en alguna ocasión será conveniente preguntar a expertos —lo que podrá suponer, según los casos, la celebración de un contrato de servicios [*infra* §§ 67-68]—, o recabar información de autoridades independientes —cosa que, por otro lado, podría canalizarse por las vías de la colaboración interadministrativa—. Pero si las CPM plantean problemas específicos y requieren una regulación *ad hoc*, como la contenida en las Directivas y la LCSP, es justamente porque su destinatario habitual serán operadores económicos que, potencialmente, podrán estar interesados en la licitación que se abra con posterioridad; ¿qué otro sentido puede tener el deber de publicar en el perfil de contratante la convocatoria de la consulta (art. 115.1 LCSP), o la obligación de elaborar un informe con su resultado (art. 115.3 LCSP)? En la práctica, un breve examen de la publicación de CPM en las distintas plataformas de contratación demuestra que dirigirse a los operadores económicos es la regla y no la excepción; consultar a los operadores económicos es lo habitual³⁰.

18. En otro plano, hay que destacar que, en general, se aprecia una insuficiente participación —consultas desiertas o con uno o dos participantes— en cerca de la mitad de las CPM que se celebran³¹. En el caso de las entidades locales, los porcentajes de participación son más reducidos que en el caso del Estado y, especialmente, de las CCAA. Desde que hay datos disponibles, en 2021, se pone de manifiesto que por encima de la mitad de las consultas económicas realizadas en el ámbito local han tenido muy poca participación, lo que significa que han quedado desiertas o que únicamente se han recibido una o dos respuestas³². Esa tendencia se acentúa más si la consulta tiene como obje-

²⁸ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

²⁹ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1058).

³⁰ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

³¹ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 46; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 66.

³² OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, pp. 46 y 51; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 72.

to aspectos económicos. Cuando la consulta tiene por objeto obtener información sobre aspectos tanto técnicos como económicos, la participación aumenta³³. Estos datos son relevantes a la hora de diseñar las consultas. Las CPM sólo serán eficaces en la medida en que logren involucrar al mayor número de operadores económicos³⁴ o, al menos, a los operadores económicos que tengan los conocimientos requeridos por el órgano de contratación. La inexistencia de participación deja sin sentido a las consultas —del mismo modo que vacía de contenido a la propia licitación como forma de selección de la mejor oferta en el mercado—³⁵. Por otro lado, una participación demasiado escasa puede conducir a la obtención de una información inútil o, en el peor de los casos, sesgada. Es más, en el caso de que el órgano de contratación verdaderamente carezca de conocimientos en un aspecto concreto del mercado, una escasa participación puede llevar asociado un mayor riesgo de captura del ente adjudicador en el diseño de la licitación posterior.

2.3. Ámbito objetivo

2.3.1. Concepto de consulta preliminar del mercado

19. Como se ha visto anteriormente, las Directivas no realizan un esfuerzo por delimitar el concepto de consulta preliminar de mercado. Se describen como consultas al mercado, previas al procedimiento de contratación, que permiten obtener un asesoramiento de distintos agentes con el fin de preparar adecuadamente el contrato o informar a los operadores económicos sobre futuras licitaciones. La LCSP va más allá, ampliando el objeto de las CPM: los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a operadores económicos (art. 115.1 LCSP). En este punto, el legislador parece confundir dos herramientas diferentes para obtener información antes de la licitación, que pueden ser complementarias³⁶, pero que en ningún caso son equivalentes. En el caso de los estudios o análisis de mercado no hay diálogo con terceros, se solicita la realización de un servicio, a diferencia de lo que sucede en el caso de las consultas, donde se debería producir un intercambio de información que produzca beneficios para ambas partes. Como se ha señalado, tanto la Directiva como la LCSP entienden que las CPM permiten a la entidad adjudicadora obtener información del mercado y a los operadores económicos recibir información sobre las necesidades futuras del órgano de contratación.

20. Siendo figuras distintas, parece discutible que todas las exigencias legales para la celebración de CPM sean idóneas para regular la realización de estudios de mercado. En esos casos el propio órgano de contratación no se somete, lógicamente,

³³ OIReScon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 51; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 72.

³⁴ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1058).

³⁵ S. DÍEZ SASTRE (2024: 347 y ss.).

³⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 448-449).

a las exigencias formales de las CPM en torno a la publicidad (art. 115.2 LCSP), aunque sí podría sujetarse a la obligación de emisión de un informe con el resultado de las consultas (art. 115.3 LCSP). Al fin y al cabo, las indagaciones que realice el órgano de contratación formarán parte del expediente de contratación en la medida en que sea necesario para motivar las decisiones que se adopten en torno al diseño de la licitación. Si los estudios de mercado se encargaran a un operador económico, habrá que atender a las reglas de licitación pública que correspondan, o, en su caso, a las excepciones que puedan aplicarse en el marco de la colaboración público-pública (arts. 6 y 32 LCSP). En ambos supuestos, no parece que tenga sentido aplicar las exigencias de publicidad o de la elaboración de un informe, sin perjuicio de la obligación de motivar en el expediente de contratación las decisiones que justifican el diseño del contrato. Sobre las alternativas a las CPM, en concreto, su externalización, se vuelve más adelante [*infra* §§ 67-68].

21. La amplitud de la idea de consulta preliminar que aparece en la Directiva y en la LCSP plantea la duda de si cualquier contacto con los operadores económicos previo a la tramitación de una licitación debe canalizarse por esta vía. Dicho de otro modo, cabe preguntarse si es posible relacionarse con los operadores económicos antes del procedimiento de adjudicación de una manera menos estructurada. En ocasiones, las carencias de información del órgano de contratación se podrán resolver con una conversación con un único operador; aunque los contactos con operadores concretos son especialmente peligrosos desde el punto de vista de la competencia³⁷. En la práctica aparecen supuestos de contactos que no encajan en el modelo de las consultas y que no se consideran sometidos a sus requisitos. Así, por ejemplo, una reunión convocada para apuntar a una posible agenda de licitaciones no reúne los requisitos suficientes para considerarse sujeta a las exigencias del art. 115 LCSP³⁸. En la misma línea, OIREscon ha reiterado la necesidad de habilitar un canal de comunicación entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos para obtener información económica, que sea más fluido, ágil y transparente, sin necesidad de acudir a las CPM³⁹. Y en los órganos de recursos contractuales se ha afirmado que, en contratos de suministros, donde no existe una necesidad de calcular el valor estimado del contrato atendiendo a costes laborales —como sí sucede en los contratos de servicios— la información necesaria para fijar el presupuesto base de licitación puede obtenerse por vías menos rigurosas que las CPM. Cabría realizar un estudio basado en la experiencia previa o en resultados de órganos de contratación similares o simplemente solicitar presupuestos a empresas del sector, siempre que en el expediente de contratación se acrediten adecuadamente las actuaciones realizadas⁴⁰.

³⁷ D. C. DRAGOS (2021a: 451-452).

³⁸ Resolución TACRC 984/2021, de 17 de agosto.

³⁹ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 53; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 75.

⁴⁰ Resolución TACP de Madrid 3/2019, de 9 de enero.

22. En la realidad parecen encontrarse argumentos suficientes para justificar que las CPM sean una de las formas posibles de contacto antes de la licitación, pero no la única. A esos datos, hay que sumar la previsión del art. 41 de la Directiva 2014/24/UE, que se refiere al asesoramiento previo que puedan hacer los operadores económicos por la vía de las CPM u otras vías; así como a su participación en algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación. El art. 70 LCSP también se refiere a la existencia de contactos previos a la licitación, bien por participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato, bien por asesoramiento al órgano de contratación. De esta regulación se puede colegir que las CPM no son una herramienta excluyente de cualquier otra forma de contacto previo con los potenciales interesados en la licitación. Esto no se traduce, sin embargo, en la existencia de una libertad total de acción en esos casos. Los contactos informales, al margen de la regulación de las CPM, serán posibles siempre que respeten los principios generales de la contratación y que no desemboquen en un falseamiento de la competencia. Ello exige que se dé cuenta de sus resultados⁴¹, con el fin de asegurar precisamente el control del cumplimiento de los principios y fines mencionados.

2.3.2. Tipos contractuales

23. La regulación contenida en las Directivas en torno a las CPM se refiere a cualquier potencial contrato armonizado que se pueda llegar a adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos⁴². La LCSP no circunscribe la utilización de las consultas a ningún contrato específico, podrán ser armonizados o no armonizados, con cualquiera de los objetos que entran en su ámbito de aplicación. Ciertamente, el antecedente del «diálogo técnico», al que se ha hecho referencia más arriba, se orientaba a la celebración de contratos complejos. Y es habitual que las consultas preliminares se efectúen en entornos de compras públicas con cierta complejidad, especialmente en el ámbito de la innovación, donde se producen avances tecnológicos con rapidez, en los que los órganos de contratación pueden carecer de información relevante sobre la situación del mercado y las capacidades existentes en él⁴³. En esos casos las CPM suelen orientarse al conocimiento de las soluciones disponibles, así como a la estructura del mercado⁴⁴. En ese sentido, el TACRC ha definido las CPM como el «conjunto de las políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones de mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios,

⁴¹ D. C. DRAGOS (2021a: 452).

⁴² S. ARROWSMITH (2014: 650, 653).

⁴³ En ese sentido, OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 182; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 101; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 45. En la doctrina, entre otros, O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); I.-G. POPA (2022: 70).

⁴⁴ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

principalmente en entornos en los que las prestaciones contratadas son particularmente complejas»⁴⁵.

24. Ahora bien, el hecho de que las CPM sean especialmente idóneas para contratos complejos no impide su utilización para la preparación de contratos ordinarios⁴⁶. En principio, puede presumirse que su utilidad en esos casos es menor⁴⁷. Sin embargo, las CPM pueden ayudar a buscar nuevas soluciones para atender a las necesidades públicas⁴⁸. Así, por ejemplo, pueden encontrarse soluciones alternativas en la forma de servicios o suministros filoclimáticos⁴⁹, que puedan satisfacer del mismo modo las necesidades públicas, luchando contra el cambio climático⁵⁰. En España, el especial interés que pueden tener las consultas en contratos complejos se ha transformado en una valoración negativa de su utilización en otro tipo de contratos. En ese sentido se ha señalado que son un instrumento adecuado para licitaciones complejas y cuantiosas, que deviene inoperante para licitaciones medianas o pequeñas⁵¹; y que se hace un uso inadecuado de las consultas cuando se utilizan para contratos habituales que acaban licitándose mediante un procedimiento abierto simplificado, cuando su ámbito es el de las contrataciones especialmente complejas⁵².

25. La valoración negativa de la celebración de CPM en contratos ordinarios parte de su consideración como una herramienta excepcional, cuya utilización se justifica sólo en contratos complejos, debido a los riesgos que puede plantear para la competencia. Al respecto, hay que señalar que precisamente en contratos complejos puede haber un menor número de operadores económicos que participen en las consultas, lo que puede facilitar la captura del órgano de contratación o la colusión entre los participantes. Eso no sucedería en contratos corrientes, donde el número de operadores económicos puede ser más amplio, lo que puede evitar esos riesgos de captura y de posibles prácticas colusorias. La desconfianza en las consultas, desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado, choca con su previsión en el Derecho europeo de forma abierta y flexible. Habrá que tomar las cautelas necesarias para evitar que distorsionen los procedimientos de contratación, pero un uso adecuado puede redundar en una contratación más eficaz y eficiente.

26. Por otro lado, hay que reiterar que una contratación recurrente u ordinaria se puede beneficiar de las consultas en la forma de soluciones innovadoras o desconocidas

⁴⁵ Resoluciones TACRC 1093/2017, de 17 de noviembre, y 244/2022, de 24 de febrero.

⁴⁶ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

⁴⁷ I.-G. POPA (2022: 71).

⁴⁸ A. SEMPLÉ (2015: 185); C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1059).

⁴⁹ Empleo el concepto elaborado por S. SIMOU (2020) para referirse a un enfoque del Derecho y de sus herramientas que favorezca la lucha contra el cambio climático.

⁵⁰ T. BIRK (2022: 575).

⁵¹ Resolución TACP de Madrid 3/2019, de 9 de enero.

⁵² OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 194; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 74.

para el órgano de contratación. También pueden ofrecer información sobre la situación del mercado en el momento de la licitación. En mercados dinámicos es posible que el órgano de contratación tenga referencias de un mercado de hace tres o cuatro años, que ya no se corresponda con el mercado actual⁵³. Si las CPM ayudan a contratar mejor y ofrecen información útil, no se entiende bien por qué debe promocionarse un uso restringido de estas fórmulas. La clave está en el juicio de proporcionalidad que debe acometer el órgano de contratación sobre su utilidad y los riesgos que pueden materializarse durante su realización. No tiene sentido llevar a cabo consultas únicamente para justificar datos en el expediente de contratación, que ya el órgano de contratación conoce. En esos supuestos, pueden existir fórmulas menos costosas, en medios y tiempo, para lograr el mismo fin. En ese sentido, uno de los peligros más importantes de las CPM es su uso defensivo y automático en todos los procedimientos de contratación, como fórmula para evitar potenciales problemas en las licitaciones posteriores⁵⁴.

2.3.3. *Objeto*

27. Para asegurar la realización exitosa de CPM es necesario que el órgano de contratación defina adecuadamente la necesidad que pretende satisfacer a través del futuro contrato⁵⁵. A partir de ahí se podrán precisar cuáles son los aspectos que deben centrar las consultas. Una primera lectura de la redacción de la Directiva 2014/24/UE llevó a interpretar que las CPM no podían referirse a cuestiones técnicas relacionadas con el objeto del futuro contrato; la obtención de esa información debía canalizarse exclusivamente a través de los procedimientos diseñados a tal efecto en la propia norma europea: procedimientos con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación. Sin embargo, lo cierto es que la redacción de la Directiva no establece ninguna restricción relativa al objeto⁵⁶; tampoco lo hace la LCSP. Además, la puesta en práctica de las CPM, años después de la aprobación de ambas normas, demuestra que, en numerosos casos, las consultas se dirigen precisamente a obtener información sobre aspectos técnicos de la licitación. En realidad, las consultas tendrán por objeto aquellas materias o aspectos sobre los que el órgano de contratación tenga carencias informativas en un momento dado: capacidades reales del sector, estado del arte, soluciones disponibles, tiempo para llegar a la solución, entre otras⁵⁷. En ese sentido, son un buen termómetro para medir el conocimiento del mercado de las entidades adjudicadoras.

⁵³ A. SEMPLE (2015: 147).

⁵⁴ Sobre la Administración defensiva y los problemas que plantea para el buen funcionamiento de la Administración. A. BUENO ARMILLO (2022). En la Plataforma de Contratación del Sector Público ya es posible identificar algunos casos de entidades locales que realizan CPM de forma habitual en su contratación, como una suerte de pre-procedimiento del procedimiento de contratación, lo que puede suscitar dudas sobre su verdadera utilidad.

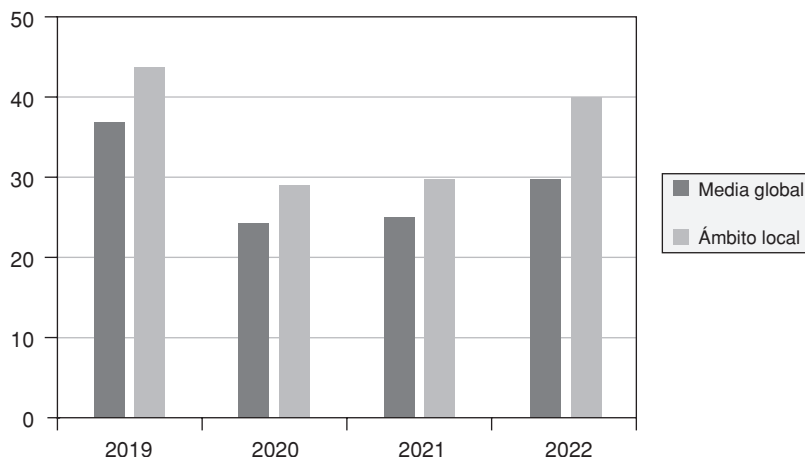
⁵⁵ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1061); E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 2).

⁵⁶ I. GALLEGO CÓRCOLES (2019).

⁵⁷ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

28. En las estadísticas desarrolladas por OIREscon en los últimos años se diferencia entre tres tipos de CPM en atención a su objeto: *a)* contenido técnico; *b)* contenido económico, y *c)* contenido técnico y económico. La utilización de las consultas con una u otra finalidad pone de manifiesto cuáles son las necesidades informativas que debe colmar el órgano de contratación en cada caso. En el ámbito local es habitual que se utilicen las CPM para informarse sobre cuestiones económicas —precio de la prestación requerida; desglose de los costes, especialmente laborales; beneficio industrial, etc.—. En la siguiente figura se observa el predominio de las consultas locales orientadas a obtener información de carácter económico, sin contar el importante volumen de consultas que tienen un objeto mixto de carácter técnico y económico y que también se centran en numerosas ocasiones en los aspectos económicos⁵⁸. Desde 2020 cerca de la mitad de las consultas celebradas con contenido económico se llevan a cabo en el ámbito local. Esta práctica pone de manifiesto la necesidad de muchas entidades locales de colmar las lagunas informativas que tienen en el conocimiento de los precios de mercado de las prestaciones que deben comprar para justificar los expedientes de contratación, de acuerdo con las exigencias de la LCSP [*supra* § 4].

FIGURA 1. CONSULTAS DE CARÁCTER ECONÓMICO, EN ESPECIAL, EN EL ÁMBITO LOCAL (2019-2023) [EN PORCENTAJE]



Fuente: elaboración propia a partir de los informes anuales de supervisión de OIREscon, que se nutre de datos de la PLACSP y de las plataformas autonómicas.

29. Esta utilización de las CPM ha sido objeto de severas críticas en España; aunque en otros ordenamientos, como el holandés, las consultas se consideran una forma

⁵⁸ OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 52.

válida de fijar un precio realista en la licitación⁵⁹. OIREscon señala que las CPM son útiles para recabar información sobre los aspectos técnicos de la contratación, pero no son adecuadas para centrarse exclusivamente en aspectos económicos⁶⁰. En ese sentido, afirma que «la consulta estrictamente económica desvirtúa el fin perseguido por esta figura»⁶¹ y que se hace un «inadecuado uso de esta figura cuando se solicita información exclusivamente económica en relación a (*sic*) servicios o suministros de consumo habitual»⁶². También el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid señala que «las CPM tienen un alcance mayor que la mera determinación del precio del contrato»⁶³. Ciertamente, la realización de consultas preliminares del mercado para conocer el precio de mercado de una prestación puede considerarse desproporcionada, en términos generales. Pero entonces hay que admitir la posibilidad de realizar contactos con los operadores económicos por vías informales, como se ha señalado anteriormente [*supra* §§ 21-22]. En este punto se aprecia cómo la densificación de las reglas de celebración de las consultas en la LCSP plantea disfunciones en la práctica. Las CPM utilizadas, tanto en el ámbito público como privado, engloban una muy distinta variedad de técnicas que tienen en común la finalidad de obtener información existente en el mercado. Una concepción amplia de esta figura, que permita realizar contactos más o menos formalizados —tal y como se concibe en el Derecho europeo—, podría evitar estos problemas.

30. Más allá de las consultas orientadas a obtener información económica, hay que referirse a una limitación en relación con las consultas que se centran en aspectos técnicos de la contratación. Al respecto, ha señalado el TACRC que debe evitarse la referencia a marcas, patentes, procedencias o a concretas formas de fabricación⁶⁴. Con esa restricción se quiere lograr que el órgano de contratación pueda encontrar soluciones alternativas en el mercado y que se promueva la innovación.

31. Por otro lado, surge la duda sobre la posibilidad de centrar las CPM en cualquier aspecto relacionado con la contratación; por ejemplo, si cabe preguntar a los operadores económicos sobre el personal a subrogar en un contrato de servicios o sobre aspectos del diseño de la contratación —criterios de adjudicación idóneos, cláusulas estratégicas o aspectos similares—. Al respecto, hay que tener en cuenta que las consultas deben orientarse a obtener información del mercado que puedan proporcionar los ope-

⁵⁹ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 181).

⁶⁰ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, pp. 182-183; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 85.

⁶¹ OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 188.

⁶² OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 194. En la misma línea se pronuncia en *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 101; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, pp. 29 y 52; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 44.

⁶³ Resolución TACRC de Madrid de 3/2019, de 9 de enero.

⁶⁴ Resoluciones TACRC 983/2021, de 17 de agosto, y 984/2021, de 17 de agosto.

radores económicos u otros agentes debido a su actividad y conocimiento, y que ayude a mejorar una futura licitación. Cuestiones como los criterios de adjudicación de un contrato público o los criterios estratégicos de una licitación no parecen formar parte de la información que un operador económico atesora por el desarrollo de su actividad. En esos casos, de hecho, el riesgo de captura del órgano de contratación puede ser muy elevado, al dejar en manos de los propios interesados la configuración de aspectos fundamentales de la licitación. El control de ese tipo de consultas estaría sujeto a un análisis del posible falseamiento de la competencia en el contrato que se licite con posterioridad; esta cuestión se analiza en detalle más adelante [§§ 64 y ss.].

3. LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SIN PROCEDIMIENTO

32. Un primer análisis del marco jurídico vigente que disciplina las CPM pone de manifiesto que no se está ante una actividad administrativa formal. Las consultas no conducen a la celebración de un contrato público —de hecho, ese es uno de los límites inherentes a su finalidad [*infra* §§ 49-50]—; tampoco desembocan en un acto administrativo. Al mismo tiempo, no se trata sin más de una actuación directa de la Administración⁶⁵, en la medida en que requieren un cierto grado de formalización (publicidad, elaboración de informe final). Dentro de una posible clasificación de las distintas actuaciones del sector público, las CPM se podrían considerar actividades administrativas sin procedimiento⁶⁶, en concreto, son una técnica de actividad informal⁶⁷. En efecto, las CPM son un buen ejemplo de actividad administrativa en la que no existe un procedimiento administrativo orientado a la adopción de una decisión con una de las formas jurídicas clásicas⁶⁸. Además, en la medida en que es una actuación que se desarrolla necesariamente antes de un posible procedimiento de contratación, guarda similitudes con el trámite de información y actuaciones previas, regulado con carácter general en el art. 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), o con las inspecciones previstas en distintos ámbitos de la legislación sectorial. Desde el punto de vista de su análisis, las CPM cumplen con algunos de los rasgos característicos, descritos en la doctrina, de la actividad sin procedimiento, en concreto, de la actividad informal⁶⁹; a continuación, se exponen brevemente:

33. *Vínculo con un procedimiento posterior que puede condicionar y que puede existir o no.* Tras las consultas podrá abrirse o no un procedimiento de licitación, pero si se

⁶⁵ Tomo la expresión de la obra de J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021).

⁶⁶ Sigo el concepto elaborado por J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021 y 2023).

⁶⁷ Al respecto, la construcción propuesta por C. VELASCO RICO (2022).

⁶⁸ *Ibid.*, 53.

⁶⁹ Al respecto, *ibid.*

abre será necesario incorporar un informe con su resultado (art. 115.3 LCSP). Además, el resultado deberá utilizarse, como regla general, en el diseño del procedimiento de contratación, debiéndose motivar una decisión distinta (art. 115.3 párr. 3.º LCSP). Las CPM condicionan de forma moderadamente intensa, el diseño y sustanciación del procedimiento de contratación posterior.

34. Elementos formales puntuales. Aunque no existe procedimiento administrativo en sentido estricto, la celebración de CPM sí se sujeta a deberes formales previstos en la ley, como la exigencia de publicar las CPM en el perfil de contratante (art. 115.1 LCSP) y de elaborar un informe final si se abre una licitación posterior (art. 115.3 LCSP). El hecho de que no exista procedimiento no significa que las CPM sean una actuación carente de regulación⁷⁰. Tampoco implica que no haya un deber de reflejar en un expediente administrativo las distintas actuaciones realizadas. Todos los procedimientos deben corresponderse con un expediente, aunque no todos los expedientes se refieren a procedimientos⁷¹. Ese expediente será el soporte material para valorar, en su caso, si una posible licitación posterior se ha visto influida por las consultas y si los participantes han podido obtener ventajas competitivas por su colaboración en las CPM⁷². OIREscon destaca en sus informes anuales de supervisión la inexistencia de expediente en un elevado porcentaje de casos de celebración de consultas; en más de la mitad de los casos no hay expediente⁷³. Esta es una carencia relevante, en la medida en que afecta claramente a las posibilidades de control posterior y de tutela de los posibles participantes en licitaciones posteriores [*infra* §§ 59 y ss.].

35. Mezcla de elementos formales y materiales. Junto a los requisitos formales que acaban de mencionarse, la realización de CPM requiere la ejecución de actuaciones materiales de distinto tipo, en atención al formato elegido para las consultas, como la celebración de reuniones, el mantenimiento de conversaciones telefónicas, o, incluso, la celebración de eventos [*infra* §§ 39 y ss.].

36. Posible sustitución de actividad formal. Finalmente, hay que tener en cuenta que la realización de CPM puede sustituir, en ocasiones, la realización de actividad formal. Por supuesto, uno de los límites que debe respetar es que no se llegue en ningún caso a celebrar un procedimiento de adjudicación encubierto —sobre ello se vuelve después con más detalle [§§ 49 y ss.]—. Pero más allá de ese caso hay que pensar que las carencias de información del órgano de contratación se podrían solventar a través de la contratación de una consultora para la realización de un estudio de mercado o mediante

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sobre la distinción de los conceptos de procedimiento y expediente, sigo a F. PASTOR MERCHANT (2021: 155).

⁷² Sobre la distinción entre expediente formal y material, *ibid.*, 157.

⁷³ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 190; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 96; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 42; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2023, p. 61.

un encargo a un medio propio, por poner algunos ejemplos —también estas posibles alternativas y las cuestiones que arroja el régimen jurídico que les sería de aplicación, son objeto de análisis en un momento posterior [§§ 67-68]—.

37. Estas características son relevantes para trazar con mayor precisión los contornos jurídicos de las CPM y de los problemas que puede plantear su puesta en práctica, teniendo en cuenta que en otros casos se pueden plantear problemas similares. Se pretende contribuir, de esta manera, al desarrollo del estudio de la actividad administrativa sin procedimiento, informal, que en este caso se caracteriza, además, por su necesaria naturaleza pre-procedimental. Para ello, se considera idóneo examinar los siguientes aspectos de su regulación: las directrices dirigidas a la Administración para realizar CPM; las formas de condicionar el procedimiento posterior; la posición jurídico-subjetiva tutelable de los participantes; las posibilidades de control; así como las alternativas posibles a las CPM y los límites que se pueden proyectar sobre ellas.

4. DIRECTRICES PARA LA REALIZACIÓN DE CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

38. Las directrices generales de las CPM se aplican con independencia del tipo de entidad contratante (Administración pública, poder adjudicador no Administración pública o ente del sector público que no es poder adjudicador): discrecionalidad en su realización y configuración; realización previa a la licitación; y no sustitución de la licitación posterior. La publicidad únicamente se aplicaría allí donde haya sujeción al art. 115 LCSP, ahora bien, como se verá en seguida, el deber de abrir un expediente que refleje las actuaciones realizadas se aplicará en todos los casos, ya que es el presupuesto esencial para permitir un control *a posteriori* del posible falseamiento de la competencia derivado de las actuaciones pre-procedimentales.

4.1. Discrecionalidad para la realización de consultas preliminares del mercado

39. Ni el texto de la Directiva ni la dicción literal del art. 115.1 LCSP dejan lugar a dudas sobre el carácter facultativo de las CPM: «Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas». El órgano de contratación no está, en ningún caso, obligado a la realización de consultas preliminares del mercado y, por tanto, su ausencia no podrá tener ningún efecto invalidante sobre la actuación que lleve a cabo con posterioridad⁷⁴. En cada caso, ponderará si tiene o no el suficiente conocimiento del mercado y si, en su caso, le conviene acudir a esta técnica⁷⁵. Aunque en algu-

⁷⁴ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) 116/2022, de 2 de febrero, ECLI:ES:AN:2022:756.

⁷⁵ Resolución TACRC 244/2022, de 24 de febrero; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) 5545/2023, de 15 de noviembre de 2023, ECLI:ES:AN:2023:5545.

nos casos, los recurrentes apelen a la posible realización de CPM⁷⁶, la ley abre un amplio margen de discrecionalidad a la entidad contratante que podrá decidir llevar o no a cabo consultas de este tipo. El órgano de contratación tampoco debe abrir un procedimiento de contratación con posterioridad⁷⁷. El control sobre la configuración del contrato se realizará atendiendo a la motivación del expediente de contratación, no a las posibles actuaciones realizadas con anterioridad⁷⁸ [*infra* §§ 64 y ss.].

40. La posible celebración obligatoria de CPM ha sido objeto de debate en Alemania a raíz de lo dispuesto por el TJUE en la resolución de un recurso de incumplimiento referido a una licitación sin publicidad para la adquisición de un sistema de *software*⁷⁹. Señaló entonces el Tribunal que en ese caso concreto deberían haberse realizado consultas previas con el mercado. A partir de esta sentencia aparecieron pronunciamientos judiciales contradictorios a nivel interno sobre la obligatoriedad o no de realizar CPM; concretamente, se requerían las consultas cuando la licitación definía la prestación por referencia a determinados productos disponibles en el mercado⁸⁰. Se entendía que la realización de consultas previas permitía justificar el diseño concreto de la licitación. En la actualidad, una opinión mayoritaria defiende el carácter facultativo de las consultas⁸¹. No obstante, existen voces favorables a la obligación de celebrar CPM para asegurar los principios de la contratación. Aducen que el órgano de contratación no puede asegurar la igualdad entre los licitadores cuando no tiene suficientes conocimientos del mercado como para diseñar adecuadamente la licitación. La realización de CPM permite documentar y controlar los argumentos empleados por el órgano de contratación en la configuración del procedimiento de adjudicación⁸². Al mismo tiempo, el resultado de las consultas sirve para reducir la discrecionalidad del órgano de contratación en la configuración del objeto de contratación⁸³.

4.2. Realización previa al procedimiento de contratación

41. De acuerdo con el texto del art. 40 de la Directiva 2014/24/UE, las CPM sólo pueden llevarse a cabo antes de la apertura del procedimiento de contratación —«antes de iniciar un procedimiento de contratación»—. El art. 115.1 LCSP no se refiere expresamente al momento temporal en que se desarrollan las consultas, pero es evidente

⁷⁶ Sirva de ejemplo el caso resuelto en la Resolución OARC 175/2021, de 5 de noviembre.

⁷⁷ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

⁷⁸ Resolución TACP de Madrid 138/2019, de 11 de abril.

⁷⁹ STJUE C-275/08, *Comisión c. República Federal de Alemania*, de 15 de octubre de 2009, ECLI:EU:C:2009:632.

⁸⁰ T. BIRK (2022: 575). Como ejemplo, sirvan las siguientes sentencias: OLG Jena, NZBau 2006, 735; OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 656, núm. margen 27, y OLG Naumburg, BeckRS 2008, 10353.

⁸¹ En Alemania, en torno a la discrecionalidad para celebrar CPM, V. WAGNER (2021: 954); T. BIRK (2022: 575).

⁸² F. KAINER (2018: 390).

⁸³ P. M. PROBST (2021: 240).

que tienen lugar antes de los procedimientos de licitación ya que sirven para «preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes». Las CPM son necesariamente un tipo de actuación pre-procedimental, que tiene lugar antes del procedimiento de licitación.

42. En la legislación interna se ha producido cierta confusión en torno a este extremo debido a la referencia que hace el art. 115.2 LCSP a que el asesoramiento será utilizado «para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo (*sic*)». Al respecto, hay que subrayar que el legislador se refiere al resultado de las CPM y a su utilización tanto para planificar el procedimiento como para sustanciarlo. No permite que puedan celebrarse consultas sobre la marcha, una vez que el procedimiento se está tramitando⁸⁴. También la Directiva se refiere a la utilización del asesoramiento tanto para la planificación como para el desarrollo del procedimiento de contratación. El régimen jurídico previsto en la ley quedaría vacío de contenido si las consultas se pudieran realizar una vez iniciada la licitación; en ese caso, además, habría un alto riesgo de incumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia.

4.3. Flexibilidad en el desarrollo de las consultas

43. La regulación vigente, tanto europea como interna, no predetermina la forma en que deben efectuarse las CPM⁸⁵. Caben diversas modalidades siempre y cuando se respeten los principios de contratación pública —igualdad, transparencia, no discriminación, proporcionalidad—⁸⁶ que se proyectan sobre esta fase previa de carácter informal. En todo caso, se trata de evitar que a través de las consultas se den ventajas a licitadores potenciales⁸⁷. Por esa razón, debe anunciarse cómo se van a desarrollar las consultas y conviene que se expliciten qué medidas se van a tomar en relación con la información confidencial que pueda intercambiarse⁸⁸. A nivel interno, se precisa, además, que durante el proceso de consultas el órgano de contratación no podrá revelar a los participantes las soluciones propuestas por otros. Sólo él tendrá el conocimiento íntegro de las respuestas ofrecidas (art. 115.3, párr. 2.º LCSP)⁸⁹. Con esta regla, se refuerza la protección de la confidencialidad de los participantes, lo que puede contribuir a incentivar su participación.

44. En relación con las modalidades de las consultas, el Consejo de Estado sugirió que se prohibieran las consultas dirigidas a un único sujeto, permitiendo sólo aquellas que

⁸⁴ Parecen entender que la LCSP sí permite la celebración de CPM al hilo del procedimiento, criticándolo, J. C. GARCÍA MEILÁN (2019: 26, 33); P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

⁸⁵ Sobre el Derecho europeo, M.ª B. LÓPEZ DONAIRE (2017: 8); P. GIOSA (2023: 3).

⁸⁶ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 180); I.-G. POPA (2022: 71).

⁸⁷ I.-G. POPA (2022: 72).

⁸⁸ A. SEMPLE (2015: 72); I.-G. POPA (2022: 72).

⁸⁹ Así lo sugirió el Consejo de Estado, en su Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

involucran a una pluralidad de operadores. Para ello cabe hacer una publicación general o cursar invitaciones concretas, de forma similar al procedimiento restringido⁹⁰. Lógicamente, estas cautelas sólo tienen sentido cuando se convoca a operadores económicos; si se quiere contar con la colaboración de una administración independiente o de determinadas asociaciones de profesionales, no habría problema en hacer una convocatoria específica. Del mismo modo, parece razonable que, en un momento dado, el órgano de contratación pudiera relacionarse con un único operador económico, si este encajara en alguno de los supuestos de exclusividad previstos en el art. 168.b) 2.º LCSP para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad, siempre que quedara constancia adecuada de los contactos realizados. No parece tener sentido poder convocar un procedimiento de adjudicación para adquirir prestaciones de un único empresario en esos casos y que no sea posible llevar a cabo contactos previos en las mismas circunstancias.

45. Con respecto a la forma de desarrollo de las CPM, puede recabarse información de los participantes de manera formal, por escrito, o informal, de manera verbal con la celebración de reuniones⁹¹. En ese sentido, la utilización de cuestionarios es muy habitual en la práctica; así como las llamadas de teléfono directas o el intercambio de correos electrónicos; o la difusión del proyecto que pretende llevar a cabo el ente adjudicador⁹². Por su parte, la Ley Foral navarra señala que preferentemente las CPM se deben realizar a través del Portal de Contratación (art. 48.2). En la práctica, en un caso analizado en el marco de un recurso especial ante el Tribunal catalán de contratos públicos, se indica que las consultas consistieron en la realización de una entrevista individualizada con guion estándar y con una duración similar⁹³. En estos supuestos, debe dejarse constancia de los contactos realizados en la forma de grabaciones o actas, que reflejen la información relevante del contacto mantenido: contenidos abordados, duración, etc.⁹⁴. La complejidad de la solución que requiera el órgano de contratación puede exigir que se celebren varios encuentros con los distintos participantes, para asegurarse de que las soluciones ofrecidas son las adecuadas⁹⁵. Como contenido mínimo, se entiende que las CPM deben determinar su objeto, los participantes, la forma de participación y el plazo⁹⁶.

46. La CNMC señala que en el desarrollo de las CPM es necesario evitar las reuniones físicas bilaterales o multilaterales con operadores interesados para evitar prácticas colusorias⁹⁷. Y es habitual encontrar en la doctrina referencias a los peligros que

⁹⁰ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁹¹ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

⁹² O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 179-182).

⁹³ Resolución TCCSP 125/2018, de 4 de julio.

⁹⁴ D. C. DRAGOS (2021a: 453).

⁹⁵ E. RIIHIMÄKI y S. PEKKOLA (2021: 4).

⁹⁶ F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 8).

⁹⁷ CNMC, *Informe sobre el Anteproyecto de LCSP*, 16 de julio de 2015, IPN/CNMC/010/15 APL, III.2.7.1. CPM.

pueden derivarse de juntar a los operadores económicos, desde el punto de vista de las conductas anticompetitivas⁹⁸, especialmente en estructuras de mercado concentradas⁹⁹. Estas cautelas llaman la atención, en la medida en que los resultados de las consultas deben publicarse con posterioridad, de manera que los participantes pueden conocer su identidad al hilo del procedimiento de contratación e incurrir, entonces, en posibles prácticas anticompetitivas de cara a la licitación. Al fin y al cabo, en las CPM todavía no hay un procedimiento de contratación diseñado, de manera que el riesgo de colusión parece menor. Cosa distinta es que se considere que, por el tipo de información que se requiere, y la posible afectación a la confidencialidad, se prefiera no reunir a todos los participantes al mismo tiempo.

4.4. Deber de publicidad

47. La LCSP prescribe que la realización de las CPM se anuncie en el perfil de contratante de la entidad haciendo referencia al objeto; el momento de inicio; los terceros que participarán para que todos los interesados puedan tener acceso; así como, en su caso, los motivos para seleccionar a los asesores externos (art. 115.1 LCSP). La publicidad a través del *Diario Oficial de la Unión Europea* también podría ser una buena opción para difundir en la mayor medida posible las CPM, especialmente cuando se refieran a una posible contratación de carácter armonizado, aunque no se requiera por la legislación vigente¹⁰⁰. En esos casos, habría que publicar un anuncio previo que, en ningún caso, debe confundirse con el anuncio previo de una licitación¹⁰¹. Esto significa que las CPM no son una actuación puramente material, sino que tiene cierto grado de formalización.

48. Puesto que las CPM no forman parte de un expediente de contratación, OIREscon ha recomendado que se habilite en la Plataforma de Contratos del Sector Público (PLACSP) un espacio específico que permita su localización por parte de los posibles interesados, como ya se había hecho en algunas plataformas autonómicas¹⁰². Asimismo, ha sugerido que la documentación de las CPM se vincule al expediente de contratación que, posteriormente, se pueda llegar a tramitar, de modo similar a la vinculación que se realiza con el anuncio de información previa¹⁰³. Al respecto, hay que recordar, como se ha señalado anteriormente, que el hecho de que no haya procedimiento en la realización de las CPM no significa que no deba conformarse un

⁹⁸ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018); D. C. DRAGOS (2021a: 453).

⁹⁹ P. GIOSA (2023: 4).

¹⁰⁰ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 182).

¹⁰¹ I.-G. POPA (2022: 71).

¹⁰² OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2019, pp. 42-43; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, pp. 129-130.

¹⁰³ OIREscon, *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 130.

expediente que contenga las actuaciones realizadas, aunque no se abra una licitación posterior [*supra* § 34].

4.5. No sustitución de la licitación posterior

49. Uno de los riesgos que se corre con la realización de consultas preliminares del mercado es la anticipación de la licitación, o de la mayor parte de sus trámites, a través de una fórmula informal y desprocedimentalizada. Por esa razón, hay que evitar que las CPM se puedan confundir con una licitación. Si las consultas encubren un procedimiento de contratación, cambian las posiciones jurídico-subjetivas de las partes y se vulneran los principios de igualdad, competencia y transparencia¹⁰⁴. Con base en ese razonamiento, puede ser discutible formular consultas dirigidas a obtener un desglose de las posibles ofertas económicas, si el procedimiento de licitación posterior atribuye la puntuación preponderante al precio como criterio de adjudicación. En ese caso se podría estar adelantando la valoración y comparación entre las posibles ofertas futuras. En el mismo sentido, las CPM no pueden permitir realizar una negociación sobre los precios o las condiciones de la futura contratación; tampoco pueden dejar abierta la posibilidad de seleccionar a alguno de los participantes¹⁰⁵. En síntesis, la Administración no puede elegir actuar con procedimiento o sin él¹⁰⁶. Si la finalidad última de la actuación es obtener ofertas, comparar entre ellas y elegir a un adjudicatario, el órgano de contratación debe abrir un procedimiento de licitación con las formalidades previstas legalmente. Las CPM no pueden sustituir el procedimiento de contratación posterior¹⁰⁷.

50. En sentido inverso, no cabe tramitar el procedimiento de licitación únicamente para obtener información de los operadores económicos, sin la intención de adjudicar un contrato público. La convocatoria de CPM debe dejar clara su finalidad y alcance¹⁰⁸. Para impedir estas posibles desviaciones, la normativa alemana prohíbe expresamente la utilización del procedimiento de contratación para la realización de consultas o para informar a los licitadores de los posibles costes o precios de la licitación [§ 28 (2) VgV]¹⁰⁹.

¹⁰⁴ J. ZIEKOW y U.-C. VÖLLINK (2020: 2032).

¹⁰⁵ Dicho de otro modo, los participantes no deben poder competir entre sí: P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018). Al respecto, en Alemania, *OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 - Verg 8/12, OLG München: Abgrenzung von Markterkundung und Vergabeverfahren* (ZfBR 2012, 715).

¹⁰⁶ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 514).

¹⁰⁷ V. WAGNER (2021: 954).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Al respecto, J. ZIEKOW y U.-C. VÖLLINK (2020: 1288).

5. CONDICIONAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN POSTERIOR

51. Uno de los rasgos típicos de la actividad administrativa sin procedimiento, en concreto, de la actividad informal, es su relación con actuaciones formales, a cuya adopción contribuye favorablemente¹¹⁰. El examen del régimen jurídico a nivel interno pone de manifiesto precisamente la capacidad de las consultas de condicionar el procedimiento de contratación que puede llegar a tramitarse con posterioridad. De hecho, el grueso de la regulación que ha introducido el legislador nacional, yendo más allá de las Directivas, se refiere precisamente a este aspecto de las CPM.

5.1. Incorporación de informe en el expediente de contratación

52. A diferencia de la Directiva 2014/24/UE, que no prevé ninguna obligación documental específica¹¹¹, la LCSP introduce cierto grado de formalización de las consultas al obligar al órgano de contratación a elaborar un informe tras su finalización. Ese informe debe dar cuenta de las actuaciones realizadas de forma motivada¹¹²; en concreto, debe contener los estudios realizados, sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones formuladas y las respuestas obtenidas. El informe así realizado formará parte del expediente de contratación y se publicará del mismo modo que los pliegos y, en todo caso, en el perfil de contratante de la entidad adjudicadora (art. 115.3 LCSP). Este precepto cumple con lo establecido con carácter general en el art. 84 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los poderes adjudicadores incluyan en el expediente de contratación los informes necesarios que motiven las decisiones adoptadas en todas las fases, incluida la preparación del contrato¹¹³.

53. Esta regulación plantea algunas dudas en torno a su alcance. En primer lugar, parece que la obligación de elaborar y publicar el informe sólo existe en el supuesto de que se abra un procedimiento de licitación con posterioridad sobre el objeto de la consulta. De hecho, el informe vincula al órgano de contratación en el caso de que se decida a abrir un procedimiento de contratación posterior. Si no atiende a los resultados contenidos en el informe, debe motivarlo adecuadamente (art. 115.3, párr. 3.º *in fine* LCSP)¹¹⁴. Se introduce, de este modo, una obligación de motivación reforzada equivalente a la prevista en el art. 35.1.c) LPAC en relación con el apartamiento del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. Esto lleva a

¹¹⁰ C. VELASCO RICO (2022: 68).

¹¹¹ D. C. DRAGOS (2021a: 450).

¹¹² Un ejemplo al respecto, en Resolución TCCSP 125/2018, de 4 de julio.

¹¹³ C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1056).

¹¹⁴ Valora positivamente esta medida, C. DE GUERRERO MANSO (2018: 1047-1062).

pensar que la no incorporación del informe, en el caso de que, efectivamente, se realizaran CPM sobre el mismo objeto de la licitación posterior, podría llegar a tener efectos invalidantes de la adjudicación si se demostrara que las consultas se han traducido en un trato desigual entre los participantes en la licitación o en un posible falseamiento de la competencia.

54. El problema está en que no en todos los casos será fácil certificar un vínculo entre las CPM realizadas y el procedimiento o los procedimientos de adjudicación posteriores. El TACRC se ha enfrentado a un supuesto de este tipo en el que las CPM se planteaban para la celebración de un contrato complejo que, finalmente, no se licitó, ya que se optó por celebrar tres contratos distintos. Las CPM concluyeron con un informe que se publicó en la PLACSP, pero no se incorporó a cada uno de los expedientes de contratación que se abrieron con posterioridad. Al respecto, entendió el Tribunal que el resultado de las consultas sólo sirvió para precisar cuestiones secundarias relacionadas con la fijación de algunos precios y que, por tanto, no se ha incumplido el deber previsto legalmente¹¹⁵. Sin embargo, este caso pone sobre la pista de la posible pérdida de trazabilidad de la toma de decisiones públicas, una vez que se han realizado CPM, que pueden llegar a tener una influencia directa en el diseño de la licitación posterior.

55. Por otro lado, puede haber casos en los que, después de las CPM no se abra una licitación. Conforme a la regulación del art. 115.3 LCSP en esos supuestos no será necesario elaborar el informe de resultados. Para cubrir esta aparente laguna, OIREscon ha deslizado en sus informes de supervisión la necesidad de que las CPM terminen con un informe de conclusiones. Se indica que únicamente de este modo se puede dar cumplimiento a lo establecido en la ley y a la transparencia requerida, «en tanto se inicia la tramitación correspondiente» o, incluso, si finalmente no se abre un procedimiento de contratación¹¹⁶. Al respecto, hay que señalar que la ley circunscribe la obligación de elaborar un informe únicamente en el caso de que se abra una licitación posterior. La imposición de cargas formales adicionales no puede realizarse por vía interpretativa a través de un informe de supervisión. En su caso, OIREscon podría dirigir una instrucción a las entidades del nivel estatal en esta línea, pero no a las entidades autonómicas y locales [art. 332.7.d) LCSP]¹¹⁷. La adición de exigencias formales no requeridas por la ley únicamente puede llevar al desincentivo en la utilización de una técnica que puede ayudar a mejorar la calidad de las licitaciones públicas y que transcurre de forma transparente. Más relevante que la elaboración de un informe posterior, parece importante que todas las actuaciones queden contenidas en un expediente al que se pueda tener acceso, si es necesario, una vez que se abran licitaciones con posterioridad.

¹¹⁵ Resolución TACRC 726/2022, de 16 de junio.

¹¹⁶ OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, diciembre de 2020, p. 193; *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 100.

¹¹⁷ Al respecto, la STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ 8.ºA) b).

5.2. Diseño del contrato y desarrollo de la licitación

56. Tanto las Directivas como la LCSP señalan que el asesoramiento que resulte de las CPM puede emplearse tanto para planificar la contratación como durante su desarrollo o sustanciación (art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y art. 115.2 LCSP). En ambos casos, el límite está en el falseamiento de la competencia, así como en la posible vulneración de los principios de igualdad y transparencia. En relación con la planificación del contrato, las CPM pueden servir para identificar mejor el objeto del contrato, sus características, y satisfacer mejor las necesidades del órgano de contratación¹¹⁸. En relación con esta utilidad de las consultas, el legislador estatal va más allá de las exigencias del Derecho europeo. En primer lugar, impone al órgano de contratación el deber de tener en cuenta los resultados de las consultas para elaborar los pliegos; y le impone la carga de motivar el posible apartamiento de esos resultados (art. 115.3, párr. 3.º LCSP). En segundo lugar, con el fin de evitar posibles distorsiones de la competencia el art. 115.2, párr. 2.º LCSP introduce una regla específica en torno al objeto del contrato (que se reproduce también en la legislación navarra, art. 48.4 LFCP). De las CPM no puede resultar un objeto tan concreto que suponga que sólo un operador económico pueda resultar adjudicatario. El resultado de los estudios y consultas se debe concretar en características genéricas, exigencias generales, o fórmulas abstractas que aseguren la mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que puedan conllevar ventajas a los participantes.

57. En relación con el resultado de las CPM y su influencia en el procedimiento posterior cabe hacer dos consideraciones. En primer lugar, llama la atención la falta de sensibilidad de la norma por la variedad de casos que pueden acontecer en la realidad. Como se ha visto anteriormente, en más de la mitad de las consultas hay escasa participación [*supra* § 18], lo que significa que los resultados obtenidos se refieren a la información proporcionada por uno o dos operadores económicos. No tiene sentido imponer una carga de motivación reforzada *ad hoc* cuando la información obtenida puede ser insuficiente o de poco valor para el órgano de contratación. Por otro lado, es posible que las consultas den lugar a soluciones que no convengan al órgano de contratación. En segundo lugar, puede suceder que en el marco de las consultas el ente adjudicador averigüe que un operador económico cuenta con una patente o con algún derecho de exclusividad sobre una solución o producto que se ajuste a sus necesidades. En ese caso, parece que no bastaría con apelar de forma justificada en el expediente al cumplimiento de los requisitos contenidos en el art. 168.a) 2.º LCSP, sino que debería hacerse un esfuerzo por describir la prestación con criterios de especificaciones funcionales¹¹⁹. A mi juicio, esta regulación se explica por cierta desconfianza del legislador hacia los órganos de contratación que le lleva a estable-

¹¹⁸ P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2018).

¹¹⁹ C. DE GUERRERO MANO (2018: 1047-1062).

cer una regulación reglada, susceptible de una aplicación subsuntiva. No basta con reflejar en el expediente de contratación el resultado de las consultas realizadas y la motivación del objeto de contratación requerido con el fin de realizar, en su caso, una ponderación sobre el posible cumplimiento de los principios generales de la contratación.

5.3. Garantía de igualdad entre los participantes en la licitación

58. La última forma en que las CPM pueden condicionar el procedimiento de contratación posterior se refiere a la obligación de asegurar la igualdad entre los candidatos y licitadores que tomaron parte en las consultas y aquellos que no lo hicieron. Este problema excede de la realidad de las CPM y afecta a todos aquellos casos en que acudan a la licitación operadores económicos que hayan tenido contacto previo con la entidad adjudicadora durante la preparación del contrato. Para maximizar la competencia el órgano de contratación debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar la exclusión de esos operadores económicos. En concreto, se obliga a proporcionar a todos los interesados la misma información que tengan aquellos operadores que participaron en las CPM, así como a fijar plazos de presentación de las ofertas que sean suficientemente amplios para poner en las mismas condiciones a quienes no tomaron parte en las consultas (art. 41 de la Directiva de la 2014/24/UE y art. 70.1 LCSP). La exclusión debe ser, de este modo, la solución de *ultima ratio*, únicamente si no se puede eliminar la ventaja competitiva de quien participó en las consultas, de otro modo¹²⁰. Si sólo hay un licitador en el procedimiento, que participó en las consultas previas, no cabe excluirle por este motivo¹²¹.

6. POSICIÓN JURÍDICO-SUBJETIVA DE LOS PARTICIPANTES EN LAS CONSULTAS

59. Con carácter general se entiende que en las actuaciones sin procedimiento existe una relación jurídica entre los ciudadanos y la Administración que se somete a las exigencias del principio de legalidad y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y en la que rigen, obviamente, los derechos fundamentales en su conjunto¹²². En esta línea, en el caso de las CPM, más que describir los términos de la relación jurídica entablada con los órganos de contratación, parece relevante determinar cuál es la posición jurídico-subjetiva de los participantes, que podrá ser objeto de tutela. Esta cuestión será especialmente trascendente en el caso de los operadores económicos

¹²⁰ D. C. DRAGOS (2021b: 457).

¹²¹ *Ibid.*, 459.

¹²² J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 512, 517).

que puedan tomar parte en las consultas y, posteriormente, en el procedimiento de contratación que se sustancie. No tiene sentido referirse a las posiciones jurídico-subjetivas de las autoridades administrativas independientes o de las asociaciones empresariales o sindicatos que puedan llegar a tomar parte en las consultas. Además, se puede adelantar que la posición jurídico-subjetiva de los participantes en las CPM será igual, con independencia del tipo de entidad contratante que las lleve a cabo y de su sometimiento o no al art. 115 LCSP, en los términos que se han expuesto al inicio de este trabajo [*supra* §§ 12 y ss.].

60. Para comenzar, es claro que no existe un derecho a la realización de CPM. Esta es la consecuencia natural de la apertura de un margen de discrecionalidad a los órganos de contratación para la celebración de consultas [*supra* §§ 39-40]. Incluso en el caso de que se anunciara la realización de CPM y de que, finalmente, no se llevaran a cabo, no existiría ningún tipo de posición jurídico-subjetiva tutelable. Sólo si se previera la remuneración de los participantes en las consultas¹²³, podría llegar a reconocerse un derecho al pago anunciado si las consultas no se llevaran a cabo con posterioridad. Para ello, sería necesario que los operadores económicos prueben el detrimento patrimonial experimentado vinculado a la preparación de su participación en las consultas. La situación sería, de este modo, similar a la producida en los casos de cancelación de una licitación pública, en relación con los gastos de preparación¹²⁴. Con respecto a la posibilidad de remunerar la participación en las CPM, hay que tener en cuenta que no puede encubrir la celebración de un contrato de servicios por la realización de un estudio de mercado, por ejemplo. Tampoco tendría cabida en el caso de las consultas se dirijan a determinados operadores económicos. Por otro lado, puede señalarse que en las actuaciones sin procedimiento pueden llegar a regir algunos de los derechos previstos en la LPAC para los interesados¹²⁵; en el caso de las CPM podría pensarse, por ejemplo, en el derecho de acceso al expediente.

61. Los participantes en las CPM tampoco tienen un derecho a que, con posterioridad, se tramite un procedimiento de contratación. Esa decisión se adopta discrecionalmente por el órgano de contratación. Ahora bien, si ese procedimiento se abre, los operadores económicos que tomaron parte en las consultas podrán participar en él¹²⁶. El TJUE señaló hace décadas que el Derecho europeo se opone a que una norma interna impida participación en la licitación a quien haya podido encargarse de la investigación, experimentación, estudio o desarrollo del objeto del contrato con anterioridad, sin que se le dé la posibilidad de demostrar que la experiencia adquirida no falsea la competencia¹²⁷. Además, la imposibilidad de participar en la licitación posterior dejaría sin objeto

¹²³ Se ha planteado la posibilidad en la doctrina, D. C. DRAGOS (2021a: 454).

¹²⁴ S. DIEZ SASTRE (2012: 279).

¹²⁵ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 517).

¹²⁶ D. C. DRAGOS (2021b: 457).

¹²⁷ STJUE C-21/03 y C-34/03, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005, ECLI:EU:C:2005:127. Al respecto, S. ARROWSMITH (2014: 653).

a la mayor parte de CPM, ya que se generaría un claro desincentivo para participar a quienes tienen un mejor conocimiento del mercado, los operadores económicos. Para evitar cualquier tipo de duda, el art. 115.3 *in fine* LCSP confirma el derecho de los participantes en las CPM a tomar parte en el procedimiento de contratación que se tramite, en su caso. Ese derecho a participar en el procedimiento no rige únicamente en los casos en que se aplica el art. 115 LCSP, sino que se predica de los principios generales de la contratación pública en todos los supuestos en que se celebren consultas —lo que incluye las consultas realizadas por cualquier entidad del sector público antes de la tramitación de cualquier procedimiento de contratación, ya sea de un contrato armonizado o no armonizado—.

62. Cuando los participantes en las CPM intervienen en el procedimiento de contratación, hay que estar a las cautelas aplicables cuando los licitadores o candidatos han estado en contacto con la entidad contratante en la fase de preparación del contrato, tanto si es a través de consultas preliminares del mercado como por cualquier otra vía. Se aplican las reglas propias de los conflictos de interés, en la medida en que la regulación contenida en el art. 41 de la Directiva 2014/24/UE puede considerarse una norma especial del art. 24 de la Directiva 2014/24/UE¹²⁸. No cabe una exclusión automática, sino que debe realizarse una ponderación; esta obligación se hace más gravosa en algunos países, como España, acostumbrados a una aplicación binaria de los criterios de exclusión¹²⁹. Además, se reconoce un derecho de audiencia antes de que se produzca la posible exclusión, con el fin de demostrar que, efectivamente, no se falseará la competencia (art. 115.3 LCSP) [*supra* § 9]. Tampoco parece posible premiar a los participantes en las CPM con puntos adicionales en los criterios de evaluación de las ofertas o de forma similar¹³⁰.

63. Por otro lado, en la participación en el procedimiento de licitación posterior, los posibles candidatos o licitadores no quedan vinculados por la información que hayan ofrecido durante su participación en las CPM. En especial, en relación con el precio debe partirse de que una licitadora podrá ajustar el precio al máximo con el fin de hacer una oferta competitiva en el marco de un procedimiento de contratación, alejándose, de ese modo, de la información que haya ofrecido en la consulta previa¹³¹. En el mismo sentido, el órgano de contratación no puede fijar un umbral de anormalidad o desproporción referido al precio de licitación que se apoye únicamente en la realización de consultas preliminares, porque las consultas no tienen por qué ofrecer exactitud en el precio normal de mercado¹³².

¹²⁸ D. C. DRAGOS (2021b: 461).

¹²⁹ *Ibid.*, 458.

¹³⁰ Dictamen del Consejo de Estado 1.116/2015, de 10 de marzo, «Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público».

¹³¹ Resolución TARCJA 342/2021, de 23 de septiembre.

¹³² Resolución TARCJA 155/2023, de 10 de marzo.

7. CONTROL

64. Del mismo modo que sucede en otros casos de actividad administrativa sin procedimiento, en las CPM puede haber posiciones jurídico-subjetivas que requieran amparo judicial¹³³; sin embargo, la ausencia de una forma jurídica susceptible de impugnación dificulta la articulación de su posible control. Las Directivas de recursos y sus exigencias a los Estados miembros no se proyectan sobre este tipo de actuaciones¹³⁴. No parece posible entender que la realización de las CPM forma parte del procedimiento de contratación a efectos de impugnación, aunque el órgano de contratación manifieste su intención de abrir una licitación con posterioridad¹³⁵. Tampoco cabe considerar la publicación de la convocatoria de las CPM como un acto administrativo impugnabile, en la medida en que el procedimiento tendrá un carácter puramente voluntario e informativo¹³⁶. Esta situación obliga a proyectar la actividad de control, administrativo o judicial, sobre las actuaciones que se realicen en el marco del procedimiento de contratación que pueda estar bajo la influencia de las CPM.

65. En esos casos, cuando se abre una licitación posterior, cabe preguntarse si la conducta que haya llevado a cabo la recurrente durante las CPM puede condicionar su posición en un procedimiento de recurso posterior. Así, en un supuesto sustanciado ante el TACRC, el Tribunal apunta —como *obiter dicta*— que la recurrente no había realizado ninguna objeción a la configuración técnica de la prestación objeto del contrato cuando participó en las CPM que precedieron a la licitación. Ciertamente, no es el argumento principal empleado para desestimar el recurso, pero llama la atención que se mencione esta situación¹³⁷. Entender que el principio de vinculación a los actos propios se proyecta sobre una fase previa al propio procedimiento de contratación parece excesiva, cuando las CPM tienen como finalidad obtener información del mercado, no realizar una suerte de audiencia pública a las entidades que puedan estar interesadas. Habrá que esperar a la forma en que se pueda desarrollar esta idea en la jurisprudencia.

66. Por otro lado, de forma complementaria, más allá del control que pueda proyectarse sobre la actuación administrativa desarrollada en las CPM, hay que contar con la proyección del Derecho de la competencia y de su sistema de control de cumplimiento, en el caso de que, al hilo de la celebración de consultas, los operadores económicos participantes puedan desarrollar conductas anticompetitivas¹³⁸.

¹³³ J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2023: 517).

¹³⁴ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 190).

¹³⁵ Una opinión distinta, en relación con el Derecho holandés, en O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 191).

¹³⁶ En sentido favorable a la impugnación de la convocatoria, entendida como acto administrativo, a través de los recursos ordinarios: F. J. VÁZQUEZ MATILLA (2019: 8).

¹³⁷ Resolución TACRC 1093/2017, de 17 de noviembre.

¹³⁸ O. P. VODA y C. JOBSE (2016: 192).

8. ALTERNATIVAS A LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO

67. El régimen jurídico de las CPM expuesto trata de limitar las posibles desviaciones que puedan producirse en la competencia en un procedimiento de contratación posterior. La pregunta que cabe formular es si esas mismas garantías deben proyectarse sobre las actuaciones que puedan sustituir a las CPM; sería el caso, por ejemplo, del encargo a una auditoría externa —mediante un contrato de servicios— o a un medio propio de la realización de un estudio de mercado o de consultas con operadores económicos para calcular el presupuesto base de licitación¹³⁹. Al respecto, se ha pronunciado el OARC, afirmando que cuando se contrata a una consultora externa para realizar un estudio de mercado no hay que incorporar los resultados al expediente; basta con que en el expediente aparezcan los datos relevantes y necesarios para adoptar la resolución¹⁴⁰. Esta resolución es llamativa por la confianza que deposita el órgano de recursos contractuales en una auditoría externa frente a la que exigiría al órgano de contratación. La imposibilidad de conocer los resultados de esa auditoría, incorporándolos al expediente de contratación mediante un informe, supone una merma en la trazabilidad de las actuaciones pre-procedimentales que pueden llegar a condicionar la licitación posterior.

68. Si el art. 115 LCSP densifica la programación normativa que rige la celebración de CPM por parte del órgano de contratación, parece lógico que esas exigencias se trasladen a los casos en que las consultas se pueden llegar a realizar por un tercero. De lo contrario, se estaría generando un incentivo para acudir a terceros en el mercado que realicen las consultas, reduciendo la transparencia sobre los contactos previos que se hayan podido establecer con operadores económicos en el mercado. Al mismo tiempo, se crearía una disminución de los derechos de las partes interesadas en el procedimiento en función de si existe o no un tercero que haya colaborado en la preparación de la licitación. Algo similar podría decirse de los casos en que la redacción de los pliegos de contratación se encarga a un tercero en el mercado, y este lleva a cabo consultas con operadores económicos para la definición de los términos de la licitación. En esos casos, la situación tornaría más grave si la consultora que elaborara la documentación contractual asistiera también al órgano de contratación en la tramitación del procedimiento, incluyendo la fase de valoración de las ofertas¹⁴¹.

9. REFLEXIONES FINALES

69. Las CPM constituyen un buen caso de estudio de la actividad administrativa sin procedimiento, de carácter pre-procedimental, que plantea numerosos interrogantes

¹³⁹ Este ejemplo aparece en el caso analizado en la Resolución TACRC 1721/2021, de 25 de noviembre.

¹⁴⁰ Resolución OARC 78/2019, de 17 de abril.

¹⁴¹ El TACRC pone de manifiesto este tipo de situaciones en la reciente Resolución 1596/2023, de 14 de diciembre.

jurídicos. En el caso de España, la regulación contenida en la LCSP denota la desconfianza del legislador hacia la actividad de los órganos de contratación. Como en otros aspectos de la contratación pública se ha optado por un refuerzo de las exigencias formales y materiales, que se aleja de la forma abierta y flexible en que se regulan las consultas en el Derecho europeo. Al mismo tiempo, las cautelas que se ponen a la realización de contactos previos al procedimiento de contratación por parte del órgano de contratación contrastan con la inexistencia de reglas equivalentes cuando esos contactos se hacen a través de terceros a los que se requiere asesoramiento en la preparación de los contratos públicos. Esta situación puede derivar en un claro incentivo para externalizar un tipo de actividad pública que exige el ejercicio de discrecionalidad de forma apegada al interés público, para satisfacer de la mejor manera posible las necesidades de los entes del sector público y de los ciudadanos. La consecuencia es, en estos casos, un menor control sobre las posibles distorsiones de la competencia que puedan producirse en el procedimiento de adjudicación que se tramite con posterioridad.

70. Más allá de la normativa aplicable, las interpretaciones restrictivas en torno al uso de las CPM y al establecimiento de contactos previos con los operadores económicos impactan de forma especialmente intensa sobre las entidades locales que, como muestran los datos disponibles, son las que más necesidad tienen de acudir al mercado en busca de información de la que carecen. En ese sentido, hay que valorar si, en la práctica, la realización de consultas desemboca en licitaciones más eficientes y con una mejor relación calidad-precio, o si simplemente se dificulta cada vez más la actividad contractual pública. Los datos que se manejan sobre la participación en este tipo de consultas no parecen ofrecer buenas noticias. Por último, en cuanto a las dificultades de algunas entidades locales para acudir a las CPM, parece insuficiente y tópico apelar a las necesidades de formación específicas en el ámbito local¹⁴². Conviene adecuar el marco normativo a la realidad local, ponderando los medios disponibles, el impacto real de su contratación en el mercado y el cumplimiento de los principios de contratación pública.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. 1, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, Thomson-Reuters, Croydon, 2014.
- BIRK, T.: «Vergaberecht als Mittel zur Verfolgung der Klimaschutzbelange des Art. 20 a GG», *NZBau*, 2022, pp. 572-580.
- BUENO ARMÍJO, A.: «La burocracia defensiva», *XVIII Seminario de Teoría y Método (STEM)*, Universidad de Lleida, 25 de noviembre de 2022 (inédito).
- DE GUERRERO MANSO, C.: «Las consultas preliminares del mercado: una herramienta para mejorar la eficiencia en la contratación pública», en J. M.^a GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1047-1071.

¹⁴² OIREscon: *Informe anual de supervisión de la contratación pública de España*, 2021, p. 102; *Informe anual de supervisión de la contratación pública. Módulo VII: La fase preparatoria del contrato*, 2022, p. 53.

- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- «¿Y si licitar no siempre fuera la forma más eficiente para proveerse de bienes y servicios?», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 66, 2024, pp. 329-364.
- DRAGOS, D. C.: «Article 40. Preliminary Market Consultations», en R. CARANTA y A. SÁNCHEZ-GRAELLS (eds.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 448-455 (2021a).
- «Article 41. Prior Involvement of Candidates or Tenderers», en R. CARANTA y A. SÁNCHEZ-GRAELLS (eds.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 456-461 (2021b).
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Las consultas preliminares del mercado: algunas reflexiones», *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 131-180 (consultado *online*, sin numeración de páginas).
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- «Actuaciones sin procedimiento», en F. VELASCO CABALLERO y M.^a M. DARNACULLETA GARDIELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pp. 507-523.
- GARCÍA MEILÁN, J. C.: «Las consultas preliminares de mercado un año después», *Gabilex*, núm. extraordinario, marzo de 2019, pp. 21-38.
- GIOSA, P.: *Procurement Planning in the EU: Assessment from a Bid Rigging Perspective*, CPI Anti-trust Chronicle, octubre de 2023.
- JANSSEN, W. A.: «Public Procurement Law in the European Union», en J. GRANDIA y L. VOLKER (eds.), *Public Procurement. Theory, Practice and Tools*, Palgrave Macmillan, Switzerland, 2023, pp. 39-56.
- KAINER, F.: «Der offene Teilnehmerwettbewerb als unionsrechtliches Prinzip. Begrenzung der Beschaffungsautonomie im Vergabeverfahren», *NZBau*, 2018, pp. 387-392.
- LÓPEZ DONAIRE, M.^a B.: «Las consultas preliminares del mercado a la luz de las nuevas directivas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 147, 2017, pp. 70-78.
- PARK-LEE, S.: «Contexts of briefing for service design procurements in the Finnish public sector», *Design Studies*, núm. 69, 2020, pp. 1-39.
- PASTOR MERCHANT, F.: «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4, 2021, pp. 153-180.
- POPA, I.-G.: «The possibility of the contracting authority to consult the market via the electronic procurement system», *Sciendo, International Conference Knowledge-based Organization*, vol. XXVIII, núm. 2, 2022, pp. 70-74.
- PROBST, P. M.: «Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers und die Folgen», *ZfBR*, 2021, pp. 238-243.
- RIIHIMÄKI, E., y PEKKOLA, S.: «Public buyer's concerns influencing the early phases of information system acquisition», *Government Information Quarterly*, núm. 38, 2021, pp. 1-11.
- SEMPLE, A.: *A Practical Guide to Public Procurement*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- SIMOU, S.: *Derecho local del cambio climático*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las "compras públicas inteligentes"», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 77-106 (consultado *online*, sin numeración de páginas).
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: «Consultas preliminares desde la óptica de los poderes adjudicadores y de las empresas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 162, 2019, pp. 1-13.

- VELASCO RICO, C.: «La actividad informal de la Administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 5, 2022, pp. 37-71.
- VODA, O. P., y JOBSE, C.: «Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, núm. 3, 2016, pp. 179-193.
- WAGNER, V.: «Vorbereitung des Vergabeverfahrens», en K. HEUVELS, S. HÖSS, M. KUSS y V. WAGNER (eds.), *Vergaberecht*, 2.^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2021, pp. 953-955.
- ZIEKOW, J., y VÖLLINK, U.-C. (eds.): *Vergaberecht*, C. H. Beck, München, 2020.

El régimen sancionador de la seguridad ciudadana municipal*

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba
ORCID: 0000-0003-0118-7746

RESUMEN

El presente trabajo pretende esclarecer cuáles son las competencias de los municipios en materia de seguridad ciudadana. Para ello, se aborda, en primer lugar, el concepto de seguridad ciudadana y se deslinda de otros conceptos cercanos, como el de protección civil. A continuación, se analiza la distribución de competencias que establece la Constitución española y nuestra legislación en materia seguridad ciudadana, para así determinar cuál es el rol del municipio en este ámbito. Finalmente, se pone el enfoque en el régimen sancio-

* Fecha de finalización del trabajo: 12 de abril de 2024.

Lista de abreviaturas: BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales), BOE (Boletín Oficial del Estado), CCAA (Comunidades Autónomas), CE (Constitución Española), LOFCS (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), LOPSC (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana), LOPSC/92 (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana), LRBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público), LSNPC (Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil), RSCL (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), TC (Tribunal Constitucional).

Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía «La nueva seguridad pública, Derecho Administrativo sancionador y Estado de Derecho en Europa» (ref. ProyExcel_00903) y del Proyecto PID2022-138118NB-I00 «La Administración sancionadora de la Unión Europea» del Ministerio de Ciencia e Innovación. Algunas de las reflexiones aquí recogidas son fruto de la tesis doctoral de la autora, publicada por la Editorial Aranzadi con el título *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*.

nador de la seguridad ciudadana, de nuevo para concretar cuáles son las competencias que tienen los municipios al respecto.

Palabras clave: seguridad ciudadana; régimen sancionador; municipios; protección civil.

The sanctioning regime of municipal citizen security

ABSTRACT

This paper aims to clarify the competences of municipalities in the field of citizen security. To achieve this, it first addresses the concept of citizen security and distinguishes it from other related concepts, such as civil protection. Next, it analyses the distribution of competences established by the Spanish Constitution and our legislation regarding citizen security, in order to determine the role of municipalities in this area. Finally, the focus is placed on the sanctioning regime of citizen security, once again to specify the competences that municipalities have in this regard.

Keywords: citizen security; sanctioning regime; municipalities; civil protection.

SUMARIO: 1. LA SEGURIDAD CIUDADANA Y SU DELIMITACIÓN CON OTROS CONCEPTOS CERCANOS: 1.1. La seguridad ciudadana, la seguridad pública y el orden público. 1.2. La seguridad ciudadana como elemento de la seguridad pública. 1.3. La diferencia con la protección civil: 1.3.1. La distribución de competencias en materia de protección civil. 1.3.2. La estrecha relación entre la seguridad ciudadana y la protección civil.—2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO, LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS MUNICIPIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA: 2.1. La aparente competencia exclusiva del Estado. 2.2. Las competencias de las CCAA. 2.3. Las competencias de los municipios.—3. LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA Y LOS MUNICIPIOS: 3.1. Las ordenanzas de convivencia ciudadana. 3.2. El papel del municipio en la ejecución de la Ley de seguridad ciudadana: 3.2.1. Extensión de la competencia municipal respecto a las infracciones de la LOPSC. 3.2.2. Intento de delimitar las infracciones de la LOPSC que competen a los municipios. 3.2.3. Competencia orgánica para sancionar las infracciones de la LOPSC en la Administración municipal.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA SEGURIDAD CIUDADANA Y SU DELIMITACIÓN CON OTROS CONCEPTOS CERCANOS

1.1. La seguridad ciudadana, la seguridad pública y el orden público

Tanto la doctrina administrativista como el TC vienen desde antiguo tratando de diferenciar los conceptos de seguridad ciudadana, seguridad pública y orden público.

En la doctrina, han sido muchos y muy variados los intentos de deslindar tales materias. Ha habido quien ha sostenido que el orden público es una parte de la seguridad pública¹. También quien ha considerado ambos conceptos equivalentes². Igualmente ha habido autores que han reputado sinónimos a los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana³. Otros han acogido un concepto restrictivo de seguridad ciudadana, distinguiéndola de la más amplia seguridad pública y del aún más amplio orden público⁴.

¹ Un exponente de esta tesis es M. J. IZU BELLOSO, «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, 1988, pp. 246 y 250-251. Para él, el orden público forma parte del concepto de seguridad pública, con una extensión menor, pues representa «el simple orden material u orden externo de la calle, la tranquilidad exterior», sin el cual no puede existir seguridad pública. También J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, 1990, p. 22, afirma que la seguridad pública comprende tanto el orden público como la seguridad ciudadana. Define el orden público como «protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales» y la seguridad ciudadana como «protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas». De igual forma, J. L. BLASCO DÍAZ, «Seguridad ciudadana y potestad sancionadora», en M. L. CUERDA ARNAU y J. A. GARCÍA AMADO (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 15, sostiene que la seguridad pública «supone más que la preservación del estricto orden público».

² Es el caso de L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, «La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los trasposos de servicios en materia de espectáculos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, p. 321, que utiliza ambas expresiones como intercambiables. Una postura parecida se encuentra en I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, «Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del T.C.», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, 1994, pp. 19-20. El autor, aunque en un primer momento reconoce mayor amplitud al concepto de orden público, finalmente parece acabar equiparándolo al concepto de seguridad pública y hasta al de seguridad ciudadana.

³ Podría decirse que el máximo representante de esta corriente es M. CASINO RUBIO, *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 109, 114-115 y 119-122. El autor entiende que, entre las actuaciones que persiguen «la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano», sólo entrarían en la materia de seguridad pública aquellas que luchan contra las acciones personales que directamente perturban esos bienes. Ello, dice, enlaza con la idea tradicional de que la policía de seguridad pública estaba «pensada tradicionalmente para hacer frente a los alborotadores». Otro exponente de esta teoría es, de nuevo, IZU BELLOSO (1988: 244 y 252), que considera que ambas expresiones vienen a ser sinónimas. Las define como la actividad «dirigida a la protección de personas y bienes frente a posibles agresiones violentas producidas tanto por actos humanos como por fuerzas naturales o hechos accidentales». BLASCO DÍAZ (2016: 15), por su parte, admite que a la seguridad pública suele hacerse referencia en ocasiones como seguridad ciudadana, pero, siguiendo a AGUADO I CUDOLA, dice que puede entenderse que esta es un ámbito de aquella, ya que, a juicio de este otro autor, la seguridad pública engloba la seguridad ciudadana, la protección civil y los estados de alarma, excepción o sitio. Así lo sostiene en «Los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana. Título competencial. Fines y organización administrativa», en A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *El nuevo régimen de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 28.

⁴ Forma parte destacada de este sector M. REBOLLO PUIG, «La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana», en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 51, 52, 77 y 83, que concibe el orden público como el concepto más amplio, que abarca dentro de sí la seguridad pública, la cual, a su vez, comprende la noción de seguridad ciudadana. Para este autor, la seguridad pública es «el estado de hecho en el que no hay, o los hay en medida

La noción que ha venido acogiendo, a lo largo de los años, el TC está más en concordancia con lo preconizado por este último sector doctrinal. Desde antiguo (STC 33/1982, de 8 de junio) el máximo intérprete de la Constitución viene concibiendo la seguridad pública como un concepto más preciso o estricto que el de la noción tradicional de orden público⁵, que incluye otros aspectos, como la salubridad pública. En concreto, viene definiendo la seguridad pública como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano. Por otra parte, define la seguridad ciudadana como «el estado en el que el conjunto de la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad en la convivencia que le permite el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución y la Ley les reconocen». La considera una parte integrante de la más amplia noción de seguridad pública; una parte de gran importancia y dotada de perfiles propios pero que, sin embargo, no abarca todos los aspectos que definen su ámbito material. Según el TC, la seguridad ciudadana es la actividad encaminada a «asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos». Precisamente por eso, para el TC es un concepto más estrecho que el de

reducida y tolerable, peligros para la vida y la integridad física de las personas o de sus bienes provenientes de la violencia, de la negligencia, de los accidentes o catástrofes, tengan estas origen natural o humano», siendo la seguridad ciudadana una parte de esta, en concreto, aquella parte de la seguridad pública que se ocupa sólo de ciertos ataques, los ataques derivados de comportamientos humanos. Según REBOLLO, la seguridad pública, junto con la salubridad y la tranquilidad públicas (e incluso con la moralidad pública), conforman la más amplia noción de orden público, entendida como el estado de hecho en el que se dan «las condiciones mínimas imprescindibles para la convivencia colectiva y para que los individuos puedan desarrollarse sin lesiones para su integridad física y sin daño para sus cosas, sin riesgos excesivos y sin miedo ni intranquilidad». También pueden considerarse partidarios de esta postura FERNÁNDEZ FARRERES y BARCELONA LLOP. El primero considera en su trabajo «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, p. 206, que el orden público es un concepto más amplio que el de seguridad pública. Por su parte, J. BARCELONA LLOP, *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 237-238, cree conveniente desgajar el concepto de seguridad ciudadana del de seguridad pública. Dice el autor que, si bien es cierto que entre una y otra seguridad existen concomitancias en la medida en que ambas se refieren a la temática policial, debe reconocerse mayor amplitud al concepto de seguridad pública, pues la seguridad ciudadana únicamente hace referencia a aquellas actividades que forman parte del cometido ordinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encontrándose, además, en íntima conexión con la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades.

⁵ M. HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª ed., Sirey, Paris, 1914, p. 517, lo definió como un orden material y exterior, un estado de hecho contrario al desorden. También en Italia los autores clásicos han definido el orden público, en este ámbito de la actividad de policía, como «una *situazione di fatto*» contraria al desorden. Es el caso de G. CORSO, *L'ordine pubblico*, il Mulino, Bologna, 1979, pp. 133-134. Actualmente, en nuestro país, la doctrina mayoritaria considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero dentro del cual pueden comprenderse los siguientes elementos: la seguridad, la salubridad, la tranquilidad y la moralidad públicas. *Vid.*, por todos, M. REBOLLO PUIG, «La actividad administrativa de limitación», en M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. IZQUIERDO CARRASCO (coords.), *Derecho Administrativo: Modos y medios de la actividad administrativa*, t. III, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 28-29.

seguridad pública, que abarca también la protección civil. En un epígrafe posterior me detendré a analizar las diferencias entre la seguridad ciudadana y la protección civil.

Tendríamos, por tanto, conforme a esta interpretación constitucional, un concepto amplio de orden público del que forma parte la seguridad pública, siendo la seguridad ciudadana un componente de esta última, equivalente al estado en el que el conjunto de la ciudadanía goza de una situación de tranquilidad y estabilidad en la convivencia que le permite el libre y pacífico ejercicio de sus derechos y libertades.

1.2. La seguridad ciudadana como elemento de la seguridad pública

Según el TC, la seguridad pública es la actividad dirigida a «la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano»⁶. Ello aparentemente sin más requisitos. De manera que, por lo pronto, además de la seguridad ciudadana, según el TC, la materia competencial seguridad pública incluye la protección civil⁷. También la ordenación de la seguridad privada⁸. Y hasta en parte el nuevo y borroso concepto de seguridad nacional⁹, así como la ciberseguridad¹⁰. Pero no se trata nada más que de algunas parcelas que se incluyen en la seguridad pública y que ya han sido específicamente abordadas por el TC.

La extensión de esta materia es más amplia y difícilmente delimitable apriorísticamente. Dijo la STC 104/1989, de 8 de junio, que la seguridad pública comprende «un conjunto plural y diversificado de actuaciones distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido».

⁶ Así, SSTC 33/1982, de 8 de junio; 117/1984, de 5 de diciembre; 123/1984, de 18 de diciembre; 59/1985, de 6 de mayo; 104/1989, de 8 de junio; 235/2001, de 13 de diciembre; 86/2014, de 29 de mayo, etcétera.

⁷ *Vid.*, por todas, las SSTC 123/1984, de 18 de diciembre; 133/1990, de 19 de julio, y 87/2016, de 28 de abril.

⁸ Por todas, SSTC 154/2005, de 9 de junio, y 86/2014, de 29 de mayo. En este sentido, *vid.* M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 45-49; y M. CASINO RUBIO, 2015: 135-143. Planteamiento notablemente distinto es el de V. AGUADO I CUDOLÀ, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, y «Artículo 149.1.29.^a», en M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. II, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 1466-1469. El autor apunta la posibilidad de segregar a efectos competenciales la seguridad privada de la pública.

⁹ La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional invocó como título competencial justificativo en su disposición final primera, además del de «defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.4 CE), el de seguridad pública. Y la STC 184/2016, de 3 de noviembre, lo aceptó: «La seguridad nacional no es una competencia nueva, sino que se integra en las competencias estatales de defensa y seguridad pública».

¹⁰ Así lo declaró, aunque sumando la competencia sobre telecomunicaciones, la STC 142/2018, de 20 de diciembre: «La ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones».

Buen ejemplo de lo amplio y heterogéneo que es lo que se puede incluir en la materia seguridad pública ofrece la STC 235/2001, de 13 de diciembre. En relación con una ley estatal que sometía a autorización y otros controles la producción y el comercio de sustancias químicas susceptibles de ser utilizadas para la fabricación de drogas tóxicas, se discutía qué Administración era competente para dar esa autorización y realizar esos controles, así como para sancionar las infracciones. Pues bien, el TC sostuvo que, teniendo en cuenta el ámbito objetivo que tiene la materia seguridad pública, resultaba claro que las competencias controvertidas se encuadraban en dicha materia¹¹.

Así, el Estado ha hecho uso de su competencia sobre seguridad pública en ámbitos muy diversos. Por sólo citar algunas muestras, han invocado el art. 149.1.29 CE como título competencial, sea para basar toda su regulación, sea para justificar parte de ella: la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas¹²; la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos¹³; la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos; la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; la Ley 1/2021, de 24 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; y la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte.

Pese a todo, parece que incluir en la materia competencial seguridad pública toda regulación o actuación pública que tenga por fin la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano le da una amplitud excesiva¹⁴. Lo destacó ya, ante un conflicto de competencias sobre la imposición del uso del tacógrafo en autobuses escolares, la STC 59/1985, de 6 de mayo: «No toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla, o a preservar su mantenimiento, puede englobarse en el título competencial de “seguridad pública”, pues si así fuera la

¹¹ Realiza un profundo examen de esta sentencia F. GONZÁLEZ BOTIJA, «Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a la luz de los conceptos de seguridad pública y policía contenidos en el art. 149.1.29 de la CE: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, de 13 de diciembre de 2001», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 114, 2002, pp. 275-302. La Ley allí enjuiciada era la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas. Está derogada y sustituida por la Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas. Pero esta otra ley igualmente invoca como título competencial, además del comercio exterior, el del art. 149.1.29 CE.

¹² Justificación de esta Ley que aceptó la STC 128/2016, de 7 de julio, al hilo de la impugnación de una norma autonómica con similar pretensión.

¹³ Sobre la idoneidad del título de seguridad pública para la regulación de los animales potencialmente peligrosos, *vid.* J. M. PÉREZ MONGUIÓ, *Animales potencialmente peligrosos*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 62-69.

¹⁴ GONZÁLEZ BOTIJA, 2002: 282-283, e I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, «Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, 2006, p. 65.

práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas de seguridad pública, y por ende competencia del Estado, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto». Y lo mismo se observa en otros conflictos en los que, aunque podía verse la finalidad de protección de personas y bienes, el TC no recondujo el asunto objeto de conflicto a la materia «seguridad pública» sino a otras, como industria, sanidad, marina mercante, bases del régimen energético... según cual fuese en cada caso el origen del riesgo que se tratara de evitar o el ámbito en que se produjera. Da cuenta de esto CASINO RUBIO y por ello afirma que «la protección de personas y bienes, si presupuesto necesario, no es, sin embargo, suficiente por sí solo para activar la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública»¹⁵.

El problema es que el TC usa distintos criterios y vías para justificar estas exclusiones de la materia seguridad pública¹⁶. Unas veces parece que simplemente opta por dar preferencia al título competencial más específico frente al más general, que sería el de la seguridad pública¹⁷; otras veces delimita la materia seguridad pública en función de su conexión con la actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de manera que, si se da esa conexión, tiende a considerar que se está en materia de seguridad pública; en otras ocasiones apunta la diferenciación entre policía general (que se incluiría en la materia seguridad pública) y policías especiales (que se incluirían en otras materias competenciales que aparezcan en el bloque de la constitucionalidad)¹⁸; a veces parece apuntar que se

¹⁵ CASINO RUBIO, 2015: 61-68. El autor dice, incluso, que el TC «intuye» un criterio, pero que no llega a objetivarlo o que, cuando precisa algo más, lo «abandona llegado el caso». Por eso, critica en la p. 79 que la jurisprudencia constitucional «parece inacabada».

¹⁶ En realidad, este es un fenómeno general que se da en materia de seguridad pública igual que en otras muchas. Así G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 167-197, cuando aborda los criterios con los que el TC resuelve la delimitación de materias cuando hay una yuxtaposición, acaba constatando «la imposibilidad de conceptualizar definitivamente los criterios que permitan resolver en cada caso los supuestos de entrecruzamiento y concurrencia de materias respecto de un mismo asunto o cuestión».

¹⁷ El ejemplo más claro podría ser, en principio, el del tráfico y circulación de vehículos a motor que el art. 149.1.21 CE atribuye en exclusiva al Estado sin matices. Ciertamente que ya esta materia no está orientada únicamente por la finalidad de la seguridad, como demuestra T. CANO CAMPOS, *El régimen jurídico administrativo del tráfico*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 176-199. Pero la seguridad es aspecto capital de todo el sector. Si un aspecto de la actuación pública es encuadrable en la materia tráfico y en la materia seguridad pública, habrá que adscribirlo a aquella.

¹⁸ Se habla de policía general para referirse a aquella que se ocupa del orden público (suma de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas) sin un régimen jurídico peculiar; mientras que se consideran policías especiales aquellas que, aunque también persigan garantizar ese mismo orden público o alguno de sus elementos, se ocupan de determinados ámbitos de actividad privada con un régimen jurídico peculiar en cuanto a los medios o medidas posibles, en cuanto a los procedimientos, en cuanto a los órganos competentes... También se habla a veces de policías especiales para aludir a las que tienen fines distintos a los de la protección del orden público. El origen de esa distinción entre policía general y policías especiales lo explica F. GARRIDO FALLA, «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, p. 17: «Antes de entrar en los linderos del siglo XX, se produjo ya una tal ampliación en los fines estatales y autorizaron las leyes tan considerable número de nuevas intervenciones administrativas, que junto a la policía de seguridad que, por antonomasia, siguió denominándose policía general, comenzó a hablarse de policías especiales, para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la activi-

refuerza la inclusión en la materia de seguridad pública cuando se trata de medidas que «tengan como finalidad aún más específica evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública»¹⁹, etcétera²⁰.

Pese a la insatisfacción que lo anterior pueda entrañar, aquí, donde lo que nos interesa es deslindar la seguridad pública de la seguridad ciudadana, nos basta para saber que, a efectos competenciales, la seguridad ciudadana se subsume en la materia del art. 149.1.29 CE: primero, porque es indudable que se trata de actividad pública dirigida a «la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano», que es lo que primera y fundamentalmente sirve al TC para acotar la materia competencial seguridad pública; y, segundo, porque cualquiera que sea el criterio complementario por el que se opte para reducir en algo la materia seguridad pública, ninguno de ellos permite excluir de tal materia la seguridad ciudadana.

1.3. La diferencia con la protección civil

La protección civil, según lo dicho hasta ahora, es parte de la seguridad pública²¹. De hecho, toda la LSNPC, según dice su disposición final primera, se ha dictado al amparo del art. 149.1.29 CE. Por eso, la protección civil forma parte, a su vez, del más amplio concepto de orden público²². Pero lo relevante a nuestros efectos es destacar que se trata de una parcela de la seguridad pública y del orden público distinta a la que representa la seguridad ciudadana.

Suele afirmarse que la protección civil se diferencia de la seguridad ciudadana por razón de las causas generadoras del riesgo, «que en la seguridad ciudadana provienen de

dad de los particulares que se dictaron en específicas materias». También, del mismo autor, «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959, p. 13. La distinción, muy arraigada y útil en el Derecho francés, también es utilizada por la doctrina española. Entre otros, por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, «Artículo 84 LRBRL», en M. REBOLLO PUIG (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2236-2244, y por L. PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad: problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 62-64.

¹⁹ IZQUIERDO CARRASCO (2004: 44), lo deduce de la STC 148/2000, de 1 de junio.

²⁰ Los criterios en virtud de los cuales el TC ha deslindado la materia «seguridad pública» de otras afines o de otras que, aunque colateralmente, también persiguen proteger la seguridad de las personas y los bienes, son analizados con más detalle por AGIRREAZKUENAGA, 2006: 64-69.

²¹ En contra de incluir a la protección civil dentro de la materia seguridad pública se muestra CASINO (2015: 69-70 y 110-116), que coincide a este respecto con F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *La policía municipal*, Abella, Madrid, 1986, p. 86.

²² Inicialmente fueron las leyes de orden público las que asumieron la defensa de las personas y los bienes en caso de siniestro, incendio, epidemia o calamidad pública, es decir, las que regularon la protección civil. Como prueba de ello, *vid.* el art. 15 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933. En este sentido, A. B. LUCAS TOBAJAS, *El régimen jurídico de la lucha frente a las emergencias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 28.

actos humanos constitutivos generalmente de delito o falta penales, y en la protección civil de causas naturales de calamidad pública o catástrofe extraordinaria»²³.

Esto puede apreciarse claramente al comparar el preámbulo de la LSNPC con el de la LOPSC. Dice la LSNPC que su aprobación responde, fundamentalmente, a la necesidad de una respuesta pública frente a «las múltiples y complejas amenazas de catástrofes naturales, industriales o tecnológicas». Por el contrario, en el preámbulo de la LOPSC se aprecia que su finalidad es «asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquello».

Partiendo de esa diferencia, se puede definir la protección civil como «una modalidad de la seguridad pública en la que el riesgo o peligro que la define, al no provenir específicamente de comportamientos humanos susceptibles de un previo control, sino, por lo común, de hechos naturales imprevisibles e inevitables (*vis major*), antes se organiza con vistas a asegurar una eficaz actuación reparadora en favor de los damnificados, una vez ocurrido el siniestro, que a prevenir este por anticipado»²⁴.

De esta definición se deduce otro de los rasgos diferenciadores de la protección civil respecto a la seguridad ciudadana: mientras que esta última tiene por finalidad evitar la producción de perturbaciones para el orden público procedentes de los comportamientos humanos, la protección civil se centra en paliar los desastres producidos por causas no humanas²⁵.

1.3.1. La distribución de competencias en materia de protección civil

Dado que la protección civil es una parcela de la seguridad pública²⁶, *a priori*, parece ser competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.29 CE). Recordemos que la LSNPC

²³ J. BERRIATÚA SAN SEBASTIÁN, «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, p. 754. En el mismo sentido, F. LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *Seguridad ciudadana y orden público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1992, p. 32.

²⁴ L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, 1986: 332.

²⁵ Como explica LUCAS TOBAJAS (2023:51), «la protección civil toma conciencia de la imposibilidad de evitar determinados daños y, por ello, se propone abordar estos últimos mediante la gestión y el control del riesgo». En sentido similar, M. FERNANDO PABLO, «El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 23, 1989, p. 65. El autor diferencia las catástrofes naturales de las emergencias y riesgos de origen humano, afirmando que respecto a las primeras la prevención es difícil y a veces casi imposible.

Aunque esto es cierto, no es desdeñable el esfuerzo que se realiza, en materia de protección civil, para anticipar y prevenir los riesgos. En este sentido, *vid.* el art. 11 LSNPC, que crea el Fondo de Prevención de Emergencias para financiar diversas actuaciones preventivas, o el art. 10 de la reciente Ley 5/2023, de 22 de marzo, de Creación del Sistema Integrado de Protección Civil y Emergencias de la Comunidad de Madrid, que establece variados instrumentos de anticipación y prevención.

²⁶ Como ya se ha dicho, en desacuerdo con esta concepción de la protección civil se encuentra CASINO (2015: 114-115), que cree que las medidas adoptadas contra los riesgos derivados de la naturaleza, del ejercicio de las actividades privadas lícitas o del estado de las cosas no forman parte del concepto de seguridad pública,

se ha aprobado en virtud de esa competencia. Sin embargo, como explica BARCELONA LLOP, «a efectos de la distribución de competencias, la protección civil no se agota en el concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución»²⁷, lo que explica que las CCAA, incluso sin policía propia y, por tanto, sin competencias en seguridad pública, hayan aprobado leyes de protección civil.

La verdad es que la Constitución no aclara de quién es competencia la protección civil, pero muchos Estatutos de Autonomía han declarado la protección civil materia competencial de las CCAA²⁸, y ello porque cuando el TC ha encuadrado la protección civil en la competencia estatal sobre seguridad pública, ha matizado que ello es sin perjuicio de las competencias autonómicas sobre materias que guardan alguna relación con la seguridad pública, como la vigilancia de sus edificios e instalaciones o las competencias de sanidad, carreteras, montes y bosques. En este sentido, puede compartirse la opinión de CASINO, pues, al menos en el ámbito autonómico, la protección civil se subsume en diversas materias competenciales de carácter sectorial.

Nos encontramos, por tanto, ante una competencia concurrente, pero no de cualquier tipo. Lo explica perfectamente LUCAS TOBAJAS:

«Nos hallamos ante un ámbito material que es compartido por el Estado y por las CCAA. Sin embargo, no podemos afirmar que su naturaleza sea la de una mera competencia compartida, puesto que cuenta con peculiaridades que le otorgan un carácter especial. Estas diferencias las hallamos, por un lado, en el criterio delimitador de tales competencias, referido a la concurrencia o no de interés nacional, de modo que la naturaleza de la emergencia (ordinaria o extraordinaria) condicionaría la intervención de una u otra Administración. Por otro lado, la concurrencia de competencias en materia de protección civil no sitúa a ambas Administraciones en un plano de igualdad, sino que puede advertirse un poder de dirección como consecuencia de la superioridad del que coordina frente al coordinado»²⁹.

En definitiva, puede decirse que la protección civil de ámbito nacional encaja en la materia competencial del art. 149.1.29 CE, correspondiendo al Estado tanto las competencias legislativas como las ejecutivas para, por una parte, responder frente a las emergencias en que concurra un interés nacional³⁰ y, por otra, procurar y salvaguardar una coordinación de los distintos servicios y recursos de protección

constituyendo «el campo propio y peculiar de las respectivas policías administrativas especiales». Esto se debe a que el autor, como ya se advirtió, considera que la seguridad ciudadana y la seguridad pública son conceptos sinónimos. Al considerar que la seguridad pública es la materia dedicada a luchar contra las perturbaciones personales del orden público, la equipara a la seguridad ciudadana y excluye el concepto de protección civil, considerándolo un ámbito de policía especial y no general.

²⁷ J. BARCELONA LLOP, *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 106-117.

²⁸ Es el caso, entre otros, del Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 66.1), de Extremadura (art. 9.1.42), de Castilla y León (art. 71.1.16), de Canarias (art. 149.1) y de Cataluña (art. 132.1).

²⁹ LUCAS TOBAJAS, 2023: 44-45.

³⁰ En virtud del art. 28 LSNPC, son emergencias de interés nacional:

«1. Las que requieran para la protección de personas y bienes la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

civil. En el ámbito autonómico, por su parte, la materia protección civil encaja, o bien en la competencia de protección civil prevista por el correspondiente Estatuto de Autonomía, o bien en la competencia sectorial que haya sido utilizada por la comunidad autónoma para regular tal materia³¹. Sea como fuere, la Comunidad Autónoma tendrá, en su territorio, todas las competencias legislativas y ejecutivas para garantizar la protección de las personas y bienes frente a las catástrofes o calamidades producidas en su territorio y para coordinar los sistemas de protección civil que desplieguen efectos dentro del mismo, pero en su ejercicio deberán respetar lo dispuesto por el Estado en virtud de su competencia sobre seguridad pública, especialmente el régimen que establezca ante las emergencias, catástrofes o calamidades de alcance nacional³².

Por lo que respecta a los municipios, tradicionalmente se les asignaron funciones de protección civil³³ y en la actualidad siguen teniendo competencias en esta materia porque así se lo reconoce expresamente el art. 25.2.f) LRBRL. De hecho, en los municipios con población superior a 20.000 habitantes la protección civil es un servicio público obligatorio [art. 26.1.c) LRBRL]. Además, la LRBRL atribuye al alcalde la competencia 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» [art. 21.1.m)]. Como señala BARCELONA, de tales reconocimientos deriva la necesidad de que las leyes atribuyan competencias a los municipios en materia de protección civil, aunque de la extensión de tales competencias nada se pueda decir *a priori*, salvo que debe ser la suficiente para respetar la autonomía local constitucionalmente garantizada y el correlativo derecho de los municipios a intervenir en los asuntos que forman parte de su círculo de intereses³⁴.

2. Aquellas en las que sea necesario prever la coordinación de Administraciones diversas porque afecten a varias CCAA y exijan una aportación de recursos a nivel supraautonómico.

3. Las que por sus dimensiones efectivas o previsibles requieran una dirección de carácter nacional».

La calificación de la emergencia adquiere, así, una importancia extraordinaria, pues de ello dependerá la Administración competente en cada caso. En este sentido, LUCAS TOBAJAS, 2023: 71-74 y 125-138.

³¹ Es, por eso, que incluso las CCAA que no cuentan con una proclamación expresa en sus Estatutos de Autonomía sobre la protección civil pueden aprobar, con base en diversos títulos competenciales, normas para regular la protección civil en sus territorios. Por ejemplo, la Comunidad de Madrid ha aprobado la Ley 5/2023, de 22 de marzo, de Creación del Sistema Integrado de Protección Civil y Emergencias de la Comunidad de Madrid, haciendo uso de sus competencias en vigilancia de sus edificios e instalaciones, sanidad e higiene, carreteras, montes y bosques y protección del medio ambiente, entre otras.

³² SSTC 113/1992, de 6 de febrero; 118/1996, de 27 de junio, y 118/1998, de 4 de junio. Todas ellas, explica BARCELONA, «reiteran el argumento relativo al límite de la competencia autonómica cuando aparece involucrado un interés nacional o se rebasan los límites de la comunidad autónoma» (2007: 113).

³³ LUCAS TOBAJAS, 2023: 28-29 y 32-33.

³⁴ BARCELONA LLOP (2007: 150). Señala que el legislador, al realizar esta atribución de competencias, ha de ser consciente de la heterogeneidad que caracteriza la realidad municipal de España, pues quizá no todos los municipios dispongan de los medios y recursos necesarios para afrontar con eficacia y eficiencia algunas de las funciones de protección civil (2007: 152-154).

1.3.2. *La estrecha relación entre la seguridad ciudadana y la protección civil*

Aunque la protección civil y la seguridad ciudadana son materias distintas, están íntimamente conectadas. No hay más que leer el art. 1.1 LSNPC: «La protección civil, como instrumento de la política de seguridad pública, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales *o derivadas de la acción humana, sea esta accidental o intencionada*».

¿No se había concluido que una de las diferencias fundamentales entre la seguridad ciudadana y la protección civil era que la primera se encarga de evitar y afrontar las perturbaciones para el orden público creadas por la acción humana mientras que la segunda se centra en dar respuesta a las catástrofes y calamidades naturales? Parece que hay que matizar aquella distinción inicial y admitir que la línea divisoria no es tan clara. Ello porque el legislador, con la LSNPC, ha ampliado el ámbito de actuación de la protección civil para englobar «situaciones que, hasta ahora, se reservaban de forma exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado»³⁵. Como consecuencia, la que tradicionalmente ha sido la diferencia más clara entre la seguridad ciudadana y la protección civil ahora se difumina, pasando esta segunda a tener como objetivo prioritario actuar, no sólo frente a los riesgos producidos por caso fortuito, fuerza mayor o comportamientos imprudentes del hombre, sino también frente a actuaciones humanas intencionadas, entre las que podríamos incluir «ataques químicos, bacteriológicos o terroristas, por citar algunos»³⁶.

Por todo lo anterior, ante una emergencia, con independencia de que sea provocada por la mano del hombre o por la naturaleza, colaborarán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (o los cuerpos policiales autonómicos en las CCAA en los que existan) con los Servicios de Protección Civil³⁷. Eso sí, para que estos últimos actúen es premisa necesaria que se produzca una emergencia, catástrofe o situación calamitosa³⁸, no siendo suficiente con cualquier alteración menor y ordinaria de la seguridad ciudadana, pues en ese caso sólo deberán intervenir las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado *ex art.* 104.1 CE. Lo aclaró tempranamente la STC 123/1984, de 18 de diciembre: «La «Protección Civil» está constituida por el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a personas y bienes por toda

³⁵ LUCAS TOBAJAS, 2023: 57.

³⁶ *Ibid.*: 58.

³⁷ Lo prevé el art. 38.1 LSNPC: «Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado colaborarán en las acciones de protección civil, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en esta ley y en la normativa de desarrollo».

³⁸ La situación no debe derivar en la declaración de Estado de Alarma, pues en ese caso se produce una situación excepcional que altera el régimen competencial ordinario. En este sentido, FERNANDO PABLO explica que «lo que diferencia un mecanismo de otro es que, si la protección civil implica ante todo coordinación, el Estado de Alarma conlleva centralización» (1989: 69). Para un estudio más detallado del tema, BARCELONA LLOP, 2007: 100-105.

clase de medios de agresión y por los elementos naturales o extraordinarios en tiempos de paz cuando la amplitud y gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de *calamidad pública*»³⁹.

2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO, LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS MUNICIPIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA

2.1. La aparente competencia exclusiva del Estado

Según el art. 149.1.29 CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre «Seguridad pública, sin perjuicio de la creación de policías por las CCAA en la forma en que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica».

Para esa materia, lo que el art. 149.1.29 CE establece es, en principio, una competencia exclusiva del Estado; esto es, una competencia estatal que le permite aprobar toda la regulación y desarrollar toda la ejecución sin dejar aparentemente campo alguno a las CCAA. Pero, de inmediato, el mismo art. 149.1.29 añade que tal exclusividad es «sin perjuicio de la creación de policías por las CCAA»⁴⁰.

Sólo Cataluña, Navarra, País Vasco y Canarias han creado sus policías. Otras comunidades previeron y prevén en sus Estatutos su creación, pero no han hecho uso de tal facultad⁴¹. Así, pues, la salvedad del art. 149.1.29 CE sólo afecta a aquellas comunidades. En las restantes se mantiene la competencia exclusiva estatal sobre seguridad pública con la única y modesta matización del art. 148.1.22 CE, que reconoce competencia a las CCAA para la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y para la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

La matización a la competencia exclusiva del Estado que empieza proclamando el art. 149.1.29 CE no afecta a las competencias normativas. El Estado conserva íntegramente la competencia normativa (para dictar leyes y reglamentos) sobre seguridad

³⁹ La alusión a «tiempos de paz» se realizaba para justificar que la protección civil no se subsumía en la materia defensa nacional, tratándose de ámbitos competenciales diferentes (BARCELONA LLOP, 2007: 87-90).

⁴⁰ En el conjunto del art. 149.1 CE el sistema de distribución de competencias previsto para la seguridad pública es peculiar y particularmente complejo, lo que obedece al propósito de encontrar un consenso entre posiciones muy distantes que se enfrentaron en el proceso de elaboración de la Constitución. Da cuenta de ello BARCELONA LLOP (1997: 247-252).

⁴¹ Por ejemplo, Andalucía. En su primer Estatuto de 1981, su art. 14.1 se atribuía esa competencia. Ahora lo hace el art. 65.2 del Estatuto vigente. Igualmente, Galicia (art. 27.25 de su Estatuto), Comunidad Valenciana (art. 36 de su Estatuto en la redacción inicial y art. 55.1 tras la reforma de 2006), etcétera.

pública, también en las CCAA con cuerpo policial propio. Esas comunidades sólo tienen competencias ejecutivas sobre seguridad pública. Ahora bien, pueden dictar normas sobre seguridad pública en la misma medida en que se les ha reconocido esa posibilidad para cualesquiera materias en que sólo tienen competencia ejecutiva; esto es, para dictar normas organizativas de sus propios servicios, o sea, en nuestro caso, para dictar normas sobre la organización de sus policías⁴².

La competencia normativa exclusiva del Estado le ha permitido aprobar la LOPSC. Y la LOPSC no admite ningún desarrollo normativo por las CCAA, ni siquiera por las que cuentan con cuerpo policial propio⁴³.

Las competencias ejecutivas, por su parte, son, en la mayoría del territorio nacional, íntegramente del Estado, con la reducida excepción que comporta el art. 148.1.22 CE. Sólo en las CCAA donde existen cuerpos policiales propios esas competencias ejecutivas son compartidas; hasta qué punto lo son, lo analizaré en el siguiente epígrafe.

2.2. Las competencias de las CCAA

Afirmada la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de seguridad pública, cosa distinta es que las CCAA (todas, no sólo las que cuentan con policía propia), en ejercicio de sus competencias sobre otras materias, sí que puedan aprobar normas que también persigan la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano. El ejemplo más claro lo ofrece la materia espectáculos públicos, sobre la que han asumido competencias todas las comunidades⁴⁴. Pero lo mismo se da en otras materias, incluso aparentemente muy diferentes y distantes de

⁴² Esto, conectado con la potestad de autoorganización, es lo que puede justificar normas como la Ley 15/2012, de 28 de junio, de ordenación del sistema de seguridad pública de Euskadi que, en efecto, admitió en gran parte la STC 86/2014, de 29 de mayo.

⁴³ A ello apunta la disposición final cuarta de la misma ley que habilita al Gobierno para «dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta ley». Lo hace con cierta ambigüedad porque intercala que esa habilitación al Gobierno es «en el ámbito de sus competencias»; pero, incluso así, refleja la idea de un desarrollo reglamentario estatal.

⁴⁴ Por ejemplo, el art. 72.2 del Estatuto de Andalucía atribuye a esta Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de espectáculos. Similares previsiones contienen el art. 71.54 del Estatuto de Aragón, el art. 128.2 del Estatuto de Canarias y el art. 24.27 del Estatuto de Autonomía para Cantabria. Además, teniendo en cuenta su entidad propia, se produjeron los trasposos de servicios sobre espectáculos públicos. Sobre esto, *vid.* DE LA MORENA Y DE LA MORENA, 1986: 321-361. Pese a esta competencia autonómica, la LOPSC tiene preceptos específicos sobre espectáculos y actividades recreativas [arts. 27, 35.3, 36.1 y 49.1.g], que trata de concordar con la legislación autonómica en su art. 2.2. Lo justifica REBOLLO PUIG, 2019: 90-94. En cualquier caso, la competencia del Estado sobre seguridad pública le da «una capacidad muy reducida para abordar [...] una materia que [...] abarca innumerables aspectos y se relaciona, a su vez, con otros títulos competenciales», como explican F. CASTILLO BLANCO y P. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *Espectáculos públicos y actividades recreativas. Régimen jurídico y problemática actual*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 18.

la seguridad pública, como el deporte⁴⁵ o el turismo⁴⁶ u otras⁴⁷. En todos estos casos, en los que la materia competencial está acotada en función de un concreto sector de la realidad social, es posible que las CCAA, sin salirse de la materia ni de su competencia sobre ella, también establezcan normas enderezadas a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano en ese concreto ámbito. Ya hemos visto que algo similar ocurre respecto a la protección civil.

Por lo que respecta a las competencias ejecutivas, ya se advirtió que en las CCAA con policías autonómicas el Estado comparte las competencias ejecutivas sobre seguridad pública con la respectiva Comunidad. Ha llegado el momento de determinar, sumariamente, qué corresponde al Estado y qué a esas CCAA.

Lo que está claro es que las competencias ejecutivas de esas tres comunidades con policía propia desbordan la mera creación de esas policías y su organización. Lo que parecía un simple aspecto orgánico ha entrañado más: ha arrastrado la asunción de otras competencias ejecutivas⁴⁸. La idea queda reflejada claramente, entre otras, en las SSTC 175/1999, de 30 de septiembre; 86/2014, de 29 de mayo, y 142/2018, de 20 de diciembre, donde el TC mantuvo que la competencia derivada de la creación de una

⁴⁵ En las leyes autonómicas reguladoras del deporte suelen incluirse previsiones sobre la prevención de la violencia en este tipo de espectáculos. Como explica E. GAMERO CASADO, «Las sanciones en la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», en M. REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS y T. CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, Cizur Menor, 2021, p. 658, con esas previsiones «ya no se trata únicamente de evitar que los deportistas se agredan como consecuencia de la práctica agonística, sino, además, de impedir que los acontecimientos deportivos se conviertan en fuente de agresiones, tanto físicas como verbales, por parte de los espectadores y seguidores en general, y no sólo en los recintos deportivos y sus alrededores, sino verdaderamente en cualquier lugar (en los medios de transporte, en lugares de difusión de retransmisiones, etc.), ante la proximidad de un evento deportivo o durante su transcurso». En definitiva, se trata de preservar el orden público, pero no lo hace el Estado en ejercicio de su competencia en seguridad pública, sino las CCAA en ejercicio de sus competencias en espectáculos públicos y deporte.

⁴⁶ El ejemplo más patente de norma autonómica sobre turismo con la misma finalidad de la seguridad pública es la que aprobó la Comunidad Balear para luchar contra el turismo de excesos. Lo explico con detenimiento en «El Decreto-Ley balear 1/2020 contra el turismo de excesos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020, pp. 1-29 (en especial, pp. 23-24).

⁴⁷ Es esto lo que acaso podría eventualmente justificar normas autonómicas frente al «botellón» o sobre animales peligrosos, por traer aquí los mismos ejemplos que ofrece CASINO RUBIO (2015: 29-34) como «pruebas de la desorientación competencial».

⁴⁸ Se asume así lo que afirmó BARCELONA LLOP, 1997: 253: «Resulta imposible separar netamente el aspecto material (seguridad pública) del orgánico (policías autonómicas) habida cuenta de que las segundas han de actuar forzosamente sobre el primero». La idea contraria la asumió inicialmente el TC en su Sentencia 117/1984, de 5 de diciembre. Dijo de esta sentencia FERNÁNDEZ FARRERES que es «un claro ejemplo de cómo la disponibilidad de una organización policial propia de la Comunidad Autónoma no arrastra tras de sí, ante la ausencia de previsión expresa, la titularidad de una determinada competencia material en relación con la seguridad pública» (1985: 221). Pero se pudo observar un apartamiento de esta tesis inicial muy poco después en la STC 123/1984, de 18 de diciembre. Aborda este cambio de orientación M. ALMEIDA CERREDA y M. A. ARIAS MARTÍNEZ, «La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad pública y su repercusión en el ámbito local», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 288, 2002, pp. 197-210.

policía autonómica no comportaba únicamente una referencia orgánica sino también funcional⁴⁹.

Asumido que el art. 149.1.29 ha supuesto competencias autonómicas ejecutivas que van más allá de la creación y disposición de una policía propia, la cuestión está en determinar cuáles. A ello ha tratado de dar respuesta el TC, pero ni la tarea es fácil ni los resultados finales de esa jurisprudencia son claros. Dado que no se trata de un aspecto relevante para el tema objeto de este trabajo, simplemente señalaré que el TC ha establecido que las CCAA no pueden asumir en materia de seguridad nada más que las competencias que derivan de la creación de su policía propia⁵⁰. El TC resuelve la cuestión como si, dentro de la materia seguridad pública, hubiera una submateria que fuese la de actividad policial, que se conecta con el art. 104 CE⁵¹.

2.3. Las competencias de los municipios

Como el Estado tiene competencia exclusiva en materia de seguridad pública (art. 149.1.29 CE), es la legislación estatal la llamada a atribuir competencias de seguridad pública a los municipios (art. 2.1 LRBRL)⁵². La salvedad del inciso final de ese art. 149.1.29 CE no altera un ápice esa conclusión ni confiere posibilidades a las CCAA con cuerpo policial propio.

Lo anterior nos lleva directamente a la LRBRL. Su art. 25.2, apartado f), reconoce como competencia municipal la «policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios». Ahora lo que nos interesa es esa alusión inicial a la «policía local».

Lo primero que conviene aclarar es que se trata de una competencia que no puede interpretarse en sentido orgánico. Lejos de ello, «hay que entender esa competencia municipal sobre policía local en un sentido material o funcional»⁵³. Hasta tal punto es así,

⁴⁹ AGIRREAZKUENAGA explica que, de una primera jurisprudencia constitucional que «diferenciaba la vertiente material de la seguridad (competencia exclusiva del Estado) de la vertiente meramente organizativa (asumible por las CCAA, en virtud del “sin perjuicio” establecido en el art. 149.1.29, y sin hacer referencia a las prescripciones del art. 148.1.22)», se ha pasado a una jurisprudencia que reconoce «que la competencia autonómica abarca tanto aspectos organizativos como funcionales de la policía de seguridad, pero sin hacer referencia todavía a que se trata de una competencia compartida» (2006: 70).

⁵⁰ Dijo ya la STC 104/1989, de 8 de junio: «es claro, conforme al tenor literal del art. 149.1.29 CE que la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la que derive de la creación de las policías autónomas». Y se lee, por ejemplo, en la STC 128/2016, de 7 de julio: «Seguridad pública sobre las que las CCAA no pueden asumir estatutariamente más competencias que las previstas para los cuerpos propios de policías».

⁵¹ Lo explico con detalle en *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 70-82.

⁵² Sobre el papel del legislador estatal y del legislador autonómico en la definición de las competencias municipales, *vid.* M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, «Municipios: competencias y potestades», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 239-242.

⁵³ M. REBOLLO PUIG, «La policía local como título competencial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, p. 82.

que los municipios que no tengan policía local en sentido orgánico (que pueden existir, como demuestra el art. 51.2 LOFCS)⁵⁴ sí tendrán, no obstante, la competencia material sobre policía local de la que habla el art. 25.2.f) LRBRL.

El reconocimiento de esta competencia entronca con una larga tradición del Derecho local español que, además, conecta con la concepción de los municipios que asumió la Revolución francesa y su noción de *pouvoir municipal*; esto es, de un poder originario de los municipios en el que actuaban con mayor autonomía y en el que siempre se incluyó como aspecto central y casi único a la policía⁵⁵. Una tradición que llega hasta la Constitución de 1812⁵⁶, que se ha mantenido dando amplias posibilidades de actuación a los municipios españoles⁵⁷ y que tiene su última y más acabada plasmación en el RSCL, cuyo art. 1 dispone:

«Los ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos:

1.º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas».

He ahí el contenido de esa competencia municipal que ahora más lacónicamente proclama el art. 25.2.f) LRBRL.

⁵⁴ Art. 51.2 LOFCS: «En los municipios donde no exista policía municipal, los cometidos de esta serán ejercidos por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos».

⁵⁵ REBOLLO PUIG, 2017: 86-94. Se sirve de la clásica exposición de uno sus mayores exponentes, HENRION DE PANSEY, que llegó a afirmar que este poder policial de los municipios, que incluía muy destacadamente la aprobación de reglamentos, «procede de la regla de derecho natural que autoriza a todos los individuos, y, en consecuencia, también a una corporación de vecinos [...] a velar por su propia conservación». Sobre la teoría del *pouvoir municipal* en la doctrina española, *vid.*, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Taurus, Madrid, 1981, que, en pp. 102-103, explica que el poder municipal se ha concebido como «un poder doméstico o cuasi-privado, en cuanto dirigido hacia asuntos estrictamente propios de la asociación vecinal». Poniéndolo en relación con lo que aquí directamente nos ocupa, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «El debate sobre la autonomía municipal», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, p. 66, explica que esa concepción, en sus orígenes, «se afirmaba perfectamente compatible con la idea de soberanía nacional en la medida en que el poder municipal se circunscribía a los asuntos estrictamente particulares de la respectiva comunidad vecinal».

⁵⁶ Decía en su art. 321: «Estará a cargo de los Ayuntamientos: 1.º La policía de salubridad y comodidad. 2.º Auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público».

⁵⁷ Buen reflejo de ello ofrece F. ABELLA Y BLAVE, *Derecho administrativo, provincial y municipal, o Tratado general teórico-práctico de las atribuciones de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos en todos los ramos que por las leyes les están encomendados*, t. II, El Consultor de Ayuntamientos y Juzgados Municipales, Madrid, 1877, pp. 273-274 y 350. Distinguía la «alta policía» de la «policía municipal». La primera se encaminaba al servicio común de los pueblos, al interés del Estado; mientras que la segunda era la policía local, entendida como conjunto de «reglas que debe adoptar la Administración municipal para la seguridad, comodidad e higiene de los vecinos dentro del recinto del pueblo». Como afirma J. BARCELONA LLOP, *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988, pp. 184-185, de la historia del municipalismo español puede concluirse que los ayuntamientos siempre han dispuesto de competencias en materia de seguridad pública.

Los medios a través de los cuales se canaliza esta competencia municipal (y otras) los establece el art. 84.1 LRBRL:

- «a) Ordenanzas y bandos.
- b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma.
- c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el art. 71 *bis* de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.
- e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo».

No entraremos aquí en que este art. 84.1 presenta algunas carencias (no hace referencia a los medios para el restablecimiento de la legalidad) y algún exceso (hoy los municipios no pueden decidir por su cuenta el sometimiento de una actividad a licencia). Nos basta su esfuerzo por ofrecer una lista de los principales medios para concluir, en síntesis y uniendo lo dicho, que los municipios tienen una competencia en materia de policía local que comprende la intervención en la actividad de los ciudadanos con el fin de conservar o restablecer la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas y que se expresa mediante ordenanzas, bandos, controles previos, controles posteriores, órdenes y medidas de reacción frente a los comportamientos ilegales.

Incluso puede aceptarse que la competencia sobre policía local reconocida en el art. 25.2.f) LRBRL, unida al art. 84.1 de la misma Ley y a la clásica cláusula general de policía del art. 1.1 RSCL, permite a los municipios limitar la libertad de los ciudadanos sin necesidad de ninguna otra norma legal que les habilite para ello más específicamente. Pero eso, únicamente imponiendo tales medidas al perturbador y sólo para que no perturbe. Así lo establece, conectando con la más clásica teoría de la policía, el art. 3.1 RSCL: «La intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturbaren». En ese ámbito, y con esa sola función, puede aceptarse una vinculación de los municipios meramente negativa a la ley⁵⁸; incluso para

⁵⁸ En la doctrina española está últimamente extendida la tesis según la cual los municipios, especialmente en el ejercicio de su potestad de ordenanza, tienen sólo una vinculación negativa a la ley, no una vinculación positiva a ella; algunos autores tienden a afirmarlo incluso respecto a las ordenanzas que imponen límites, deberes o prohibiciones a los ciudadanos. Por todos, *vid.* A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 189-256; L. I. ORTEGA ÁLVAREZ, «La potestad normativa local», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2001, pp. 39-54; y, con matizaciones, A. EMBID IRUJO, *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 121-138. En contra, sin embargo, M. REBOLLO PUIG, «La potestad reglamentaria», *Derecho Administrativo: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, t. I, 4.ª ed., coordinada por M. REBOLLO PUIG y D. J. VERA JURADO, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 265-266; y T. CANO CAMPOS, «El poder normativo local y la crisis de la ley», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019, pp. 32-35.

limitar derechos fundamentales, de manera que se relaja o excluye no sólo la vinculación positiva de los municipios a la ley, sino hasta la reserva de ley establecida en el art. 53.1 CE para la regulación del ejercicio de tales derechos⁵⁹.

3. LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA Y LOS MUNICIPIOS

En el presente epígrafe se pretende dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Comporta la LOPSC restricciones a la competencia municipal sobre policía local? O sea, la competencia que hemos deducido del art. 25.2.f) LRBRL con toda su amplitud material y todos sus medios ¿se ve reducida como consecuencia de la LOPSC?

La respuesta negativa la ofrece la misma LOPSC en su art. 5.4:

«Las autoridades locales ejercerán las facultades que les corresponden, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo [esto es, la LOFCS], y la legislación de régimen local, espectáculos públicos, actividades recreativas y actividades clasificadas».

Mezcla el precepto las competencias municipales relativas a sus cuerpos policiales (las que le da la LOFCS) con algunas de policías especiales (espectáculos y actividades clasificadas) en un batiburrillo que tal vez pueda considerarse asistemático e incompleto. Pero lo que es más relevante y lo que interesa aquí es que dice que las autoridades locales —o sea, los municipios— ejercerán las facultades que les otorga la legislación de régimen local⁶⁰. En nada pretende disminuirlas y en nada las disminuye. Mantiene, pues, íntegra la amplitud que le hemos reconocido. Las competencias que la LOPSC atribuye a las autoridades y órganos estatales (o las que pueden reconocerse a las autoridades autonómicas de las comunidades con policía propia) no reducen las competencias municipales que confiere la legislación de régimen local⁶¹.

Lo expuesto aquí sobre las posibilidades de la actividad de policía local para limitar la libertad de los ciudadanos sin necesidad de específicas habilitaciones legales es apretada síntesis de la construcción de REBOLLO e IZQUIERDO (2007: 2189-2217), construcción que asumo. Es, como explican los mismos autores, una tesis intermedia entre las doctrinas que exigen, en todo caso, habilitaciones legales específicas para que los municipios puedan imponer limitaciones a los ciudadanos y aquellas otras contrarias que entienden que los municipios sólo tienen una vinculación negativa a la ley; una postura intermedia que, acogiendo como punto de partida las primeras doctrinas, las matiza sólo en relación con la actividad de policía y únicamente en cuanto impongan límites para evitar que los sujetos privados perturben el orden público.

⁵⁹ Lo ha estudiado destacadamente J. ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Su tesis en esencia es que la reserva de ley del art. 53.1 CE se flexibiliza frente a las ordenanzas en cuanto a los conflictos que se presentan y hayan de solucionarse a nivel local. Lo que aquí se sustenta, siguiendo la referida exposición de REBOLLO e IZQUIERDO, es que, efectivamente, esa reserva de ley se flexibiliza, pero sólo para que las ordenanzas puedan imponer límites a los ciudadanos, incluso a sus derechos fundamentales, para que no perturben la seguridad, la salubridad, la tranquilidad o la moralidad públicas.

⁶⁰ Este art. 5.4 LOPSC es casi reproducción literal del art. 2.2 de su predecesora LOPSC/92 a la que cabe atribuir su defecto y su virtud. Aquí el legislador de 2015 no pretendió ni hizo ninguna innovación.

⁶¹ REBOLLO e IZQUIERDO analizan en general la concurrencia de las competencias municipales policiales con las de otras Administraciones (2007: 2228-2243) y, aunque distinguen diferentes supuestos, en todo caso sostienen que «el juego que todavía pueda desplegar la actividad municipal directamente basada

Ahora bien, lo que sí es cierto es que la LOPSC, como toda ley estatal, comporta un límite negativo al ejercicio de las competencias municipales: los actos, las ordenanzas y las actuaciones materiales de los municipios, aun permaneciendo dentro de sus competencias, no pueden infringir de ningún modo lo dispuesto en esa Ley. Esto no reduce las competencias municipales, pero condiciona las posibilidades de ejercicio lícito de esas competencias, que tienen el límite negativo de no vulnerar la LOPSC ni sus reglamentos ejecutivos. Así, el municipio que, al establecer límites en sus ordenanzas, por ejemplo, a la tenencia de animales o al «botellón» para evitar que se perturbe la seguridad ciudadana, lo haga vulnerando la LOPSC (u otra ley estatal o autonómica), no es que incurra en incompetencia, sino en un ejercicio ilegal de su competencia.

Esto tiene múltiples y relevantes consecuencias. Entre ellas, que las tradicionales ordenanzas de policía o las modernas ordenanzas de convivencia siguen teniendo amplio campo, aunque con el límite negativo de no vulnerar de ningún modo la regulación de la LOPSC⁶². Siguen pudiendo imponer deberes, prohibiciones o limitaciones con el fin de evitar perturbaciones de la seguridad ciudadana y también siguen pudiendo prever las medidas de reacción ante su conculcación. Al menos, en tanto que ello esté justificado por específicas circunstancias locales o por una valoración diferente de los intereses en juego. No podrán excluir las prohibiciones, limitaciones y deberes impuestos por la legislación estatal, pero sí establecer algunos adicionales con justificación local⁶³. Solución esta que coincide con la tradicionalmente admitida en Francia sobre la concurrencia entre distintas policías generales. En concreto, allí, la concurrencia entre la policía general municipal y la estatal se resuelve así: «El municipio no puede establecer reglas contrarias a las estatales pero puede completarlas —incluso con el solo fundamento de la cláusula general de orden público— con limi-

en el art. 84 LRBRL y en el art. 1.1.º RSCL habrá que deducirlo de esa regulación sectorial supra local»; que, «para saber si, con el fundamento de los arts. 84 LRBRL y 1.1.º RSCL, un ayuntamiento puede seguir dictando ordenanzas sobre el ruido de las motocicletas [...] o sobre animales peligrosos, o sobre horarios de actividades recreativas, o sobre publicidad exterior, o sobre antenas de telefonía... y con qué contenido, y si puede seguir dictando órdenes individuales relativas a ello, más allá de lo que prevean la leyes y reglamentos estatales y autonómicos que se han adueñado de esas materias, habrá que estar a lo que se deduzca de cada una de esas normas sectoriales, incluso con soluciones distintas para cada aspecto» (p. 2233). En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 16.ª ed., Civitas, Madrid, 2020, pp. 133-134. Lo que afirmo, siguiendo ese planteamiento, es que el art. 5.4 LOPSC ha dado la respuesta.

⁶² Y, con ello, entiendo se superan los reparos que frente a estas ordenanzas ha puesto parte de la doctrina, entre la que destaca, por su agudeza y por lo sugestivo de sus argumentos, M. CASINO RUBIO, «Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 4, 2011, pp. 743-771.

⁶³ Estamos ante uno de los supuestos de ordenanzas como «normas adicionales de protección» de las que habla ORTEGA BERNARDO: «Respetando los mínimos dispuestos en la regulación estatal o autonómica, pueden añadir criterios o parámetros más restrictivos o rigurosos que refuercen la garantía de la consecución de los fines públicos (de trascendencia local) que se pretenden alcanzar». Son admisibles «si su contenido resulta adicionalmente más protector, esto es, si sus determinaciones garantizan los fines tutelados por encima del estándar previsto en la legislación estatal o autonómica» (2014: 245-246).

taciones más severas a condición de que ello esté motivado por circunstancias locales específicas que lo justifiquen»⁶⁴.

La situación es distinta en cuanto a la previsión de infracciones y sanciones. Las ordenanzas siguen pudiendo tipificar infracciones y sanciones en virtud de los arts. 139 a 141 LRBRL⁶⁵. Pero encuentran en la LOPSC algún límite. Entre otras razones porque los arts. 139 a 141 LRBRL reducen esta posibilidad de las ordenanzas locales en función de lo que establezcan otras leyes. El art. 139 otorga a los municipios la potestad de establecer infracciones sólo «en defecto de normativa sectorial específica». Más concretamente, el art. 140.1.a) termina con esta exclusión: «siempre que no se trate de conductas subsumibles en los tipos previstos en el Capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana», salvedad que hoy, claro está, hay que entender referida a la LOPSC de 2015. Y hasta para la cuantía de las multas el art. 141 dice que las que allí se señalan son «salvo previsión legal distinta»⁶⁶. Todo ello obliga a concluir que las ordenanzas locales permitidas por los arts. 139 a 141 LRBRL no pueden entrañar una alteración de las tipificaciones de la LOPSC ni de su régimen. Como consecuencia, si las ordenanzas tipifican conductas que ya son constitutivas de infracción según la LOPSC y establecen para ellas el régimen que configura la LRBRL, en vez del previsto en la propia LOPSC, serán en esa parte nulas, pues eso también es vulnerar la LOPSC; como mínimo, en cualquier caso, serán inaplicables cuando la misma conducta sea simultáneamente subsumible en los tipos infractores de la ordenanza y en los de la LOPSC⁶⁷. Veamos todo esto con más detenimiento.

⁶⁴ REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, 2007: 2237. Esto, siguen diciendo, «también se puede admitir en España salvo que de las normas estatales [...] que regulan esa actividad de policía se deduzca la total exclusión de la actividad de policía municipal». Pero ya hemos visto que en la LOPSC no hay tal exclusión, sino todo lo contrario en su art. 5.4.

⁶⁵ Es verdad que, como explica L. ALARCÓN SOTOMAYOR, «Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 57, 2019, p. 304, para la LOPSC parece «como si los arts. 139 a 141 LRBRL no existieran y la protección de la convivencia ciudadana no haya sido tradicionalmente una competencia normativa asumida por los municipios». A la vista de su art. 32.3 *in fine* incluso «da la impresión de que en lo sucesivo lo único que podrán hacer las ordenanzas de convivencia es desarrollar su régimen sancionador: especificar sus infracciones y graduar sus sanciones». Pero el art. 5.4 LOPSC permite una conclusión distinta.

⁶⁶ Así, con rotundidad, L. MÍGUEZ MACHO, «Reserva de ley en materia sancionadora y Administración local: estado de la cuestión», en M. REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS y T. CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, Cizur Menor, 2021, p. 395: «En aplicación del Título XI de la Ley de bases del régimen local, los municipios pueden tipificar infracciones administrativas a través de ordenanzas de convivencia ciudadana o de las que regulan la utilización de los bienes y servicios públicos de su titularidad, siempre y cuando no exista legislación sectorial en la materia con su propio régimen sancionador. En el caso de las ordenanzas de convivencia, es preciso tener en cuenta el régimen sancionador establecido en la actualidad por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana».

⁶⁷ En este sentido, *vid.* M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR, «Artículos 139, 140 y 141», en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 3745-3749.

3.1. Las ordenanzas de convivencia ciudadana

Como se ha visto, la competencia municipal sobre policía local permite, entre otras cosas, aprobar ordenanzas que impongan prohibiciones, deberes y límites a los sujetos privados con la finalidad de que no perturben ni pongan en peligro la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas⁶⁸.

Tradicionalmente esas ordenanzas podían prever infracciones y sanciones⁶⁹. Tras la Constitución esto se negó⁷⁰: se entendió vedado por la reserva de ley establecida en el art. 25.1 CE⁷¹. Por distintas vías, la exclusión radical de tipificación de infracciones y sanciones por ordenanzas trató de suavizarse. Pero el cambio definitivo —que, además, sigue presidiendo la situación actual— se produjo con la STC 132/2001, de 8 de junio, que dio lugar a la reforma operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que introdujo los arts. 139 a 141 LRBRL. Lo que hacen esos arts. 139 a 141 LRBRL es, justamente, abrir a las ordenanzas la posibilidad de tipificar infracciones cumpliendo las dos exigencias mínimas de las que hablaba la STC 132/2001. Y lo que interesa aquí destacar es que, al establecer los «criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones», lo que hace es referirse fundamentalmente a lo que podemos considerar perturbaciones del orden público (art. 139). Aún más claramente se observa esa conexión cuando enuncia los criterios para que las ordenanzas clasifiquen las infracciones en muy graves, graves y leves (art. 140). Su antijuridicidad formal es, como dice

⁶⁸ Sobre la amplitud y transversalidad de las ordenanzas de convivencia ciudadana que han venido aprobando algunos municipios españoles, *vid.* V. MERINO ESTRADA, «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 300-301, 2006, pp. 497-502.

⁶⁹ Es vestigio de su admisión el art. 59 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprobaba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que regulaba, salvo previsión legal en contrario, el importe máximo de las multas que podían imponerse por infracción de ordenanzas.

⁷⁰ Por eso, tanto los tribunales ordinarios como el TC anularon los preceptos de las ordenanzas que tipificaban *ex novo* infracciones y sanciones, así como las sanciones que se impusieron en virtud de las mismas. Al respecto, *vid.* L. ALARCÓN SOTOMAYOR, «Sanciones locales», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 523, y A. BUENO ARMÍJO, «El principio de legalidad sancionadora: la reserva de Ley», en M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. BUENO ARMÍJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 140-142.

⁷¹ Ello no obstaba a que las ordenanzas impusieran deberes, prohibiciones y limitaciones, sino sólo a que ellas mismas los respaldaran con sanciones. Esa disociación es perfectamente posible porque, como señala J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La potestad sancionadora municipal», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Iustel, Madrid, 2011, p. 1294, «no existe una correspondencia automática entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local, esto es, la atribución de la competencia, y la potestad para establecer, en los casos de incumplimiento de lo dispuesto en las correspondientes Ordenanzas, cuándo y cómo dicho incumplimiento debe ser castigado». Lo mismo apuntan F. VELASCO CABALLERO y S. DÍEZ SASTRE, «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, 2004, p. 52: «Una cosa es distribuir materias públicas entre distintos órganos (competencia) y otra determinar cuándo un órgano público (administrativo o judicial) puede imponer sanciones a los ciudadanos. De manera que no a toda atribución de competencia tiene que ir anudado el poder sancionador».

exactamente el art. 139 LRBRL, «el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas». Y la antijuridicidad material es, principalmente, la lesión de los distintos elementos del orden público⁷², aunque siempre con referencia a «la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local»⁷³. Sólo tales lesiones pueden tipificar como infracciones las ordenanzas⁷⁴. Es evidente que estos preceptos parten de la premisa de que las ordenanzas pueden establecer prohibiciones, deberes y limitaciones a los ciudadanos para garantizar esa convivencia, lo que ya era así antes de esa reforma. Lo que añaden es la posibilidad de que las mismas

⁷² Así, J. M. PEMÁN GAVÍN, «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, p. 25. También, M. J. GARCÍA GARCÍA, *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014, pp. 22-23: la idea de convivencia ciudadana «remite al concepto de orden público, entendido como un orden material en el que es posible la convivencia, y que conecta con los conceptos de seguridad, salubridad y con el mantenimiento de un orden exterior que hace posible el libre ejercicio de los derechos y libertades». Igualmente, dicen REBOLLO, IZQUIERDO y ALARCÓN:

«Hay que entender que hay aquí dos grandes grupos o géneros de antijuridicidad. De un lado, lo que perjudica a la convivencia local, expresión que se puede identificar con lo que tradicionalmente era propio de la actividad local de policía, esto es, según la fórmula del art. 1.1.º RSCL, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, y, si acaso, la moralidad pública [...]. Así, cabe decir, lo que se permite tipificar a las ordenanzas son conductas contrarias a las tradicionales ordenanzas de policía y buen gobierno [...]. De otro lado, lo que se garantiza es el uso ciudadano de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos de los mismos entes locales. [...] El art. 140 confirma esta interpretación [...]. Y allí lo que aparece es la tranquilidad, el pacífico ejercicio de los derechos de otras personas, la salubridad, el uso y normal funcionamiento de los servicios públicos, el uso de los espacios públicos, el daño a los equipamientos, etc., y el ornato público, tan ligado también de siempre a la policía» (2007: 3750-3751).

⁷³ Esa referencia al «interés local» es relevante para justificar y acotar la competencia municipal, pues esa noción es la que ha de subyacer en general en toda intervención administrativa local, tal y como se desprende del art. 2.1 LRBRL y como remacha el art. 25.1 de la misma Ley, según el cual las competencias se confieren al municipio «para la gestión de sus intereses» y todas han de «satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal». GARCÍA GARCÍA dice que la convivencia ciudadana es un asunto de interés local, «lo que supone que dicha convivencia forma parte del núcleo de intereses, necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (2014: 21). Aun aceptándolo, esto dice poco del deslinde que en estas materias haya entre los intereses locales y los supralocales, lo que a la postre condiciona las fronteras de la competencia municipal y la estatal.

⁷⁴ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre la potestad sancionadora municipal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, 2004, pp. 137-138 y 140-142. Dice MÍGUEZ MACHO que la conducta tipificada por ordenanza ha de responder «a los criterios de antijuridicidad recogidos en el art. 140 de la Ley de bases del régimen local; es decir, debe tratarse objetivamente de una perturbación de la convivencia, entendiendo por tal la alteración de la tranquilidad, del ejercicio de derechos legítimos de otras personas, del normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o de la salubridad o el ornato públicos» (2021: 396). Expone ejemplos de pronunciamientos judiciales que anularon infracciones de ordenanzas de convivencia por no producirse la mencionada perturbación de la convivencia. Merece retenerse la STSJ de Cataluña núm. 714/2019, de 18 de septiembre (RJCA 2019/1077, ECLI:ES:TSJCAT:2019:8959), que anuló el precepto de la ordenanza de civismo de un municipio catalán que tipificaba como infracción leve «la práctica de la mendicidad» porque no toda forma de mendicidad supone una perturbación de la convivencia ciudadana. La sentencia aclaró que, si lo que el consistorio quería era evitar la actitud agresiva de ciertas personas que practican la mendicidad, la ordenanza debería haber tipificado como infracción el ejercicio de la mendicidad de forma agresiva, insistente o intrusiva.

ordenanzas prevean el respaldo punitivo correspondiente. Ello con multas que, como máximo, pueden llegar a los 3.000 euros (art. 141).

A esto hay que añadir la posibilidad prevista en el art. 32.3 *in fine* LOPSC: «En los términos del art. 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley». Es decir, las ordenanzas de convivencia ciudadana no sólo pueden establecer prohibiciones, deberes y limitaciones a los ciudadanos para garantizar esa convivencia y prever un catálogo de infracciones y sanciones que lo respalde, sino que también pueden concretar las infracciones y sanciones previstas en la LOPSC⁷⁵. De esta forma, se permite que los municipios aprueben reglamentos de desarrollo de la LOPSC⁷⁶, eso sí «en los términos del art. 41», que es casi reproducción del art. 27.3 LRJSP: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta Ley que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar su naturaleza y límites, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes». Pero, entonces, ¿pueden las ordenanzas de convivencia concretar todas las infracciones de la LOPSC y graduar todo tipo de sanciones o existe algún límite? Trataré de explicarlo en el próximo epígrafe, al abordar las competencias ejecutivas de las entidades locales respecto a la LOPSC.

Pero antes, una advertencia: lo normal será que los municipios se ocupen en las mismas ordenanzas de las infracciones que pueden tipificar de acuerdo con el art. 139 LRBRL y de las que pueden concretar conforme a este art. 32.3 LOPSC; y que, además, lo hagan sin ser conscientes de la diferencia⁷⁷. Pero la diferencia es trascendental porque cuando hagan lo primero sólo podrán prever las sanciones permitidas por el art. 141 LRBRL (multa de hasta 3.000 euros) y ello en función de los criterios de graduación del art. 140 LRBRL; mientras que, si hacen lo segundo, tendrán que acomodarse al cuadro de sanciones del art. 39 LOPSC, que arroja un resultado completamente distinto.

⁷⁵ Puede darse el caso, por tanto, de que una ordenanza de convivencia ciudadana sea, al mismo tiempo, un reglamento local que desarrolla una ley previa y una norma local independiente. Sobre esta diferencia, *vid.* F. VELASCO CABALLERO y J. CASTILLO ABELLA, «Fuentes del Derecho Local», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 93.

⁷⁶ Es extraño que lo que parece que son sólo reglamentos ejecutivos de una ley puedan acabar teniendo distintas concreciones en cada municipio. Pero aceptémoslo como un intento del legislador por reforzar la autonomía local, pues, como explica ORTEGA BERNARDO (2014: 240-242), la remisión que las leyes realizan a las ordenanzas se hace «en atención a las peculiaridades propias (de los municipios) donde se tienen que aplicar». Como explica la autora, el resultado de esta técnica es que habrá un desarrollo legal «susceptible de transformarse en miles de regulaciones locales con contenidos sustantivos, procedimentales u organizativos diversos, aunque el espacio para la diferenciación resulte en la práctica muy reducido».

⁷⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR dice que la LOPSC ha hecho posible que «las ordenanzas dupliquen sus posibilidades de tipificar infracciones» (2019: 303).

3.2. El papel del municipio en la ejecución de la Ley de seguridad ciudadana

Todavía queda por afrontar una cuestión relevante: además de su competencia general de policía local, ¿son los municipios competentes para la ejecución o aplicación de la LOPSC? Y, si la respuesta fuese positiva, ¿qué concretas competencias tienen? Más específicamente, ¿qué competencias sancionadoras?

A una respuesta negativa induce el art. 5.4 LOPSC. Pero esa conclusión queda desmentida en el art. 32.3 LOPSC cuando atribuye competencia a los alcaldes dentro de ciertos límites para «imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta ley». Esto es claro y terminante: no dice que los alcaldes puedan imponer sanciones y otras medidas ante infracciones de la seguridad ciudadana definidas en abstracto, lo que podría entenderse como una alusión a las infracciones tipificadas en ordenanzas de convivencia ciudadana; habla exactamente de «las sanciones» y «las medidas previstas en esta ley». Así que, pese al equívoco art. 5.4 LOPSC, es incontestable que los alcaldes son competentes a los efectos de la LOPSC, esto es, son órganos encargados de la aplicación y ejecución de la LOPSC⁷⁸.

3.2.1. *Extensión de la competencia municipal respecto a las infracciones de la LOPSC*

Una vez que se ha llegado a la anterior conclusión, lo que resulta problemático es determinar la extensión de esa ejecución municipal; o sea, determinar con precisión qué es exactamente lo que, en ejecución de la LOPSC, compete a los municipios. El precepto clave es otra vez el art. 32.3 LOPSC. Pero, si bien lleva a afirmar, sin género de dudas, que los municipios tienen algunas competencias de ejecución de la LOPSC, es sumamente impreciso en cuanto a la determinación concreta de esas competencias.

Sí es relativamente claro, en cuanto se refiere a la competencia para «imponer sanciones» y a la competencia para «adoptar las medidas previstas en esta ley». Por un lado, atribuye a los municipios la competencia para imponer las sanciones establecidas en el art. 39 LOPSC (todas ellas, no sólo las de multa en cualquier cuantía, sino también las que allí se presentan como «sanciones accesorias») ante las infracciones tipificadas en los arts. 35 a 37 LOPSC, con independencia de que sean leves, graves o muy graves. Y, por otro lado, reconoce a los municipios la posibilidad de adoptar, ante las infracciones cuya sanción les compete, las medidas previstas en la misma LOPSC, las cuales pueden identificarse con las de los arts. 42 (órdenes de reparación del daño), 47 (medidas provisionales antes del procedimiento) y 49 (medidas provisionales cuando ya está incoado el procedimiento).

⁷⁸ Por lo demás, cuando los preceptos de la LOPSC confieren determinadas potestades a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a los agentes de estas, en ningún caso dicen Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las comunidades que tengan policía propia. De otro lado, el art. 2 LOFCS es categórico cuando afirma que «son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» no sólo los del Estado o los de las CCAA, sino también «los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales».

Lo que el precepto no aclara es ante qué infracciones de las tipificadas en los arts. 35 a 37 LOPSC son los municipios los que deben sancionar y acordar las demás medidas de reacción previstas en la LOPSC. El art. 32.3 LOPSC despacha esta cuestión crucial diciéndo que son las infracciones que «se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local»; y, además, ello «siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica». Con estas apostillas, el alcance de la competencia municipal reconocida en el art. 32.3 LOPSC es incierto. Tratemos de aclararlo.

El art. 32.3 LOPSC ofrece dos criterios alternativos para apreciar la existencia de competencia local: habrá competencia municipal o bien «cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales» o bien cuando «afecten a bienes de titularidad local». Basta uno de los dos para que surja la competencia municipal.

El criterio de que las infracciones se cometan «en espacios públicos municipales» es de acierto tan cuestionable que resulta difícil asumirlo plenamente. Aceptemos (aunque es discutible) que por tales espacios está refiriéndose el precepto sólo a las calles, plazas, jardines y similares de titularidad municipal. ¿Significará eso que las infracciones relativas a manifestaciones, que salvo casos raros se realizan en esos espacios, son de competencia municipal? Resultaría extraño. Otro ejemplo: la resistencia o falta de respeto a un policía nacional o a un *mosso d'esquadra*, por el hecho de producirse en un espacio público municipal, ¿sería competencia del respectivo ayuntamiento? Parece absurdo. Y, en sentido contrario, la infracción de resistencia o falta de respeto a un policía local, cometida fuera de un espacio público municipal, ¿escaparía por eso de la competencia del alcalde? No será necesario seguir con más ejemplos para comprender que establecer la competencia sancionadora en función de que la infracción se cometa en espacios públicos municipales no es racional ni, pese a lo que diga la LOPSC, puede ser determinante. Expresa un criterio que intuitivamente alude a algo acertado pero que, por sí solo, no se puede acoger como criterio único, suficiente y definitivo.

Mejor juicio merece el otro criterio: también es municipal la competencia para sancionar las infracciones de la LOPSC que «afecten a bienes de titularidad local». El ejemplo más claro lo suministra la infracción del art. 37.13, que tipifica «los daños o deslucimiento de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público». Si son bienes de «titularidad local» (sinónimo, hay que entender, de «titularidad municipal»), la competencia sancionadora será del alcalde. Pero hasta para esta infracción del art. 37.13 el criterio hace aguas en otra de sus modalidades, puesto que la infracción se comete asimismo cuando los daños afectan a «bienes muebles o inmuebles privados en la vía pública» (por ejemplo, pintadas en las fachadas de edificios privados o destrozo del mobiliario de un bar instalado en el acerado). Aquí faltaría la titularidad municipal, pero no es de recibo que sólo por eso el municipio pierda su competencia cuando de lo que aquí se trata no es de proteger el patrimonio público, sino la seguridad ciudadana.

En conclusión, es indudable que la LOPSC reconoce a los municipios cierta competencia para reprimir sus infracciones, pero con los elementos que ofrece la propia ley no puede precisarse con rigor el alcance de esa competencia.

Sobre tan impreciso presupuesto hay que construir también el significado del art. 32.3 *in fine* LOPSC, que permite a los municipios aprobar ordenanzas que desarrollen el régimen sancionador establecido en la propia LOPSC, pues no creo que esas ordenanzas de desarrollo de la LOPSC puedan afectar a cualquiera de las infracciones tipificadas en ella, ni siquiera, aunque sólo contribuyan a «la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes»⁷⁹. Lo único razonable es que, en virtud de la habilitación del art. 32.3 LOPSC, las ordenanzas sólo puedan realizar esas concreciones en relación con las infracciones que compete sancionar al mismo municipio⁸⁰. Pero ya hemos visto que esas infracciones son de muy difícil delimitación y, por tanto, también el ámbito de esas ordenanzas es borroso⁸¹.

3.2.2. *Intento de delimitar las infracciones de la LOPSC que competen a los municipios*

Ante este panorama de incertidumbre hay que añadir dos datos que tienen algún interés. El primero es que la LOPSC/92 hizo un mayor esfuerzo de concreción de las competencias municipales. El segundo es que, conscientes de que la situación actual es confusa e insatisfactoria, hubo propuestas para reformar la redacción del art. 32.3 LOPSC y delimitar con más rigor las competencias municipales. Aunque, claro está, ni aquella regulación de 1992 ni esas propuestas de reforma están vigentes, dan pistas sobre lo que el legislador considera razonable confiar a los municipios y quizá, incluso, sobre la dirección en que podría interpretarse el actual art. 32.3 LOPSC.

Lo que a estos efectos interesa de aquella LOPSC/92 es que enumeraba una serie de infracciones de competencia municipal (art. 29.2). Además de las de espectáculos públicos y actividades recreativas, eran las de tenencia ilícita y consumo público de drogas; la de exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con finalidad de intimidación; la de desobediencia a los mandatos de la autoridad y sus agentes; y la de alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en vías, espacios o establecimientos públicos. No había ningún requisito adicional similar al actual de que los municipios ostentaran competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación

⁷⁹ Por poner un ejemplo extremo, es inimaginable que el Ayuntamiento de Madrid pueda intentar en sus ordenanzas una más correcta identificación de la infracción del art. 36.2 LOPSC cuando la manifestación se produzca ante el Congreso de los Diputados o el Senado; o, por traer un ejemplo menos extremo, es muy discutible que las ordenanzas municipales puedan concretar la infracción del art. 37.7 (ocupación de inmuebles, viviendas y edificios) o precisar la sanción correspondiente.

⁸⁰ ALARCÓN SOTOMAYOR, 2019: 303.

⁸¹ Quizá no es que la LOPSC fallara en su intento de hacer estas delimitaciones con precisión, sino que realmente lo rehuyó acudiendo a fórmulas deliberadamente ambiguas. CASINO RUBIO expresivamente dice que lo que respecto a las competencias municipales ha hecho la LOPSC es «mirar para otro lado». Lo sostiene en «La moderna Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana y sus debilidades sancionadoras», en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 426, y en «La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos», *Anuario de Derecho Municipal 2015*, núm. 9, 2016, p. 139.

específica ni ningún otro criterio complementario sobre el lugar o la afectación de bienes municipales como los que hoy contiene el art. 32.3⁸². Con esa base, permitía a las ordenanzas municipales la posibilidad de concretar las infracciones y sanciones de la LOPSC en tanto que fueran de su competencia; y como la competencia municipal sancionadora era más clara, también era más claro el posible contenido y función de esas ordenanzas⁸³.

Con ocasión de las dos (fracasadas) Propositiones de Ley de Reforma de la LOPSC⁸⁴ se presentaron sendas enmiendas para reformar su art. 32.3, ambas con contenido casi idéntico⁸⁵. La redacción propuesta era esta:

«Los alcaldes serán competentes para imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta Ley en relación con las siguientes infracciones:

- a) las contempladas en los apartados 17 y 18 del art. 36 y en el apartado 16 del art. 37.
- b) las contempladas en los apartados 4, 6, 11, 13 y 15 del art. 36 y en los apartados 3, 4 y 15 del art. 37 cuando se refieran a autoridades o empleados públicos locales.
- c) las contempladas en el apartado 3 del art. 35, en los apartados 16 y 19 del art. 36 y en el apartado 17 del art. 37 cuando sean cometidas en espacios, vías o establecimientos públicos o de acceso libre.
- d) las contempladas en el apartado 9 del art. 36 y en los apartados 7, 13 y 14 del art. 37 cuando afecten a bienes de titularidad local.

En los términos del art. 41, las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta ley».

No es cuestión de hacer un análisis pormenorizado de esta redacción, pero sirve para patentizar, no sólo la insatisfacción que causa la redacción actual del art. 32.3 LOPSC,

⁸² No obstante, en ese art. 29.2 LOPSC/92 había otros aspectos que complicaban el sistema. Sólo daba competencia a los municipios para las infracciones leves y en algún caso graves; fijaba el importe de las multas en función del número de habitantes del municipio; imponía en la tramitación de los procedimientos municipales dar audiencia a la Junta Local de Seguridad; en los casos en que no tenían competencia sancionadora, los alcaldes podían simplemente comunicar los hechos a la autoridad competente o bien tramitar el procedimiento hasta la propuesta de resolución. Era, pues, un sistema complejo y engorroso del que probablemente hizo bien en apartarse la Ley de 2015. Lo que sí tenía de valioso era su enumeración de infracciones de competencia municipal.

⁸³ A decir verdad, la LOPSC/92 en su redacción originaria no preveía esto. Fue la Ley 10/1999, de 21 de abril, la que introdujo en su art. 29.2 *in fine* esto: «Para la concreción de las conductas sancionables, las ordenanzas municipales podrán especificar los tipos que corresponden a las infracciones cuya sanción se atribuye en este artículo a la competencia de los alcaldes, siempre dentro de la naturaleza y los límites a los que se refiere el art. 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Ese art. 129.3 de la Ley 30/1992 era el equivalente al actual art. 27.3 LRJSP. Todo, pues, aparentemente igual al art. 32.3 *in fine* de la actual LOPSC. Pero aquella operaba sobre una precisa delimitación de las competencias sancionadoras del alcalde, lo que daba por resultado que también estas ordenanzas tuvieran acotado su campo. Ahora no ocurre así.

⁸⁴ Ambas fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco: una en la XII legislatura (BOCG, Congreso de los Diputados, de 30 de enero de 2017); otra en la XIV legislatura (BOCG, Congreso de los Diputados, de 17 de enero de 2020).

⁸⁵ La primera fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Congreso de los Diputados, de 14 de marzo de 2018) y la segunda por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso de los Diputados, de 30 de noviembre de 2021). La coincidencia entre ambas enmiendas hace pensar en un amplio consenso y en la alta posibilidad de que alguna vez el art. 32.3 LOPSC pudiera tener la redacción que propusieron.

sino también para mostrar una posible delimitación de esta competencia municipal más matizada y atinada. Incluso puede servir para orientar la interpretación del actual art. 32.3 LOPSC, porque cabe entender que lo que hacen esas enmiendas es aplicar con concreciones y correcciones los criterios apuntados en la redacción vigente. Nótese que en estas enmiendas hay un primer grupo de infracciones para las que se acepta la competencia municipal sin más requisitos (transporte de personas para facilitarles el acceso a drogas, cultivo ilícito de drogas en lugares visibles al público y abandono de animales); un segundo grupo (obstrucciones, desobediencias, resistencias, faltas de respeto...) en el que esa competencia municipal se hace depender de que el sujeto pasivo sea autoridad o empleado local; un tercer grupo (sobre espectáculos y actividades recreativas, incluido el consumo allí de drogas o la tolerancia con tal consumo) en el que la competencia municipal surge cuando dichas infracciones «sean cometidas en espacios, vías o establecimientos públicos o de acceso libre», sin decir nada de que sean municipales; y un último grupo (intrusión en instalaciones, ocupación de inmuebles, daños en bienes...) en que la competencia municipal se reconoce en tanto que afecten a bienes de su titularidad. En algún aspecto, la solución es de acierto discutible. Pero en conjunto es una solución clara y sensata; y es una solución que, además, resulta conciliable sin forzarlo mucho con el art. 32.3 LOPSC. Por ello, no veo imposible tenerla en cuenta para buscar una interpretación razonable a ese insuficiente precepto.

3.2.3. Competencia orgánica para sancionar las infracciones de la LOPSC en la Administración municipal

El art. 5.4 LOPSC, al regular las autoridades y órganos competentes para la ejecución de la LOPSC, alude genéricamente a «las autoridades locales». Mucho más claros es, en este sentido, el art. 32.3 LOPSC, que establece que son los alcaldes los órganos competentes para «imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta ley»⁸⁶.

Esto resulta coherente con la tradición que siempre ha centrado en el alcalde las competencias municipales de orden público y también con el hecho de que tanto en los municipios de régimen común como en los de gran población se le otorga la jefatura de la policía municipal [arts. 21.1.i) y 124.4.j) LRBRL].

⁸⁶ En la LRBRL para los municipios de régimen ordinario no hay regla específica sobre el órgano competente para sancionar infracciones tipificadas en leyes. Su art. 21.1.n) dice que el alcalde ostenta la atribución de «Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos». No encaja aquí la imposición de sanciones por infracciones tipificada en leyes, como son las de la LOPSC. La competencia del alcalde derivaría de la atribución del apartado s) del mismo art. 21: «Las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales». Pero el que la LOPSC lo diga específicamente da mayor certeza. En cuanto a los municipios de gran población, la LRBRL atribuye a la Junta de Gobierno Local «ejercer la potestad sancionadora salvo que por ley esté atribuida a otro órgano» [art. 127.1.l)]. El art. 32.3 LOPSC aporta una de esas excepciones.

4. CONCLUSIONES

Los municipios tienen competencias importantes en materia de seguridad ciudadana porque el legislador estatal, en ejercicio de su competencia legislativa exclusiva, se las ha atribuido. De una parte, el art. 25 LRBRL les atribuye competencias sobre «policía local» y, en virtud de ello, los municipios pueden limitar la libertad de los ciudadanos para garantizar el orden público y, en concreto, aprobar ordenanzas que, incluso, pueden tipificar infracciones y prever multas de hasta 3.000 euros. De otra parte, la propia LOPSC (arts. 32.3 y 41) les atribuye ciertas competencias para desarrollar y ejecutar la LOPSC, que comprenden dictar ordenanzas que pormenorizen su régimen sancionador, imponer las sanciones correspondientes, así como acordar medidas provisionales y de restablecimiento de la seguridad ciudadana. Aunque no está bien perfilado el ámbito material de esta competencia, puede afirmarse que incluye, fundamentalmente, la represión de las infracciones que se cometan en espacios públicos municipales, las que afecten a bienes de titularidad local y las desobediencias a autoridades y agentes locales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA Y BLAVE, F.: *Derecho administrativo, provincial y municipal, o Tratado general teórico-práctico de las atribuciones de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos en todos los ramos que por las leyes les están encomendados*, t. II, El Consultor de Ayuntamientos y Juzgados Municipales, Madrid, 1877.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: «Contexto de la Ley de Seguridad Ciudadana. Análisis jurídico de los controles de identidad: *voluntas legis* e interpretación jurisprudencial del T.C.», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 38, 1994, pp. 13-56.
- «Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Catalunya?», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 17, 2006, pp. 61-81.
- AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Derecho de la seguridad pública y privada*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- «Los conceptos de seguridad pública y seguridad ciudadana. Título competencial. Fines y organización administrativa», en A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *El nuevo régimen de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-80.
- «Artículo 149.1.29.^a», en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y M. E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. II, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, pp. 1458-1474.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: «Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 57, 2019, pp. 281-309.
- «Sanciones locales», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 515-542.
- ALMEIDA CERREDA, M., y ARIAS MARTÍNEZ, M. A.: «La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de seguridad pública y su repercusión en el ámbito local», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 288, 2002, pp. 197-214.
- BARCELONA LLOP, J.: *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988.

- *Policia y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997.
- *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007.
- BERRIATÚA SAN SEBASTIÁN, J.: «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, pp. 737-760.
- BLASCO DÍAZ, J. L.: «Seguridad ciudadana y potestad sancionadora», en M. L. CUERDA ARNAU y J. A. GARCÍA AMADO (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 15-35.
- BUENO ARMIJO, A.: «El principio de legalidad sancionadora: la reserva de Ley», en M. REBOLLO PUIG, M. IZQUIERDO CARRASCO, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 113-157.
- CANO CAMPOS, T.: *El régimen jurídico administrativo del tráfico*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2010.
- «El poder normativo local y la crisis de la ley», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019, pp. 26-42.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27, 1990, pp. 9-26.
- «El debate sobre la autonomía municipal», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, pp. 59-95.
- «Sobre la potestad sancionadora municipal», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, 2004, pp. 131-142.
- «La potestad sancionadora municipal», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1281-1306.
- CASINO RUBIO, M.: «Las nuevas y discutibles ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 4, 2011, pp. 743-771.
- *Seguridad pública y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2015.
- «La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y los Ayuntamientos», *Anuario de Derecho Municipal 2015*, núm. 9, 2016, pp. 123-141.
- «La moderna Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana y sus debilidades sancionadoras», en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 399-433.
- CASTILLO ABELLA, J.: «Fuentes del Derecho Local», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 75-109.
- CASTILLO BLANCO, F., y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, P.: *Espectáculos públicos y actividades recreativas. Régimen jurídico y problemática actual*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- CORSO, G.: *L'ordine pubblico*, il Mulino, Bologna, 1979.
- CUERDA ARNAU, M. L., y GARCÍA AMADO, J. A. (dirs.): *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: «La seguridad pública como concepto jurídico indeterminado: su concreta aplicación a los traspasos de servicios en materia de espectáculos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 109, 1986, pp. 321-362.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: «Municipios: competencias y potestades», en F. VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 235-262.
- EMBID IRUJO, A.: *La potestad reglamentaria de las entidades locales*, Iustel, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Sobre la distribución de competencias en materia de seguridad pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia de conflictos del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, 1985, pp. 203-231.

- *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.
- FERNANDO PABLO, M.: «El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las Comunidades Autónomas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 23, 1989, pp. 49-73.
- GALÁN GALÁN, A.: *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001.
- GAMERO CASADO, E.: «Las sanciones en la lucha contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte», en M. REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS y T. CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 657-690.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Taurus, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 16.ª ed., Civitas, Madrid, 2020.
- GARCÍA GARCÍA, M. J.: *La sanción de prestaciones en beneficio de la comunidad en las ordenanzas de convivencia ciudadana*, CEMCI, Granada, 2014.
- GARRIDO FALLA, F.: «Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 11, 1953, pp. 11-32.
- «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 28, 1959, pp. 11-50.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F.: «Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a la luz de los conceptos de seguridad pública y policía contenidos en el art. 149.1.29 de la CE: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, de 13 de diciembre de 2001», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 114, 2002, pp. 275-302.
- HAURIU, M.: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8.ª ed., Sirey, París, 1914.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (dirs.): *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- IZU BELLOSO, M. J.: «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 58, 1988, pp. 233-254.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (coords.): *Derecho Administrativo: Modos y medios de la actividad administrativa*, t. III, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, F.: *La policía municipal*, Abella, Madrid, 1986.
- *Seguridad ciudadana y orden público*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1992.
- LUCAS TOBAJAS, A. B.: *El régimen jurídico de la lucha frente a las emergencias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C.: «El Decreto-Ley balear 1/2020 contra el turismo de excesos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020, pp. 1-29.
- *El régimen sancionador de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- MERINO ESTRADA, V.: «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 300-301, 2006, pp. 485-510.
- MÍGUEZ MACHO, L.: «Reserva de ley en materia sancionadora y Administración local: estado de la cuestión», en M. REBOLLO PUIG, A. HUERGO LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS y T. CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, Cizur Menor, 2021, pp. 389-410.
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Iustel, Madrid, 2011.

- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: «La potestad normativa local», *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2001, pp. 39-54.
- ORTEGA BERNARDO, J.: *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): *El nuevo régimen de la seguridad ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad: problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.: «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 9-55.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: *Animales potencialmente peligrosos*, Bosch, Barcelona, 2006.
- REBOLLO PUIG, M.: «La policía local como título competencial», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 81-107.
- «La potestad reglamentaria», en M. REBOLLO PUIG y D. J. VERA JURADO, *Derecho Administrativo: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, t. I, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 235-278.
- «La trama de la Ley de Seguridad Ciudadana», en M. IZQUIERDO CARRASCO y L. ALARCÓN SOTOMAYOR (dirs.), *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 31-170.
- «La actividad administrativa de limitación», en M. LÓPEZ BENÍTEZ y M. IZQUIERDO CARRASCO (coords.), *Derecho Administrativo: Modos y medios de la actividad administrativa*, t. III, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, pp. 19-46.
- REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.): *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- (dirs.): *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- «Artículo 84 LRRL», en M. REBOLLO PUIG (dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2152-2255.
- REBOLLO PUIG, M.; HUERGO LORA, A.; GUILLÉN CARAMÉS, J., y CANO CAMPOS, T. (dirs.): *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2021*, Civitas, Cizur Menor, 2021.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: «Artículos 139, 140 y 141», en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (dirs.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 3676-3768.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- REBOLLO PUIG, M., y VERA JURADO, D. J. (coords.): *Derecho Administrativo: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, t. I, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, t. II, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018.
- VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de Derecho Local*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024.
- VELASCO CABALLERO, F., y Díez Sastre, S.: «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5, 2004, pp. 50-62.

Las dificultades del gravamen a la vivienda desocupada en España*

María José CANO CUELI

FHCN - Tesorera del Consorcio de Transportes de Bizkaia

RESUMEN

El art. 47 de la Constitución Española de 1978 reconoció la función social inherente al uso del suelo y realizó el encargo al legislador de protegerla a través de los instrumentos oportunos que impidieran la utilización del mismo con fines especulativos, con el objetivo de garantizar el logro del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Diversas son las instituciones jurídicas presentes en la normativa española que han tratado de dar cumplimiento al citado artículo, entre las que puede citarse el recargo potestativo en el Impuesto sobre Inmuebles introducido en el año 2002 con el objetivo de movilizar los inmuebles que se encontrasen desocupados incorporándolos al mercado

* Fecha de finalización del trabajo: 27 de marzo de 2024.

Abreviaturas utilizadas: ATC: Auto del Tribunal Constitucional; CCAA: Comunidades Autónomas; CE: Constitución Española; CEAPV: Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco; DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos; EELL: Entidades Locales; IBI: Impuesto sobre Bienes Inmuebles; INE: Instituto Nacional de Estadística; JJGG: Juntas Generales; LBRL: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local; LGT: Ley General Tributaria; LHL: Ley Reguladora de las Haciendas Locales; LO: Ley Orgánica; LOEAPV: Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial; LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; LRICOF: Ley de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos; LRLHL: Ley de reforma de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; NNFF: Normas Forales; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TEAF: Tribunal Económico-Administrativo Foral; TC: Tribunal Constitucional; TSJPV: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco; TRLHL: Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, TTHH: Territorios Históricos.

de alquiler y lograr así el adecuado equilibrio entre la oferta y la demanda a precios competitivos. A pesar de la relevancia del objetivo perseguido, lo cierto es que, como pretende poner de manifiesto el presente trabajo, durante más de 20 años no se ha logrado hallar una definición consensuada y jurídicamente estable del concepto de vivienda desocupada, fruto tanto de la pluralidad de sujetos implicados, como de los diferentes instrumentos que el orden de distribución de competencias realizado por la propia Constitución pone a su disposición.

Palabras clave: Impuesto sobre Bienes Inmuebles; recargo fiscal; Territorios Históricos; gravamen a la vivienda vacía.

The difficulties of taxing unoccupied housing in Spain

ABSTRACT

Article 47 of the Spanish Constitution of 1978 recognized the social function inherent in land use and entrusted the legislature with protecting it through appropriate instruments to prevent its use for speculative purposes, intending to guarantee all Spaniards the right to enjoy adequate and dignified housing. Various legal institutions in Spanish regulations seek to comply with the aforementioned article, including the discretionary surcharge on Property Tax introduced in 2002 to mobilize vacant properties by incorporating them into the rental market and thus achieve a proper balance between supply and demand at competitive prices. Despite the relevance of the pursued objective, as this paper aims to demonstrate, a consensus and legally stable definition of the concept of vacant housing has not been reached for more than 20 years, due to both the plurality of parties involved and the different instruments available under the distribution of competencies established by the Constitution itself.

Keywords: Property Tax; fiscal surcharge; Historic Territories; vacant housing levy.

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE DISFRUTE DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.—2. SUJETOS E INSTRUMENTOS PARA LA CONSECUCIÓN DEL OBJETIVO PERSEGUIDO POR EL ART. 47 CE. ¿UNA VENTAJA O UN INCONVENIENTE?—3. EL GRAVAMEN A LA VIVIENDA DESOCUPADA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA: 3.1. El gravamen a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles: 3.1.1. El recargo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles como instrumento para la consecución de fines extrafiscales. 3.1.2. El recargo en el Impuesto sobre Inmuebles introducido por la Ley 51/2002 de aplicación por los municipios de territorio común. 3.1.3. La singularidad foral como clave para la superación de la inaplicabilidad práctica del recargo en los Territorios Históricos. 3.1.4. Los intentos de superación de la situación de bloqueo en territorio común. 3.2. El gravamen a través de otras figuras y su compatibilidad con el recargo del IBI.—4. EL GRAVAMEN A LA VIVIENDA DESOCUPADA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL DERECHO DE DISFRUTE DE UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

El art. 1 de la Constitución Española de 1978, en adelante CE, determina que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», fundamento que encierra la concepción de un Estado que no se limita en exclusiva a la regulación de las relaciones de sus ciudadanos, sino que, además, debe adoptar una posición activa que permita gestionar los recursos existentes y redistribuirlos entre ellos, procurándoles el nivel de bienestar mínimo que requería el nuevo modelo instaurado por la industrialización, el éxodo rural y el asentamiento en grandes núcleos poblacionales y que los ciudadanos no eran capaces de proveerse por sí mismos de forma individual, esto es, la conocida «procura existencial (*Daseinsvorsorge*)» del administrativista alemán Ernst Forsthoff¹.

La superación de la idea de Estado puramente intervencionista y las nuevas necesidades que imponía el orden industrial derivaron en la aparición de un nuevo modelo de Estado que, además de regular, se convertiría en prestador de servicios en ámbitos novedosos como el urbanismo, la conservación del medio ambiente, la vivienda, o la cultura y el ocio y que, junto a las políticas públicas tradicionales en materia de sanidad, educación obligatoria, cuidado de la vejez o seguridad, contribuyeran a alcanzar el nivel de bienestar que necesitaban y demandaban los ciudadanos.

Con respecto a la vivienda como parte de esa «procura existencial», y en línea con el art. 25 de la DUDH de 1948², nuestro texto constitucional recogió en el art. 47 el derecho de todos los españoles «a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». Para valorar la configuración y significado de este precepto debemos detenernos brevemente en su ubicación en el propio articulado ya que, pese a que el Título I se denomina «De los derechos y deberes fundamentales», el art. 53 CE otorga un nivel de garantía y protección diferente en función de si tales derechos se encuentran ubicados en uno u otro capítulo y/o sección del citado Título. A pesar de que todos los derechos enumerados en el capítulo segundo vinculan la acción de los poderes públicos, conforme al apartado 2 del art. 53, son los Capítulos I (art. 14) y Capítulo II, Sección 1.^a (arts. 15 a 29) los dotados de un mayor nivel de protección, pudiendo incluso los ciudadanos recabar la tutela de los tribunales para hacer efectivos los citados derechos. Sin embargo, los derechos enumerados en el capítulo tercero no tienen la consideración de derecho subjetivo, sino de «principios rectores de la política social y económica», debiendo atender a lo que, en cada caso, establezcan las leyes que los desarrollen para determinar si

¹ Ernst FORSTHOFF, «Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung», en Ernst FORSTHOFF, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959 [1938], pp. 22-34 (pp. 24 y ss.).

² El art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconocen que: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

pueden ser intimados ante los tribunales. Consecuentemente con lo anterior, el art. 47 CE no se concibe como un derecho de corte subjetivo reclamable por los ciudadanos ante la jurisdicción ordinaria, ni susceptible de amparo ante el TC, sino que queda configurado como un derecho de contenido social, un principio rector que deberá ser tenido en cuenta tanto por el legislador en su producción normativa, como por el resto de poderes públicos en sus actuaciones y, de igual modo, por la práctica judicial (SSTC 152/1988, de 20 de julio de 1988, rec. 325/1987; 7/2010, de 27 de abril, y 93/2015, de 14 de mayo).

En el análisis del contenido del art. 47 CE son dos las principales ideas que pueden entreverse. La primera, el deslinde de este derecho del derecho a la propiedad privada reconocido por el art. 33 CE, de modo que el bienestar vital de los ciudadanos en materia de vivienda que pretende procurar el primero no parece provenir de la tenencia de un derecho de propiedad sobre la misma, sino del mero derecho de disfrute. La segunda de las ideas que subyace es que el bienestar parece derivar del derecho de disfrute, no de cualquier vivienda e independientemente de su estado, sino de aquella que resulte *digna y adecuada*. Por ello, la consecución de los objetivos que persigue el legislador pasaría por la toma en consideración y alcance por parte de los poderes públicos a través de sus políticas de otros aspectos desligados de la mera propiedad de la vivienda, tales como el dimensionamiento apropiado de la misma, la salubridad y sus condiciones higiénicas, así como los niveles de urbanización y servicios del entorno en el que se ubica³.

Así parece desprenderse del siguiente inciso del mismo artículo, cuando señala que «los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho». Es decir, se atribuye a los poderes públicos, en general, y al legislador en particular, la responsabilidad de establecer las condiciones y normas que permitan a los ciudadanos alcanzar el nivel de bienestar mínimo que debe procurarles la vivienda y, para ello, el citado artículo pone de manifiesto la necesaria regulación del uso del suelo, atendiendo a su función social y evitando su uso especulativo.

Si bien la atención del legislador al derecho social a la vivienda como tal puede resultar una novedad constitucional, lo cierto es que existen referencias anteriores al texto de 1978 en las que ya se reconocía expresamente la función social atribuida al suelo y la necesidad de, pese al reconocimiento del derecho a la propiedad privada sobre el mismo, regular su uso atendiendo a su escasez, con el objetivo de satisfacer el interés general e impedir la especulación.

Ejemplo de ello podemos encontrarlo en las propias leyes fundamentales dictadas durante la dictadura en las que la propiedad privada quedaba subordinada a los fines sociales y del Estado. Por un lado, la Declaración XII del Fuero del Trabajo de 1938 se-

³ Conforme al Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada de Naciones Unidas, para que una vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes requisitos: seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, adecuación cultural.

ñalaba que «el Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado». Por su parte, los arts. 30 y 31 del Fuero de los Españoles de 1945 señalaban, respectivamente, que «la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado. Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común. El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano».

De manera más específica, el reconocimiento de la función social del derecho de propiedad del suelo y la regulación de su uso con el fin de impedir la especulación había venido tradicionalmente recogida en España en normas de naturaleza urbanística. La propia Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956 ponía ya de manifiesto la necesidad de realizar una planificación urbanística a largo plazo: «Superar los defectos de la actual situación es el propósito de este proyecto de ley, en el que se articula la política del suelo y la ordenación urbana. [...] Por tanto, ha de eliminarse el señuelo de los proyectos a plazo inmediato, que remedian, cuanto más, necesidades de un sector mínimo de la población, y afrontar los que, por responder precisamente a una visión amplia en el tiempo y en el espacio, contribuyen más definitiva y extensamente a la consecución del bienestar. Se impone establecer el régimen adecuado frente a la especulación del suelo y la irregularidad en el proceso de urbanización. [...] El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad». Es por ello por lo que el art. 3.2.a) de la citada ley, al enunciar las funciones relativas a la competencia urbanística en orden al régimen de suelo señalaba, entre otras, la de «procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad».

La idea de regular el uso priorizando su función social con el fin de impedir la especulación y que, como hemos visto, se encontraba ya presente en textos preconstitucionales, se ha mantenido presente en las diferentes normativas sectoriales de urbanismo y vivienda promulgadas después de 1978, tanto en las promulgadas por las CCAA atendiendo a sus competencias exclusivas, como en las provenientes del legislador estatal. La propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo realizó una perfecta descripción de cómo el incumplimiento de la función social del suelo y la especulación impedían cumplir con los objetivos marcados por el art. 47, justificando con ello las medidas a implementar. Señalaba el citado texto que, «son muchas y autorizadas las voces que, desde la sociedad, el sector, las Administraciones y la comunidad académica denuncian la existencia de prácticas de retención y gestión especulativas de suelos que obstruyen el cumplimiento de su función y, en particular, el acceso de los ciudadanos

a la vivienda [...]. El último Título de la Ley contiene diversas medidas de garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria», tales como la venta y sustitución forzosa, los patrimonios públicos de suelo o el derecho de superficie, instrumentos que se mantienen vigentes, de hecho, en el Título VII del actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, denominado *Función social de la propiedad y gestión del suelo*.

2. SUJETOS E INSTRUMENTOS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL OBJETIVO PERSEGUIDO POR EL ART. 47 CE. ¿UNA VENTAJA O UN INCONVENIENTE?

La complejidad que encierra el logro de los fines propuestos por el art. 47 CE no deriva únicamente del propio establecimiento de un objetivo ya de por sí abstracto y con matices importantes sobre lo que ha de entenderse por una *vivienda digna y adecuada*⁴ o del propio hecho de que, a pesar del literal de su redacción, no se conciba como un derecho subjetivo sino como un principio inspirador y rector de la política social y económica. El aterrizaje jurídico del art. 47 se complica, más si cabe, si se tiene en cuenta la indefinición de, por un lado, quiénes han de ser los *poderes públicos* encargados de dar cumplimiento al citado artículo y, por otro, cuáles han de ser las *condiciones necesarias y normas pertinentes* que estos deben promover para su logro efectivo.

Para lograr dar respuesta a la primera de las cuestiones, la determinación de los sujetos encargados de dar cumplimiento al art. 47, debemos detenernos en la propia configuración del Estado que realiza el art. 137 CE. Como es sabido, la Constitución de 1978 instauró un modelo de organización territorial basado en tres niveles, Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, dotados cada uno de ellos de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, por lo que la concreción de estos últimos entronca directamente con el marco de competencias legalmente atribuido a cada nivel organizativo y que, recordemos de forma sintética, se encuentra recogido en el art. 149 CE en el caso del Estado, en el art. 148 CE y sus respectivos Estatutos de Autonomía en el caso de las CCAA, y en los arts. 25 y 36 LBRL para el caso de las EELL.

Pues bien, en el ámbito que nos ocupa, el art. 148.1.3.^a CE reconoce como competencia a asumir por parte de las CCAA la de «Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda», competencia que fue asumida por la totalidad de las CCAA constituidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, el art. 149.1.1.^a, 13.^a y 18.^a CE atribuye asimismo al Estado las competencias para regular, respectivamente, «las

⁴ Conforme al Relator Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada de Naciones Unidas, para que una vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes requisitos: seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, accesibilidad, ubicación, adecuación cultural.

condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y las normas sobre expropiación forzosa». Por ello, a pesar del reiterado reconocimiento por el TC del urbanismo y la vivienda como una competencia exclusiva de las CCAA y de la clarificación de los límites del Estado en la utilización de su marco competencial propio (entre otras SSTC 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio), en la práctica son recurrentes los conflictos entre ambos niveles organizativos derivados del citado reparto competencial.

Además del ámbito de actuación de que disponen el Estado y las CCAA, desde la perspectiva de las EELL, y sin perjuicio de otras competencias propias de estas últimas que puedan incidir en esta cuestión de forma tangencial, el art. 25 LBRL reconoce como competencia propia de los municipios la de *promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera*.

La pluralidad de sujetos con competencias en materia de vivienda, lejos de contribuir a una mayor y mejor consecución de los objetivos marcados por el art. 47 CE ha supuesto en la práctica una gran inestabilidad en las políticas impulsadas por cada uno de los niveles de organización territorial. Ejemplo de ello son los Recursos de Inconstitucionalidad interpuestos por el Estado contra numerosas leyes autonómicas en materia de vivienda (rec. inconstitucionalidad núm. 6036-2013 contra la Ley de CF Navarra, núm. 7357-2013 contra la Ley de la CA de Andalucía, núm. rec. 1824-2015 contra la Ley de la CA de Canarias, núm. 1643-2016 contra la Ley del País Vasco, núm. 5425-2017 contra la Ley de la Comunidad Valenciana) o sin ir más lejos, los recursos de inconstitucionalidad planteados por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso así como por las CCAA de Andalucía, Baleares, Cataluña, Madrid y País Vasco contra la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda promulgada recientemente por el Estado, encontrándose asimismo pendientes los de la Generalitat de Cataluña y la Xunta de Galicia.

Pero la inestabilidad e ineficacia de las medidas en materia de vivienda no deriva exclusivamente de la perspectiva subjetiva ya que, incluso en aquellos casos en los que el ámbito competencial no se encuentra en discusión, desde el punto de vista objetivo, la falta de coordinación de las medidas impulsadas ha venido provocando la existencia de duplicidades administrativas y una elevada conflictividad que impide o, cuando menos, dilata en el tiempo la aplicación efectiva de buena parte de ellas.

Bien sea desde la perspectiva subjetiva de los diferentes poderes públicos encargados de dar cumplimiento al art. 47 CE, bien desde la perspectiva material de la competencia o instrumento empleado para ello, las medidas adoptadas en materia de vivienda tendentes a regular el uso del suelo atendiendo a su función social podrían clasificarse, de forma sintética, en medidas de fomento o medidas coercitivas. Tanto unas como otras persiguen en definitiva incrementar la oferta de vivienda para garantizar el correcto equilibrio entre esta y la demanda existente, de forma que el acceso a la vivienda se realice en

condiciones de mercado asequibles para los ciudadanos. Entre las medidas de fomento podríamos citar los programas que tratan de incentivar la cesión temporal del uso de la vivienda vacía a la administración para su incorporación a programas públicos de alquiler y que tratan de garantizar al propietario la obtención de una renta pero evitando los riesgos inherentes al mercado privado, o la promoción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o las ayudas a la rehabilitación de viviendas con el objetivo de incorporarlas al mercado de alquiler. Entre las medidas coercitivas que pretenden disuadir al propietario de la tenencia de una vivienda desocupada, podríamos situar el alquiler forzoso, la expropiación temporal del uso de la vivienda, la cesión obligatoria a programas de alquiler social o el establecimiento de cargas o gravámenes de carácter económico.

Medidas, sin duda, ambiciosas que chocan en la práctica con una realidad que parece tener difícil solución, el establecimiento de un concepto técnico de la vivienda desocupada homogéneo y jurídicamente estable. Por este motivo las medidas de gravamen concebidas resultan en la práctica de difícil aplicación estando sometidas a una elevada conflictividad y, en aquellas escasas ocasiones en la que esta no ha existido o se ha superado de forma favorable para la administración, cabría cuestionarse si han logrado el objetivo perseguido de movilizar la vivienda desocupada e incorporarla al mercado de alquiler.

3. EL GRAVAMEN A LA VIVIENDA DESOCUPADA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA

3.1. El gravamen a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles

3.1.1. El recargo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles como instrumento para la consecución de fines extrafiscales

Sin perjuicio de que son las Leyes de Presupuestos los instrumentos fundamentales de dirección y orientación de la política económica general propia del poder ejecutivo, los tributos, sin perder de vista la finalidad primordial de obtención de los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos a que se refiere el art. 31 CE, han venido tradicionalmente siendo utilizados como mecanismo para la satisfacción de necesidades extrafiscales. El art. 4 de la LGT de 1963 ya señalaba al respecto que «los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumento de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional». De una manera más amplia y sin referirse exclusivamente al objetivo redistributivo, el art. 2.1 de la hoy vigente LGT de 2003 establece al conceptuar a los tributos que «además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución».

No puede decirse que exista una lista taxativa y cerrada de principios y fines contenidos en la Constitución a cuyo logro pueda contribuir el establecimiento de un tributo, aunque sí podría considerarse de manera lógica que resultaría esencial el de aquellos enumerados en el Capítulo III del Título I, por cuanto el legislador constitucional les atribuyó la naturaleza *de principios rectores de la política social y económica*. La propia STC 27/1981, de 20 de julio, señaló al respecto que «sin embargo, como quiera que el tributo tiene, además, otros fines, previstos en el art. 4 de la Ley General Tributaria, como instrumento de la política económica general, que adquieren un rango constitucional en el art. 40.1 de la Constitución en cuanto obliga a los poderes públicos a promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta más equitativa». Nótese que en el momento de dictarse la citada sentencia se encontraba vigente la redacción que de los *otros fines del tributo* realizaba la LGT de 1963 y, por tanto, de ahí la referencia en la mencionada sentencia estrictamente al objetivo redistributivo de la renta y no a la interpretación más extensa de *atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución* a la que alude la hoy vigente LGT de 2003.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, tanto en los antecedentes legislativos de la Constitución, como en los años inmediatamente posteriores, la preocupación del legislador por salvaguardar el derecho de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada se plasmaba fundamentalmente en la legislación sectorial en materia de ordenación del régimen de suelo y urbanismo, como una consecuencia directa de la obligatoriedad de regular los usos del suelo atendiendo a su función social establecida por el legislador. Las primeras referencias al ejercicio de la potestad tributaria para la consecución de un fin extrafiscal en relación con el derecho a la vivienda que preconiza el art. 47 CE podemos encontrarlas en el propio preámbulo de la LRLHL de 2002 que, al respecto de las novedades que se proponía introducir en el IBI, señalaba que «destaca, asimismo, la posibilidad de aplicar un recargo a los inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados para facilitar el acceso de todos los ciudadanos al disfrute de una vivienda digna y adecuada».

Se deduce, por tanto, que más allá del lógico incremento que experimentarían los recursos de las haciendas locales como consecuencia de la exacción del citado recargo, el fundamento jurídico del mismo residía no en dar cumplimiento al deber general de contribuir con el fin de obtener recursos para atender el gasto público que establece el art. 31 CE, sino en el art. 47 CE. El recargo de naturaleza tributaria se concebía, por tanto, como un instrumento con el que lograr la realización de los fines y principios contenidos en la Constitución, de acuerdo con el art. 2.1 LGT, imponiendo un gravamen mayor a aquellos que con su conducta incumplen con los deberes inherentes al derecho de propiedad del suelo, dificultan el cumplimiento de la función social que este tiene atribuida y favorecen la especulación.

3.1.2. *El recargo en el Impuesto sobre Inmuebles introducido por la Ley 51/2002 de aplicación por los municipios de territorio común*

La redacción que el art. 17 de la LRLHL de 2002 introdujo en el art. 73.4 de la LHL de 1988 con relación al recargo en la cuota tributaria del impuesto señalaba:

«Tratándose de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente, los ayuntamientos podrán exigir un recargo de hasta el 50 por 100 de la cuota líquida del impuesto. Dicho recargo, que se exigirá a los sujetos pasivos de este tributo y al que resultará aplicable, en lo no previsto en este párrafo, las disposiciones reguladoras del mismo, se devengará el 31 de diciembre y se liquidará anualmente por los ayuntamientos, una vez constatada la desocupación del inmueble, juntamente con el acto administrativo por el que esta se declare».

Las características del recargo introducido en el año 2002 eran esencialmente su naturaleza tributaria, su exacción de carácter potestativa para los ayuntamientos y su gradualidad entre el 0 y el 50 por 100 de la cuota, cuestiones todas ellas que no presentan excesiva relevancia jurídica para el presente trabajo. La cuestión nuclear radicaba, sin embargo, en dos elementos estrechamente vinculados entre sí: por un lado, la obligatoriedad de instruir un procedimiento que concluyera con un acto administrativo que declarase la desocupación del inmueble y, por otro, la determinación de las condiciones que debía reunir el inmueble para tener la consideración de *desocupado con carácter permanente*. Es decir, que más allá de su realidad física, sólo aquellos inmuebles que cumplieran con las citadas condiciones establecidas y fueran declarados como tales podrían ser objeto de aplicación del recargo.

No obstante, la LRLHL no realizó la concreción de tales condiciones, sino que instaba a su establecimiento posterior a través de una norma de rango reglamentario, condicionando a este hecho la aplicabilidad práctica del recargo por parte de los ayuntamientos. La regulación reglamentaria del concepto de inmueble desocupado con carácter permanente por parte del Estado no resultaba sencilla a la vista de que las competencias en materia de vivienda habían sido asumidas por la totalidad de las CCAA en sus Estatutos de Autonomía, por lo que se demoró *sine die* ante la posible tacha de inconstitucionalidad por invasión de las competencias autonómicas. Ante la situación de bloqueo que provocaba la ausencia de disposición reglamentaria por parte del Estado y que imposibilitaba en la práctica la exacción del recargo, numerosos ayuntamientos trataron de suplir este vacío normativo a través de una interpretación un tanto excesiva de lo que podría entenderse por *las condiciones que se determinen reglamentariamente* y, amparándose en la naturaleza reglamentaria propia de las ordenanzas fiscales, trataron de establecer a través de estos instrumentos las condiciones que debían darse en sus respectivos municipios. La posibilidad de autorregulación vía ordenanza fiscal fue unánimemente rechazada por los Tribunales⁵ abocando a los

⁵ «Por lo expuesto, se aceptan los razonamientos de la parte recurrente sobre la ilegalidad de la exigencia del recargo en tanto no se desarrollen las condiciones para aplicarlo por el ayuntamiento. [...] Y ello es así

ayuntamientos a la imposibilidad práctica de exacción del recargo y poniendo nuevamente en cuestión la eficacia de la reforma introducidas por la LRLHL.

3.1.3. La singularidad foral como clave para la superación de la inaplicabilidad práctica del recargo en los Territorios Históricos

En el año 2012 se produjo un hecho relevante que resultaría clave para la superación, aunque exclusivamente en los territorios forales, de la situación de bloqueo que venían sufriendo los ayuntamientos ante la falta de desarrollo reglamentario. En el citado año las JJGG de Gipuzkoa aprobaron la Norma Foral 4/2012, de 4 de julio, cuyo art. 1 modificó el art. 14 de la Norma Foral 12/1989 reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en el citado territorio, introduciendo novedades en relación a la regulación del recargo. Tres son las novedades más importantes en relación con esta cuestión. En primer lugar, se elevó en el TH de Gipuzkoa el porcentaje máximo del recargo hasta el 150 por 100 de la cuota tributaria; en segundo lugar, se modificó el supuesto habilitante que motivaba la exigibilidad del recargo pasando este de ser «un inmueble residencial que se encuentre desocupado con carácter permanente» a «un inmueble residencial que no constituya la residencia habitual del sujeto pasivo»; en tercer lugar, la nueva redacción eliminaba la necesidad de determinar las condiciones que caracterizaban a un inmueble desocupado vía reglamentaria, optando en cambio por establecer un sistema de presunciones vinculadas al empadronamiento en la vivienda. Señalaba a este respecto la nueva norma que «se presumirá que un inmueble de uso residencial es residencia habitual cuando a fecha de devengo del impuesto, en el padrón del municipio donde radique la vivienda conste que constituye la residencia habitual de su o sus ocupantes».

De la nueva redacción operada en el año 2012 por las JJGG de Gipuzkoa podemos destacar, por un lado, que la vinculación del supuesto habilitante para la exigencia del recargo con el empadronamiento resultaba, al menos, coherente con el criterio que venía siendo utilizado por aquel entonces por el INE⁶ para la contabilización de la vivienda

por la remisión específica de la ley que lo crea a una norma reglamentaria para establecer las condiciones y que debe entenderse atribuida lógicamente al Gobierno en cuanto disposición necesaria para el desarrollo y ejecución de la ley que lo establece» (STSJ Cataluña de 19 de noviembre de 2004, rec. 237/2004; STSJ Andalucía de 14 de enero de 2010, rec. 134/2008; STSJ Madrid de 17 de junio de 2010, rec. 4879/2010; STSJ Asturias de 28 de noviembre de 2014, rec. 71/2014, y STSJ Asturias de 16 de febrero de 2015, rec. 94/2014, entre otras).

⁶ La contabilización de la vivienda vacía ha experimentado un cambio metodológico en el Censo de Población y Vivienda del año 2021 respecto a los Censos precedentes. Mientras que en el Censo del año 2011 la contabilización de la vivienda vacía se realizaba en base a los datos del Padrón de Habitantes del municipio respectivo, en el Censo 2021 el INE ha optado por considerar como vivienda vacía aquella que no dispone de contrato de suministro eléctrico o cuyo consumo total, registrado en el año precedente, ha sido menor al de una vivienda media de ese mismo municipio tendría si se ocupara durante quince días en todo el año. Se determinan 11 umbrales generales (de 751 hasta 10.000 kw/h) y dos categorías específicas de viviendas, de uso esporádico, para aquellas cuyo consumo oscile entre los 250 y los 750 kw/h. Toda vivienda con consumo inferior a los 250 kw/h se considera vacía a los efectos del citado Censo.

vacía a los efectos de la elaboración decenal de los Censos de Población y Vivienda, que venía empleando para ello los datos del padrón municipal y otros registros administrativos. Además de lo anterior, también resultaba en apariencia coherente la modificación de la fecha de devengo del recargo del 31 de diciembre de cada año al 1 de enero, fecha de devengo de la cuota, y la coincidencia de ambas con el momento de verificación del supuesto habilitante para la exigencia del recargo. Sin embargo, más dudas presentaba, como así ha puesto de manifiesto la práctica, el segundo inciso del artículo que señalaba que, «no obstante lo anterior, los ayuntamientos podrán establecer en sus Ordenanzas Fiscales supuestos a los que no resulte de aplicación el recargo previsto en el presente apartado». Es decir, la Norma Foral dejaba a la autonomía local la posibilidad de regular vía ordenanza fiscal un número indeterminado de supuestos en los que, a pesar de producirse el presupuesto habilitante, se excepcionarían de la aplicación del recargo.

La iniciativa de las JJGG de Gipuzkoa soportó una elevada inseguridad jurídica inicial debido tanto a que la regulación se realizaba por primera vez al margen del Estado, como a la debilidad jurídica que presentaba el nuevo método para la determinación de la desocupación basado en un sistema de presunciones tributarias⁷. Sin embargo, lo cierto es que la reforma permitió, por primera vez desde el año 2003, a numerosos municipios de este territorio la introducción del recargo en sus OOFF y su exacción, aunque no exenta de una elevada conflictividad tanto en sede administrativa como judicial. Uno de los primeros ejemplos de dicha conflictividad, pero que resultó clave para la validación jurídica de la reforma, lo encontramos en los recursos contencioso-administrativos que se interpusieron contra las resoluciones de la Sala de Tributos Locales del TEAF de Gipuzkoa que desestimaban las reclamaciones contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Hondarribia por el que se implantaba el recargo en el municipio, al amparo de las previsiones de la recientemente aprobada NF 4/2012.

El respaldo jurisdiccional a la reforma planteada por las JJGG de Gipuzkoa lo encontramos tanto en la STSJ PV 527/2014, de 26 de noviembre, rec. 650/2013, como en el ATC 109/2017, de 18 de julio, abriendo la puerta a que la misma se hiciera extensiva también a los TTHH de Araba y Bizkaia. De hecho, por medio de la Norma Foral 12/2016, de 26 de octubre, de modificación del art. 15 de la Norma Foral 42/1989 y de la Norma Foral 4/2016, de 18 de mayo, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, los TTHH de Araba y Bizkaia introdujeron idéntica redacción a la que había otorgado el TH de Gipuzkoa en 2012, a excepción del porcentaje máximo de recargo que se siguió manteniendo en el 50 por 100.

Para comprender los fundamentos empleados para respaldar jurídicamente el proceder de los Territorios Históricos, conviene detenerse brevemente en las singularidades que les son propias y que, amparándose en la DA 1.^a CE, se encuentran recogidas en el

⁷ De igual forma que la LGT, las NFGT de los TTHH determinan que «las presunciones establecidas por las normas tributarias pueden destruirse mediante prueba en contrario, excepto en los casos en que expresamente se prohíba por Norma Foral» y, en el presente caso, la NF 4/2012 del THG no prohibía expresamente la prueba en contra de la presunción relativa al empadronamiento a fecha de devengo.

Estatuto de Autonomía del País Vasco, en adelante LOEAPV, en el Concierto Económico, en adelante CEAPV, y en la Ley que regula las relaciones entre las Instituciones Comunes y los Órganos Forales de la CAPV, en adelante LRICOF.

En primer lugar, la organización territorial del Estado planteada por el legislador constitucional y la posterior configuración de la hacienda de cada uno de los niveles, Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, tuvo un elemento diferencial en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco (también en la Comunidad Foral de Navarra) con respecto al resto de CCAA puesto que, en este caso, el proceso tenía como objetivo adicional la recuperación de la autonomía hacendística de que históricamente habían venido gozando los territorios forales de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia derivada de su particular régimen organizativo y de relación con la Corona de Castilla y que había sufrido una tendencia abolicionista iniciada durante el siglo XIX. Fruto de lo anterior, la DA 1.^a CE señaló que esta «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», reconociendo con ello a los denominados Territorios Históricos unos derechos preexistentes al texto constitucional y no otorgados en virtud de este.

La consecuencia inmediata del reconocimiento de la preexistencia de los citados derechos forales la encontramos, por un lado, en el art. 3 LOEAPV que reconocía a los TTHH preexistentes de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia el derecho de estos «a conservar o, en su caso, restablecer y actualizar su organización e instituciones privativas de autogobierno» y, por otro en materia de hacienda, en el art. 41 de la misma que contemplaba la facultad de estos de «mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la comunidad autónoma». Por todo lo anterior, una vez constituida la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la que finalmente se integraron los TTHH de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia, se hacía preciso regular las relaciones entre los órganos de cada uno de estos territorios y los de la propia comunidad autónoma recién creada, tarea realizada por la LRICOF de 1983.

Por la especial trascendencia que tiene en el presente apartado, resulta necesario analizar, en segundo lugar, la organización que la LRICOF realiza del ejercicio de la potestad normativa en el ámbito de la CAPV. Por un lado, tanto su Exposición de Motivos como el art. 6.2 ponen de relieve la supremacía del Parlamento como «la única Institución en el seno de la comunidad autónoma con capacidad de aprobación de normas con rango de ley formal», aunque debiendo circunscribirse exclusivamente a aquellas materias que, correspondiendo a la comunidad autónoma según el EAPV, no se reconozcan o atribuyan a los Órganos Forales de los Territorios Históricos. Por ello, teniendo en cuenta que el art. 7.6 atribuye, entre otras, como competencia exclusiva de los órganos forales de los TTHH, «las establecidas en el art. 41 del Estatuto de Autonomía y, en general, todas las que tengan atribuidas por la Ley del Concierto Económico y por otras normas y disposiciones de carácter tributario», corresponderá a estos el establecimiento y regulación del sistema tributario de cada territorio a través, eso sí, de un instrumento

normativo que ni reviste la forma de ley, ni presenta siquiera dicho rango. En concreto, según dispone el art. 8, la potestad normativa sobre aquellas materias de competencia exclusiva de los TTHH, entre las que se encuentra la potestad tributaria dentro de ellos, se ejerce a través de NNFF emanadas de sus respectivas JJGG.

Siendo el Parlamento la única institución de la comunidad autónoma con capacidad para dictar normas con rango de ley formal, las NNFF emanadas de las JJGG no revisten dicha naturaleza ni rango. En este sentido se pronuncia el TC en su reiterada jurisprudencia al respecto (aunque referida expresamente en la mayor parte de las ocasiones a NNFF fiscales): «Se trata de disposiciones que ni tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la Ley estatal (SSTC 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2.º, y 295/2006, de 11 de octubre, FJ 3.º), en la medida que gozan de una singularidad que dimana del régimen foral constitucional y estatutariamente garantizado, no sólo frente a las Instituciones comunes del País Vasco sino también frente “a los poderes centrales del Estado” (STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 6.º), ni tienen la de disposiciones autónomas, al no surgir desvinculadas de toda ley, dado que tienen como función constitucional la de configurar, de forma armonizada, un régimen tributario foral que sustituye y replica, en cada uno de esos territorios, la estructura del sistema tributario del Estado (STC 208/2012, de 14 de noviembre, FJ 5.º), tanto en su contenido ordinario [art. 41.2.a) EAPV] como en el extraordinario y coyuntural [art. 41.2.c) EAPV]».

Las NNFF se configuran, por tanto, como disposiciones administrativas de naturaleza reglamentaria, aunque caracterizadas por dos elementos sustanciales que las distinguen, al igual que en el caso de las ordenanzas fiscales, del resto de reglamentos ejecutivos: por un lado, el hecho de que su procedimiento de elaboración y aprobación presenta ciertas similitudes con el previsto para las leyes y, por otro, que al igual que estas proceden de un órgano de representación de la soberanía popular, de las JJGG.

Sentado lo anterior, la superación del conflicto en relación con la reforma operada por las JJGG de Gipuzkoa en el recargo del Impuesto obedece, por tanto, a varios factores: en primer lugar, a su capacidad de autogobierno reconocida por el art. 3 LOEAPV y amparada por la DA 1.ª CE; en segundo lugar, a las competencias que les son propias en virtud del art. 7 LRICOF; en tercer lugar, a la recuperación de la autonomía hacendística previa a la Constitución de 1978 y que derivó en el reconocimiento a estos territorios de una potestad tributaria originaria similar a la del Estado de conformidad con los arts. 41 LOEAPV y 1.1 CECAPV; en cuarto lugar, a que el ejercicio de dicha potestad tributaria debía ser realizada por medio de NNFF emanadas de sus JJGG en virtud del art. 8 LRICOF y, finalmente, debido a que, de conformidad con el art. 39 CECAPV, el «Impuesto sobre Bienes Inmuebles se regulará por las normas que dicten las instituciones competentes de los Territorios Históricos y gravará los bienes de naturaleza rústica y urbana sitos en su respectivo Territorio Histórico».

No obstante, teniendo en cuenta que la configuración del sistema tributario de los TTFF debía y debe respetar las bases, principios y directrices que se contienen en el art. 2 de la ley por la que se aprueba el CECAPV (respeto de la solidaridad en los

términos prevenidos en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, atención a la estructura general impositiva del Estado, coordinación, armonización fiscal y colaboración tanto con el Estado, como entre las instituciones de los TTHH, así como el sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales), son escasas las diferencias que en la práctica suelen encontrarse entre la regulación que del sistema tributario realiza el legislador estatal y la que emana de las JJGG de cada TTHH. De hecho, en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la configuración inicial que del mismo realizó la LHL de 1988 es replicada de forma literal por las NNFF aprobadas por los TTHH de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba en el año 1989⁸, no previendo recargo alguno para los inmuebles desocupados. De igual forma, una vez que el legislador estatal introdujo el recargo por medio de la LRLHL 2002, las JJGG de cada territorio modificaron su normativa para acoger la reforma planteada por el legislador estatal sin tampoco introducir modificaciones respecto a esta⁹. El proceder de las JJGG de Gipuzkoa del año 2012 resultaba por tanto novedoso en comparación con el seguido previamente en relación a este impuesto aunque, como hemos señalado, finalmente fue respaldado tanto por el TSJPV, como por el TC en el auto por medio del cual inadmitió a trámite la cuestión prejudicial de validez sobre las NNFF fiscales.

Resulta de interés la citada jurisprudencia, no sólo por la delimitación de la singularidad foral expuesta en el presente apartado que permite a los TTHH la regulación del recargo de manera distinta a la que realiza el legislador estatal, sino también por los argumentos empleados para rechazar la posible vulneración del recargo en sí de los principios de reserva de ley¹⁰, capacidad económica¹¹ e igualdad en materia tributaria¹², y que son extensibles al recargo previsto por el TRLHL.

⁸ NF 9/1989, de 30 de junio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del TH de Bizkaia; NF 12/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del TH de Gipuzkoa, y NF 42/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del TH de Araba.

⁹ Las NNFF 7/2003, de 26 de marzo; 4/2003, de 19 de marzo, y 12/2003, de 31 de marzo, reformaron, respectivamente, los arts. 18, 14 y 14 de las NNFF reguladoras del Impuesto sobre Bienes Inmuebles en los territorios forales de Bizkaia, Gipuzkoa y Araba.

¹⁰ «El respeto a los principios de reserva de ley y seguridad jurídica no exige a cada norma tributaria detallar exhaustivamente todos los conceptos que utiliza, cuando es posible interpretarlos a la luz de otras disposiciones normativas o bien siguiendo su sentido “técnico o usual”. El concepto de “residencia habitual” se utiliza con frecuencia en la regulación de los diversos tributos, tanto en el territorio común como en el foral (a título de ejemplo, en el art. 3 de la NF 2/2014, de 17 de enero, IRPF), así como en las normas delimitadoras de competencias, como es el caso, del Concierto Económico (art. 43)». STSJPV 527/2014, de 26 de noviembre de 2014, rec. 650/2013 (FFJJ IV y V).

¹¹ «No puede desvincularse el hecho gravado por el recargo, o sea, la ocupación no habitual o permanente de la vivienda por parte de su propietario de su mayor capacidad de contribución al sostenimiento de los gastos públicos que manifiesta esa situación, ya que si el sujeto pasivo no reside habitualmente en la vivienda así gravada es porque tiene a su disposición otro inmueble como propietario o en virtud de otro título». STSJPV 527/2014, de 26 de noviembre de 2014, rec. 650/2013 (FFJJ IV y V).

¹² «No es comparable objetivamente la situación de los sujetos pasivos que ocupan de forma habitual sus viviendas, directamente o por medio de otros, con la de quienes no ocupan esas viviendas o lo hacen sólo de forma temporal, ya que lo que justifica la mayor tributación en el IBI tanto se atiende a la capacidad de pago como a la función social de la propiedad es el destino del inmueble gravado por ese tributo, si a vivienda habitual de

3.1.4. *Los intentos de superación de la situación de bloqueo en territorio común*

Mientras los Territorios Forales habían conseguido gracias a su singularidad superar la situación de bloqueo en la aplicación del recargo, aunque no exenta de conflictividad debido al sistema de presunciones tributarias empleado, el Estado trataba de dar cumplimiento al mandato consagrado por el art. 47 CE a través de su marco competencial, de modo que en el año 2018, fue promulgado el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. El citado real decreto-ley, partiendo del mandato constitucional del art. 47 y de la DUDH que, como señalábamos, sitúa a la vivienda como derecho fundamental de las personas al mismo nivel que el alimento, el agua, el saneamiento, el vestido o la asistencia médica, planteaba un conjunto de medidas de carácter urgente con el objetivo de «reforzar la cooperación con las Administraciones territoriales y mejorar el marco normativo para aumentar la oferta de vivienda en alquiler, equilibrando la posición jurídica del propietario y el inquilino en la relación arrendaticia, estableciendo los necesarios estímulos económicos y fiscales, y teniendo la meta de garantizar el ejercicio del derecho constitucional a la vivienda». Entre las citadas medidas pueden citarse, entre otras, la exclusión del ámbito de aplicación de la LAU de la cesión temporal del uso de las viviendas turísticas, modificaciones en el régimen de propiedad horizontal con objeto de impulsar la realización de obras de mejora de la accesibilidad o de modificar el régimen de mayoría necesario para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad de viviendas de uso turístico, la modificación del procedimiento de desahucio de vivienda cuando afecte a hogares vulnerables o la modificación del recargo previsto en el IBI para los inmuebles de uso residencial desocupados con carácter permanente, mediante su remisión a la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal.

La modificación del art. 72.4 TRLH pretendía superar la necesaria remisión a un reglamento del Estado prevista por la LRLHL de 2002 para el establecimiento de las condiciones precisas para que los inmuebles pudieran ser considerados *desocupados con carácter permanente* y que había supuesto la inaplicabilidad práctica del recargo desde su promulgación. De este modo, el art. 72.4 TRLHL quedaba redactado del siguiente modo: «A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado de acuerdo con lo que se establezca en la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley, y conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal. En todo caso, la declaración municipal como inmueble desocupado con carácter permanente exigirá la previa audiencia del sujeto pasivo y la acreditación por el ayuntamiento de los indicios de desocupación, a regular en dicha ordenanza, dentro de los cuales podrán figurar los relativos a los datos del padrón municipal, así como los consumos de servicios de suministro».

su propietario, arrendatario o cesionario del uso o si para usos sólo temporales o de viviendas vacías». STSJPV 527/2014, de 26 de noviembre de 2014, rec. 650/2013 (FFJJ IV y V).

Sin embargo, el intento de modificación no superó el primero de los escollos, el trámite de convalidación parlamentaria, de modo que fue derogado por Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados. Tras las negociaciones oportunas, el ejecutivo aprobó, apenas un mes después, prácticamente el mismo conjunto de medidas por medio del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo que, esta vez sí, fue convalidado por el Congreso entrando en vigor el 6 de marzo del citado mes. En lo que respecta al recargo por vivienda desocupada que nos ocupa, con idéntica redacción a la dada por el Real Decreto-ley 21/2018.

A pesar de ello, la nueva regulación resultaba un espejismo para buena parte de los ayuntamientos españoles puesto que, si bien se superaba la necesaria remisión reglamentaria de la regulación anterior, la modificación implicaba que para la aplicación del recargo los ayuntamientos debían acudir, no ya una norma de rango reglamentario, sino a lo que estableciera la normativa sectorial en materia de vivienda, estatal o autonómica, pero con rango de ley. De este modo, sólo aquellos municipios que dispusieran de una ley sectorial autonómica en materia de vivienda, que estableciera las condiciones para considerar desocupado un inmueble, tenían abierta la aplicación efectiva del recargo previsto en el art. 72.4 TRLHL. En aquel momento, 10 de las 17 CCAA disponían de leyes sectoriales en materia de vivienda que conceptuaban a la vivienda desocupada¹³, sin embargo, con criterios generalmente no coincidentes entre sí y, con amplios listados de excepciones o de *causas justificadas para la desocupación*¹⁴, lo que nuevamente evidenciaba la señalada falta de coordinación de las políticas puestas en marcha para atajar el problema de la vivienda desocupada en España.

El intento del legislador estatal de paliar esta falta de uniformidad o la ausencia de regulación de algunas CCAA se pone de relieve cuatro años después con la promulgación de la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, cuya DF 3.^a otorga una nueva redacción al art. 72.4 TRLHL.

Resultan curiosas varias cuestiones al respecto de esta reciente reforma en general y, en particular, a la modificación de la regulación del recargo. En primer lugar, pese a que la vivienda es una competencia exclusiva de las CCAA, a diferencia de la redacción tanto del fallido Real Decreto-ley 21/2018 como del Real Decreto-ley 7/2019 según la cual el concepto de inmueble desocupado con carácter permanente podía

¹³ Canarias: Ley 2/2003, de 30 de enero (art. 34); La Rioja: Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda (DA 2.^a); Cataluña: Ley 18/2007, de 28 de diciembre (art. 3); Andalucía: Ley 1/2010, de 8 de marzo (art. 25); Navarra: Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo (art. 8); Aragón: Ley 10/2016, de 1 de diciembre (art. 26); C. Valenciana: Ley 2/2017, de 3 de febrero (art. 14); Illes Balears: Ley 5/2018, de 19 de junio (art. 4); Extremadura: Ley 11/2019, de 11 de abril (art. 4); Euskadi: Ley 3/2015, de 18 de junio (art. 56), sin embargo, el TRLHL no resulta de aplicación en los Territorios Forales.

¹⁴ Inmuebles destinados al uso turístico o al arrendamiento por temporadas, inmuebles destinadas al esparcimiento o recreo de sus titulares, inmuebles que no reúnen las condiciones mínimas de habitabilidad, inmuebles pendientes de partición de herencia, en litigio, ocupados o con cargas que impidan la ocupación, inmuebles desocupados por razones de traslado laboral, enfermedad o situación de dependencia, inmuebles que se encuentren en oferta de venta o de alquiler a precios de mercado, entre otras.

realizarse «de acuerdo con lo que se establezca en la correspondiente normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal, con rango de ley», en la redacción dada por la Ley 12/2023 desaparece la posibilidad de remisión a la normativa autonómica realizándose esta tarea por el legislador estatal directamente en la Ley 12/2023: «A estos efectos tendrá la consideración de inmueble desocupado con carácter permanente aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial».

En segundo lugar, el Título competencial empleado por el legislador para el dictado de la citada DF 3.^a no se encuentra residenciado en el arts. 149.1.1.^a, 13.^a o 18.^a, sino en el art. 149.1.14.^a que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de hacienda general, pudiendo parecer, por el resultado de la redacción y su comparación con la que había realizado en el año 2018 y en el año 2019, que se sustraen con ellos competencias exclusivas de las comunidades autónomas.

En tercer lugar, también resulta curioso que, a pesar de que 10 de las 17 CCAA disponían de legislación propia en materia de vivienda que conceptuaba a la vivienda desocupada de modo diferente a la reforma operada por el legislador estatal por medio de la Ley 12/2023, ninguno de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la citada ley por la posible vulneración del orden de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA se haya dirigido contra la DF 3.^a de la misma¹⁵.

Entendemos por tanto que, no habiendo sido cuestionada la constitucionalidad del precepto, este se mantendría aunque los recursos de inconstitucionalidad interpuestos prosperasen por lo que, coherentemente, las CCAA deberían modificar su legislación sectorial propia y adaptar el concepto de vivienda desocupada al previsto por la Ley 12/2023 (excepción hecha de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la que el TRLHL no resulta de aplicación, aunque el concepto de su Ley de Vivienda es prácticamente coincidente con el propuesto por el legislador estatal).

La cuestión no resulta baladí si analizamos en detalle la conceptualización realizada por el legislador estatal que prevé el cumplimiento simultáneo de dos condiciones para declarar un inmueble desocupado con carácter permanente. La primera hace referencia al plazo durante el cual debe observarse la desocupación. Señala la ley «de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años»; la segunda, por su parte, a una cualidad del titular del inmueble cuya desocupación se pretende declarar ya que este debe pertenecer a un titular: «De cuatro o más inmuebles de uso residencial».

¹⁵ *Vid.* recursos de inconstitucionalidad núms. 5514-2023, 5516-2023, 5518-2023, 5580-2023, 5491-2023 y 1301-2024, promovidos, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, por el Consejo de Gobierno de la CA Illes Balears, por el Consejo de Gobierno de la CA de Madrid, por el Parlamento de Cataluña, por el Consejo de Gobierno de la CA de Andalucía y por el Gobierno Vasco; pendientes de admisión los recursos de Generalitat de Cataluña y de la Xunta de Galicia.

Desde un punto de vista práctico, la verificación del cumplimiento de la primera condición exigiría, por un lado, el desarrollo por los ayuntamientos de un conjunto de actuaciones inspectoras continuadas durante al menos dos años al objeto de verificar que durante el plazo señalado el inmueble se ha encontrado desocupado y no ha mediado causa justificativa alguna y, por otro, la instrucción y ordenación de un procedimiento administrativo con audiencia al interesado que finalmente concluya con la declaración administrativa de la desocupación. Este hecho, *a priori*, parece ya resultar una carga excesiva e imposible de asumir para la mayor parte de los ayuntamientos españoles, no sólo por el procedimiento de declaración en sí, sino por la necesidad de contar con los medios humanos y técnicos necesarios para el desarrollo de las actuaciones inspectoras que deben preceder a dicha declaración.

La cuestión se complica, más si cabe, si tenemos en cuenta la segunda condición a verificar, su pertenencia a un titular que posea «cuatro o más inmuebles de uso residencial». El legislador no especifica si esta segunda condición debe observarse dentro del mismo término municipal o no, lo cual abre la puerta a la reflexión de si dicha interpretación puede ser realizada por los ayuntamientos en ejercicio del Principio de Autonomía Local o si, por el contrario, la interpretación supondría un exceso del Principio de Reserva de Ley en materia tributaria. Nótese que en el párrafo siguiente del citado precepto, a la hora de modular el porcentaje de recargo incrementado aplicable a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial desocupados, el legislador sí ha explicitado claramente que estos deben encontrarse desocupados en el mismo término municipal, luego no parece sencillo concluir que la ausencia de indicación al respecto pueda deberse a un despiste del legislador o que se trate de una cuestión interpretable. Sin embargo, esta conclusión abocaría a un escollo de difícil superación puesto que en la práctica resultaría hartamente complicado para los ayuntamientos, por no decir imposible, verificar la titularidad de inmuebles en cualquier otro municipio del Estado.

Así las cosas y, aún a riesgo de que la interpretación pueda ser considerada como un exceso de Autonomía Local, parece lógico pensar que la segunda condición debe verificarse en base a las titularidades de los inmuebles dentro del mismo municipio, lo que parece orientar las actuaciones inspectoras y el procedimiento de declaración exclusivamente hacia los titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial y, en la práctica, imponer el recargo del IBI únicamente a los denominados *grandes tenedores*. Uniéndolo con lo anterior, parece evidente concluir que para buena parte de los municipios españoles sería prácticamente inviable la puesta en marcha de la maquinaria administrativa necesaria para verificar el cumplimiento de las dos condiciones establecidas por la DF 3.^a de la Ley 21/2023, máxime si tenemos en cuenta que los inmuebles susceptibles de cumplir ambas condiciones representarán, en la mayor parte de los casos, un escaso porcentaje del padrón.

3.2. El gravamen a través de otras figuras y su compatibilidad con el recargo del IBI

Como hemos tratado de poner de manifiesto en el presente trabajo, el logro de los objetivos marcados por el art. 47 CE ha tratado de ser alcanzado desde los diferentes niveles de organización territorial y, a través de mecanismos diferentes, dando lugar a una elevada descoordinación que en la práctica ha puesto en serias dudas la eficacia de las medidas implementadas.

En lo que respecta al intento de establecimiento de medidas de gravamen económico a la vivienda desocupada, el análisis doctrinal se ha centrado mayoritariamente en las consecuencias derivadas de la regulación, por no decir ausencia, por el legislador estatal del recargo por vivienda desocupada del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Sin embargo, podrían exponerse también las dudas suscitadas respecto a la compatibilidad jurídica de esta figura con otros gravámenes de contenido económico, como, por ejemplo, el Impuesto sobre las viviendas vacías de Cataluña aprobado por la Ley 14 /2015, de 21 de julio, o el canon por vivienda deshabitada contemplado en la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda de Euskadi.

Recordemos cómo, si bien el art. 6.1 LOFCA reconoce que la potestad de las CCAA para establecer y exigir sus propios tributos, el apartado 3 del citado artículo señala, no obstante, que estos «no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales». El análisis de esta cuestión debe partir del examen de la naturaleza de las medidas de gravamen indicadas. Por un lado, el impuesto previsto por la ley catalana debe ser considerado en puridad un ingreso de naturaleza tributaria y, además de carácter autonómico, mientras que en el caso del canon que contempla la ley vasca, este presenta un carácter extrafiscal y su imposición corre, en cambio, a cargo de los ayuntamientos de la comunidad. Partiendo de esta premisa, resulta interesante el análisis que de la compatibilidad de estas figuras realizaron la STC 4/2019, de 17 de enero, rec. inconstitucionalidad 2255-2016 con respecto al impuesto catalán y el Dictamen del Consejo de Estado 108/2016, de 17 de marzo, emitido con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/2015 de Vivienda de Euskadi.

Señalan ambos pronunciamientos que «el propósito del art. 6.3 LOFCA no es evitar cualquier supuesto de doble imposición, sino garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de un sistema en los términos exigidos por el art. 31.1 CE» y, que lo realmente proscrito por el citado artículo es la coincidencia entre hechos impositivos. Por ello, para apreciar la vulneración del art. 6.3 LOFCA habría que analizar en cada caso, además del hecho imponible en sentido estricto, otros aspectos como los supuestos de no sujeción y exención, el sujeto pasivo y los elementos de cuantificación (STC 74/2016, de 14 de abril, FJ 4.º, y ATC 183/2016, de 15 de noviembre, FJ 4.º).

Pues bien, del análisis de comparación realizado entre, por un lado el impuesto catalán y el recargo potestativo del IBI y, por otro, el canon vasco y el citado recar-

go, parece resultar que existen entre ellos diferencias sustanciales que impiden afirmar su identidad inequívoca, lo cual avalaría su imposición simultánea, al menos, desde el punto de vista de la no vulneración del art. 6.3 LOFCA. Sin perjuicio de la existencia de otras, las diferencias sustanciales se centran en, por un lado, el supuesto de exigencia y, por otro, la cuantificación. Mientras que en el caso del impuesto catalán y el canon vasco el elemento que determina su exigibilidad es la desocupación del inmueble, en el caso del recargo del IBI el hecho imponible se encuentra anudado a la titularidad de alguno de los derechos previstos por la norma. Con respecto a su cuantificación, mientras que las medidas catalán y vasca toman como base los metros cuadrados útiles de la vivienda desocupada, el recargo IBI tiene como base imponible el valor catastral. Resuelta la duda de su compatibilidad jurídica, no debe obviarse, sin embargo, que la base sobre la que se sostiene la no existencia de doble imposición se encuentra precisamente en la diferenciación de sus elementos esenciales, lo cual podría abocar en la práctica a la duplicidad en la realización de actuaciones inspectoras o en la instrucción de diferentes procedimientos para la declaración administrativa, lo cual resulta cuanto menos cuestionable desde la perspectiva de los principios de eficiencia y racionalización de los recursos públicos.

4. EL GRAVAMEN A LA VIVIENDA DESOCUPADA A TRAVÉS DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA

En ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de vivienda, algunas CCAA han tratado de dar respuesta al objetivo marcado por el art. 47 CE aprobando legislación sectorial de aplicación en sus territorios¹⁶. Con respecto a la regulación que de la vivienda desocupada realizan las citadas normas, puede señalarse que, fundamentándose en la función social del suelo prevista en el art. 47 CE, todas ellas parte de la premisa de que la ocupación de la vivienda es uno de los deberes inherentes al derecho de propiedad de la misma y, priorizando el uso habitacional que le es propio, entienden la desocupación como un incumplimiento del citado deber. Sin embargo, más allá de este escaso nexo común, las consecuencias que regulan las CCAA para los tenedores de viviendas desocupadas resultan dispares.

¹⁶ *Vid.* la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias; la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña; la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía; la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra; la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana; la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears; la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, o la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda de Euskadi.

Si bien la mayor parte de ellas se muestran interesadas en su contabilización y control mediante la creación de registros administrativos en los que inscribirlas tras su declaración como tal, a partir de ahí, unas ponen el foco mayoritariamente en medidas denominadas de fomento, entre las que pueden citarse, la cesión temporal a programas públicos de alquiler, las ayudas para la rehabilitación de viviendas en mal estado, las ayudas para facilitar el pago de la renta del alquiler, entre otras, y una minoría, en cambio, apuestan por medidas de carácter coercitivo, como por ejemplo, la cesión obligatoria de viviendas desocupadas de grandes tenedores a programas de alquiler social, la renovación obligatoria de los contratos de alquiler social si sus ocupantes se encuentran en situación de vulnerabilidad aunque no tengan título habilitante para la ocupación, expropiación del uso de la vivienda, alquiler forzoso o la imposición de cargas de contenido económico, como el impuesto autonómico previsto por el legislador catalán o el canon por vivienda deshabitada previsto por la Ley de Vivienda de Euskadi (a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior).

También resultan dispares los plazos establecidos en cada comunidad autónoma para constatar la desocupación. Así, en el caso de Andalucía, Aragón, Canarias, Navarra o Extremadura este plazo se sitúa en seis meses con carácter continuado en el plazo de un año, sin que medie causa justificativa, llegando en cambio a ser necesarios más de dos años en el caso de Cataluña, Baleares o País Vasco, coincidiendo con el plazo señalado por el legislador estatal en la Ley 12/2023. Por otro lado, a pesar de que todas ellas regulan un conjunto de supuestos en los que la desocupación del inmueble puede entenderse justificada, los supuestos varían de una comunidad a otra.

Todo ello pone de relieve la evidente falta de consenso respecto a lo que ha de entenderse por vivienda desocupada o vacía, al menos, en lo que al intento de su sometimiento a gravamen se refiere ya que, siendo aparentemente posible la contabilización de la vivienda vacía o desocupada siguiendo el criterio empleado por el INE¹⁷, la falta de consenso parece residir en si toda la clasificada como tal ha de ser objeto de medidas coercitivas o si, por el contrario, estas deberían recaer exclusivamente o especialmente en aquellos supuestos que evidencien prácticas retenedoras o especulativas. Esta última idea parece ser la que subyace, bien a la reforma del art. 72.4 TRLHL operada por la Ley 12/2023 que, recordemos, añadía una segunda condición a verificar relativa a si el titular era o no poseedor de cuatro o más inmuebles de uso residencial, o bien en el caso de las leyes de vivienda de la Comunitat Valenciana y Cataluña en las que los gravámenes de mayor poder coercitivo están también a los denominados grandes tenedores.

Por ello, quizá, la última reflexión debería girar en torno a si, tras más de veinte años de inaplicabilidad práctica e ineficacia de las medidas de gravamen tendentes a desincentivar la tenencia de vivienda desocupada, existe o no un interés por conceptualizarla jurídicamente de forma homogénea y estable para todo el territorio nacional, permitien-

¹⁷ Recuérdese que la contabilización de la vivienda vacía ha venido siendo realizada tradicionalmente por el INE y publicada en los Censos de Población y Vivienda publicados con carácter decenal.

do su contabilización y registro e imponiendo a sus titulares las medidas de gravamen que, en cada caso, se articulen o si, por el contrario, la homogeneización, coordinación y armonización que esta cuestión demanda se esquiva por todos los sujetos con competencias en la materia ante el riesgo de que ello pueda suponer en la práctica una merma de la esfera de decisión que otorga el marco de competencias atribuido.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALÍAS CANTÓN, M.: «A vueltas con el recargo de hasta un 50 por cien en el IBI de las viviendas desocupadas», *Revista digital CEMCI*, núm. 25, 2015, accesible en <https://revista.cemci.org/numero-25/pdf/tribuna-1-a-vueltas-con-el-recargo-de-hasta-un-50-por-cien-en-el-ibi-de-las-viviendas-desocupadas.pdf>.
- DE HUERTA HERNÁNDEZ, S.: «El recargo en el IBI por las casas vacías tras la modificación operada por Ley 12/2023, de 24 de mayo por el Derecho a la Vivienda», *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, núm. 358, 2023, pp. 26-28.
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: «Divergencias jurisprudenciales relativas al recargo sobre determinadas viviendas en el IBI», *Tributos Locales*, núm. 120, 2015, pp. 13-20.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L.: «El Impuesto sobre Bienes Inmuebles», en D. MARÍN-BARNUEVO FABO (coord.), *Los Tributos Locales*, 2.ª ed., Civitas, 2005, pp. 121-122.
- GONZÁLEZ CHECA, C.: «Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 8, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2005, pp. 84-96.
- IRASTORZA LETAMENDIA, L. J.: «Modificación en el Impuesto de Bienes Inmuebles en relación con las viviendas desocupadas. ¿un aborto legislativo?», *Zergak, Gaceta Tributaria del País Vasco*, núm. 25, 2003.
- MAGALDI MENDAÑA, N.: «El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las Transformaciones de la administración pública», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020, pp. 147-174.
- NAVARRO GARCÍA, A.: «Medidas Fiscales para garantizar el derecho de acceso a la vivienda: el recargo del IBI y otras medidas tributarias sobre las viviendas desocupadas», *Tributos Locales*, núm. 123, 2015-2016, pp. 47-62.
- ORÓN MORATAL, G.: «Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2016, pp. 176-199.
- RUBIO PILARTE, I.: «Recargo del IBI a los titulares de inmuebles de uso residencial que no tengan la consideración de residencia habitual efectiva de alguna persona física», *Forum Fiscal*, núm. 208, 2015, pp. 116-120.
- VARONA ALABERN, J. E.: «El sedicente recargo del IBI sobre las viviendas desocupadas con carácter permanente», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2020, pp. 17-54.

El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública*

Reyes MARZAL RAGA

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universitat de València

ORCID ID: 0000-0002-7972-7709

RESUMEN

El estudio trata de señalar las posibilidades que ofrecen el tanteo y retracto como instrumentos al servicio de la formación del parque de vivienda pública y en qué medida las Administraciones públicas tienen incentivos para su ejercicio, teniendo en cuenta los distintos modelos regulatorios autonómicos en la materia y el impacto que la reciente aprobación de la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda puede suponer.

Palabras clave: tanteo; retracto; derechos de adquisición preferente; acceso a la vivienda; mercado de la vivienda; parque público de vivienda.

Preemptive rights within the context of Spanish public housing

ABSTRACT

The study explores the potential offered by the preemptive rights in facilitating the development of public housing stock and analyzes the incentives for their implementation

* Fecha de finalización del trabajo: 15 de abril de 2024.

by Public Administrations. It takes into account various regional regulatory frameworks and assesses the potential impact of the Spanish Law 12/2023, May 24th, regarding housing rights.

Keywords: preemptive rights; preferential acquisition; housing access; housing market; public housing stock.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO COMO INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO.—2. LOS MODELOS REGULATORIOS DE LOS DTR EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y EL IMPACTO DE LA LEY ESTATAL DE VIVIENDA: 2.1. Los DTR sobre viviendas sujetas a algún régimen de protección pública: 2.1.1. El reconocimiento de los DTR sobre vivienda protegida en las legislaciones autonómicas. 2.1.2. El impacto de la Ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda. 2.2. Los DTR sobre suelos destinados a vivienda de protección pública. 2.3. Los DTR sobre viviendas no sujetas a régimen de protección pública: 2.3.1. Modelos tasados o de *numerus clausus* para el ejercicio de los DTR. 2.3.2. Modelos en que la ley habilita el ejercicio de los DTR, pero requieren de una posterior actuación administrativa para la concreción de las transmisiones. 2.3.3. Modelos híbridos.—3. ¿TIENEN INCENTIVOS LAS ADMINISTRACIONES PARA EJERCER LOS DTR?—4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO COMO INSTITUCIONES DE DERECHO PÚBLICO

El reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto (DTR) en materia de vivienda no es una cuestión nueva para el Derecho público. A principios del siglo XX se encuentran perfectamente perfilados dos ámbitos: la vivienda de protección oficial y el patrimonio histórico-artístico. A medida que crece el intervencionismo estatal se delimitarán otras dos parcelas típicas, la propiedad inmobiliaria y las propiedades con trascendencia ambiental, reconociéndose DTR sobre los inmuebles situados en los espacios naturales protegidos o sobre el patrimonio forestal¹. Con el tiempo se han reconocido estas técnicas en la legislación sectorial para los más diversos fines de interés público (deportivo, explotación agraria, etc.)².

En lo que ahora interesa, el tanteo y el retracto son dos instrumentos de adquisición preferente de la propiedad de la vivienda, en este caso, en favor de la Administración o

¹ En relación con el retracto forestal, *vid.* el art. 25 de la Ley 43/2003, de Montes. *Vid.* también la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, así como el art. 13.2 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, y todas las leyes autonómicas sobre espacios naturales, por ejemplo, las previsiones del art. 182.1.a), apartado 3 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

² Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, regula el derecho de tanteo y retracto en caso de enajenación onerosa de instalaciones deportivas de una sociedad anónima deportiva en favor del ayuntamiento del lugar donde radiquen. También la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los agricultores jóvenes.

de un tercero con necesidades habitacionales (en ocasiones). Su conformación como institución de Derecho público, frente a la más estudiada regulación de Derecho civil de acuerdo con el art. 1521 CC, ha suscitado en la doctrina cierto debate sobre su naturaleza jurídica, confrontándose su consideración como derecho o como potestad pública³, y también su función como mecanismo de delimitación del contenido de la propiedad, que permite diferenciar su régimen de otros como el previsto para la expropiación forzosa o el derecho de opción. Ciertamente, estamos ante dos técnicas cada vez más utilizadas por el Derecho público⁴, con perfiles difusos y muy complejos necesitados de un análisis pormenorizado que excede de nuestro estudio, centrado en señalar las posibilidades de los DTR como instrumentos para la formación de vivienda pública y en qué medida las Administraciones tienen incentivos para su ejercicio, teniendo en cuenta la variada regulación autonómica en la materia y el impacto que la reciente aprobación de la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV) puede suponer.

2. LOS MODELOS REGULATORIOS DE LOS DTR EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y EL IMPACTO DE LA LEY ESTATAL DE VIVIENDA

La evolución legislativa de los DTR en materia de vivienda corre en paralelo al desarrollo competencial de este ámbito sectorial. A grandes rasgos, tras el periodo de centralización política, en que el Estado reconoció DTR en favor de ciertas transmisiones de viviendas, la posterior asunción de competencias autonómicas en la materia ha permitido el reconocimiento y regulación de DTR en las correspondientes legislaciones como manifestación de la competencia autonómica en materia de vivienda y/o urbanismo (por todas, SSTC 170/1989, 143/2017 y 8/2023), mostrando así una amplia variedad de posibilidades y regímenes que, con el alcance que se dirá, se han visto afectados tras la reciente aprobación de la Ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda (LDV).

Para la mejor exposición de este diverso y complejo marco normativo identificamos agrupadamente distintos modelos regulatorios, de los que más adelante extraemos consecuencias en orden a la adecuación de esta técnica preferencial para la formación de vivienda pública. El punto de partida de nuestra sistemática expositiva es una inicial distinción entre el reconocimiento de DTR sobre las transmisiones que afectan a viviendas y suelo sujetos a protección pública (2.1 y 2.2) y sobre aquellas otras transmisiones de viviendas no sujetas a este régimen, acuñadas como transmisiones «singulares» (2.3), y dentro de este último grupo señalamos distintos patrones regulatorios desarrollados

³ J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Los retractos legales a favor de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 165, 2004, pp. 53-85.

⁴ V. MENDOZA OLIVAN, «Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal», *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, pp. 163-194 (pp. 163-164), destacaba el auge de los DTR en el Derecho administrativo español.

ampliamente a nivel autonómico. Así, de un lado están las legislaciones que crean los DTR en favor de la Administración enumerando de manera tasada (*numerus clausus*) un conjunto de supuestos que justifican su ejercicio, sea por el número de viviendas que se transmiten, por encontrarse estas en un mismo edificio, por el negocio jurídico que da origen a su transmisión (por ejemplo, la dación en pago de deuda con garantía hipotecaria o adquisición en proceso judicial de ejecución hipotecaria) o por otras circunstancias que el legislador ha ponderado para establecer esta delimitación de la propiedad (2.3.1). Hay un segundo grupo de legislaciones autonómicas en las que el ejercicio de los DTR sobre viviendas no protegidas no viene tasado en la ley, que sólo habilita dicha posibilidad para cumplir con el principio de legalidad que impera en este ámbito (por todas, STC 154/2015), y remite a una actuación administrativa posterior a través de la cual la Administración competente ha de materializar esta habilitación, sea identificando tipologías de transacciones o zonas sobre las que podrá ejercer los derechos de adquisición preferente (2.3.2). Junto a estos dos grandes modelos regulatorios encontramos legislaciones autonómicas que combinan ambos patrones normativos (2.3.3).

Como ya podrá advertirse, la elección de uno u otro modelo regulatorio tiene consecuencias jurídicas de calado, pues no sólo se acude a técnicas distintas, en algunos casos sujetas a la regulación sectorial propia de otras ramas o ámbitos de la actuación administrativa como el urbanismo, sino que también las posibilidades de impugnación en cada caso son muy diferentes, en la medida en que, por ejemplo, la aprobación de un instrumento como el plan urbanístico para la concreción de las previsiones contenidas en la ley abre opciones impugnatorias que no son las propias del acto aplicativo que adopten las Administraciones para el ejercicio de los DTR sobre una concreta transmisión.

2.1. Los DTR sobre viviendas sujetas a algún régimen de protección pública

En el ámbito de las viviendas de protección pública, podemos identificar grandes hitos normativos en que se reconocen derechos de adquisición preferente en favor de la Administración. Está en su origen la Ley de Casas Baratas de 12 de junio de 1911, que confería a los ayuntamientos un derecho de retracto cuando el comprador, a precio aplazado de estas casas, pretendía su venta antes de pagarlas íntegramente⁵. Más tarde y con carácter general respecto de las viviendas protegidas, el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrollaba el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda definía las entonces denominadas viviendas de protección oficial por referencia a las condiciones exigidas para su calificación como tales, y reconocía sobre estas los DTR en favor de los Entes públicos promotores (art. 54).

⁵ En el ámbito de la vivienda militar, el Decreto de 9 de noviembre de 1989, regulador del Patronato de Casas militares del ejército de tierra reconocía los DTR de las viviendas militares, cuyo régimen fue sustituido por la Ley 26/1999, de 9 de julio, de medidas de apoyo a la movilidad geográfica de los miembros de las Fuerzas Armadas (DA 2.ª).

Interesa destacar de esta disposición general que no cubre la exigencia constitucional de reserva de ley para la creación de los DTR, tal como requiere toda limitación del derecho de propiedad, a salvo las preconstitucionales como es el caso⁶, y es por ello que no admite una tipología de retracto legal sino de retracto convencional. Esta regulación no ha perdido vigencia y mantiene su aplicación como norma estatal supletoria en aquellas CCAA que no han reconocido los DTR en su correspondiente ley sectorial en materia de vivienda, cosa que ocurre por ejemplo en la Comunidad de Madrid sin perjuicio del retracto urbanístico sobre determinados suelos al que luego nos referimos⁷. En estos casos, como se ha dicho, la sujeción a las disposiciones del mencionado Real Decreto 3148/1978 sólo autoriza a las Administraciones para el ejercicio del retracto convencional regulado en el art. 1507 CC, siempre que así se recoja expresamente en cada uno de los contratos de compraventa de vivienda protegida que se suscriban⁸, y con sujeción a las limitaciones temporales establecidas en el art. 1508 CC, de acuerdo con el cual, a falta de pacto expreso, se extenderá a un periodo de cuatro años contados desde la fecha del contrato, y sólo en caso de estipulación, el plazo podrá ampliarse hasta un máximo de diez años. Las diferencias entre este retracto convencional y las mayores posibilidades que ofrece el reconocimiento legal de los DTR sobre las viviendas protegidas son evidentes, y no sólo por la carga procedimental que supone el reconocimiento expreso de tales derechos en todas y cada una de las transmisiones, necesario en el caso de retracto convencional.

No obstante, en todos los casos referidos a DTR sobre viviendas protegidas, esta técnica ha servido como mecanismo de protección de la propiedad a través de controlar el tráfico de este tipo de viviendas, que tienen una marcada función social, con la finalidad de velar por que no se desnaturalice o se ponga en peligro el bien con ocasión de

⁶ Sobre la reserva de ley para la creación de los DTR, *vid.* la STC 154/2015 respecto de la Ley andaluza 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y suelo, impugnada por entender que establecen derechos de tanteo y retracto sobre viviendas de protección pública en contra del derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la prohibición constitucional de aplicación retroactiva de medidas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Ninguna de las dos objeciones fue admitida por el TC, que justificó la constitucionalidad de la limitación impuesta al titular de una vivienda protegida porque responde a una finalidad de interés general que entronca con un pilar constitucional (el acceso a una vivienda digna por parte de personas necesitadas), y sirve a la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobreprecios en «negro») y a la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública.

⁷ Téngase en cuenta que la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid no reconoce los DTR respecto de la transmisión de estas viviendas, pero sí los reconoce en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (art. 182) respecto de ciertos suelos, cuya delimitación se encuentra en la Orden 2097/2005, de 23 de septiembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

⁸ Que la sujeción a retracto convencional no constara en la escritura de compraventa formalizada con la Administración motivó la denegación de la petición de retracto ejercida por el ayuntamiento contra terceros adquirentes de la vivienda, resuelta en la SAP de Zaragoza de 12 de noviembre de 1993. En este mismo sentido y respecto del retracto convencional en favor de la Empresa de la vivienda de Getafe, *vid.* la más reciente Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Getafe núm. 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de compraventa (BOE de 27 de mayo).

los cambios de titularidad. El objetivo es controlar el cumplimiento del correspondiente régimen de protección pública al que se somete la vivienda, en especial del precio de la transmisión, que ha sido objeto de distintas medidas de fomento, y también de las circunstancias del adquirente, que debe cumplir con los requisitos establecidos para el acceso a la correspondiente tipología de vivienda sujeta a protección, en evitación del fraude en las transacciones (STC 154/2015). Este inicial fundamento de los DTR, basado exclusivamente en la posición de tutela o control por parte de la Administración respecto de viviendas protegidas se ha ido ampliando hasta convertirlos en un mecanismo de intervención del mercado inmobiliario, al servicio del derecho de acceso a la vivienda que las Administraciones han de garantizar incorporando estas viviendas al parque público con una calificación permanente⁹. Así lo vienen reconociendo en los últimos años algunas legislaciones autonómicas y, ahora, la más reciente Ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda.

2.1.1. El reconocimiento de los DTR sobre vivienda protegida en las legislaciones autonómicas

La mayoría de las CCAA reconocen los DTR sobre viviendas protegidas en sus leyes generales o sectoriales de vivienda. Una primera regulación encontramos en la Ley vasca 7/1988, de 15 de abril, de derecho preferente de adquisición en las transmisiones de VPO, cuyo objeto era la creación de los DTR sobre estas viviendas, la regulación del procedimiento para su ejercicio y la fijación de las consecuencias que puedan derivarse de la irregular aplicación de las disposiciones legales. Después se aprobaría la Ley Foral 7/1989, de 8 de julio, de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda (arts. 43-46). A partir de estos dos hitos, de los que hemos de destacar que afectan a territorios no sujetos al régimen común de financiación y por tanto no les eran de aplicación las disposiciones contenidas en los planes estatales de vivienda, las distintas CCAA han ido reconociendo DTR y regímenes para su ejercicio respecto de las diversas tipologías de vivienda de protección pública y sus transmisiones.

Para la mejor exposición de esta inabarcable variedad legislativa señalamos tres patrones regulatorios, que responden a esta idea común de creación y ejercicio de derechos preferenciales para el control del precio de las viviendas protegidas, pero que en su evolución mostrarán un objetivo más ambicioso y alineado con el propósito de ampliación del parque público de vivienda, que también acoge ahora la LDV. Un primer modelo es aquel que crea los DTR respecto de todas las viviendas sujetas a algún régimen de protección establecido en las leyes autonómicas correspondientes. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 8/2012, de vivienda de Galicia, que después de clasificar las viviendas protegidas en Viviendas de promoción pública (VPP) y

⁹ Mucho antes de la aprobación de la Ley 12/2023, por el Derecho a la vivienda, MENDOZA, 1992: 164 y ss., ya ponía de manifiesto una ampliación de fundamento inicial respecto de las viviendas protegidas.

Viviendas de protección autonómica (VPA) con un régimen para cada una de ellas (arts. 45 y ss.), reconoce los DTR en favor del Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo respecto de la transmisión de estas viviendas protegidas, sin distinción entre categorías (art. 75). Otro modelo con mayores posibilidades ofrece la Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, al reconocer los DTR no sólo respecto de toda vivienda protegida, sino también de aquellas otras viviendas que no integran esa clasificación pero hubieran sido objeto de actuación financiada con cargo a los presupuestos autonómicos para su rehabilitación o adquisición, en cuantía igual o superior a la máxima cuantía de las ayudas para adquisición de vivienda protegida de nueva construcción prevista en las bases reguladoras de las ayudas conforme a las que fueron concedidas (art. 35). Como podrá apreciarse, el fundamento de este modelo regulatorio de DTR es el común a todos los derechos preferenciales de adquisición reforzando la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la Administración¹⁰. Ese mismo fundamento justifica la extensión de los DTR incluso a viviendas que no han sido calificadas bajo dichos regímenes, pero sí han sido objeto de la acción de fomento en la proporción establecida por la ley.

Un tercer modelo admite una regulación más diversificada respecto de las Administraciones que pueden ejercer los DTR. Lo encontramos, por ejemplo, en la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón, que reconoce el retracto (art. 30) y el tanteo respecto de viviendas nuevas o rehabilitadas de promoción pública (art. 27) y de viviendas protegidas de promoción privada (art. 29), admitiendo en este último caso su ejercicio tanto por la comunidad autónoma como por la entidad local donde radique la vivienda. Establece además una prioridad en favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en el ejercicio del tanteo, salvo que se trate de viviendas de promoción privada concertada por ayuntamiento o comarca, en cuyo caso la preferencia corresponderá a la entidad local. El modelo resulta muy coherente con las competencias propias atribuidas a la Administración municipal en el art. 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, que en este caso lo serán en el marco de la legislación autonómica mencionada.

Estos patrones regulatorios han convivido con el marco normativo estatal del mencionado Real Decreto 3148/1978 y con el extenso conjunto de planes estatales de vivienda¹¹, que igualmente carecen de rango legal suficiente para reconocer los DTR pero

¹⁰ Un buen ejemplo de este fundamento es el art. 65 de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias, que reconoce los derechos de tanteo y retracto en favor del Instituto Canario de la Vivienda, o en su caso, de la entidad pública promotora, las segundas o posteriores transmisiones onerosas de las viviendas protegidas y sus anejos, cuando el conjunto de las ayudas otorgadas por las administraciones públicas haya sido igual o superior al 15 por 100 del precio de la vivienda al tiempo de su adquisición. La literalidad del precepto nos lleva a entender que las viviendas protegidas sólo se sujetan a DTR si las ayudas exceden del porcentaje establecido y no en otro caso.

¹¹ F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *QDL*, núm. 59, 2022, pp. 35-64 (pp. 38-40), recoge un amplio detalle de todos los planes estatales de vivienda en orden cronológico de vigencia.

han servido para disciplinar su ejercicio hasta la aprobación de la Ley estatal 12/2023, sin suscitar excesivo debate doctrinal o jurisprudencial¹².

2.1.2. El impacto de la Ley estatal 12/2023, por el derecho a la vivienda

La Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda (LDV), contiene dos preceptos con directa incidencia sobre los DTR: el art. 16, referido a los principios aplicables a la vivienda protegida, entre los cuales se encuentra el reconocimiento de los DTR y algunas reglas para su ejercicio; y el art. 27, que dispone la integración de las viviendas adquiridas mediante DTR en el parque público de vivienda y su calificación permanente como vivienda pública afecta al buen funcionamiento del mercado de la vivienda y a servir de instrumento para hacer efectivo el derecho de acceso a una vivienda reconocido a los sectores de la población con mayores dificultades. Sobre ambos preceptos pesan varios recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite¹³. En lo que ahora interesa, sobre el art. 16 LDV se han interpuesto dos recursos, a los que ha de añadirse también el formulado contra el art. 3 LDV, relativo a la definición de «vivienda protegida». En puridad, la inconstitucionalidad planteada no se refiere a la regulación concreta de los DTR sino a la formulación en clave de principios que dicho precepto contiene respecto de las viviendas protegidas, y esta es la conexión que nos lleva a analizar en este punto el impacto de la ley estatal, sin perjuicio de las oportunas referencias al texto estatal que se incluyen a lo largo de todo el trabajo.

En efecto, bajo la rúbrica «Vivienda protegida», el art. 16 LDV establece un conjunto de principios que, sin perjuicio de las condiciones y requisitos establecidos por la legislación y normativa autonómica o municipal, que tendrá en todo caso carácter prevalente (así lo dispone el propio precepto), se refieren: al destino de la vivienda, que ha de ser exclusivamente residencia habitual y estar ocupada [letra *a*)]; al procedimiento de adjudicación de vivienda que garantice la transparencia y otras reglas de adjudicación [letra *b*)]; a los requisitos que han de reunir las personas adjudicatarias [letra *c*)]; y por último, y esta es la parte que nos concierne ahora, se establece la sujeción de su venta o alquiler a previa autorización de la comunidad autónoma, mientras la vivienda siga sujeta a protección pública, señalando además que dicha autorización sólo podrá otorgarse en favor de personas que cumplan con el requisito de inscripción en el registro de demandantes de vivienda y el precio de venta o alquiler no rebase el máximo establecido

¹² IGLESIAS, 2022: 39, recogiendo la posición doctrinal de Ponce Solé y Botía Valverde, destaca la falta de atención que se ha prestado a la generalizada regulación infralegal de las prohibiciones de disposición de las viviendas protegidas por referencia a un número determinado de años (por ejemplo, los diez primeros años) o la prohibición de venta o arrendamiento por un precio superior al fijado administrativamente por un plazo de (normalmente) treinta años.

¹³ Hasta la fecha, en relación con el art. 16 LDV en su integridad se han admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad núms. 1301-2024 y 5580-2023. En relación con el art. 27.1 LDV se han admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad núms. 5518-2023, 5516-2023, 5514-2023 y 5491-2023.

[letra e)]. Este apartado e) del art. 16 LDV finaliza señalando que la Administración podrá ejercer, dentro del plazo no mayor al máximo legal para el otorgamiento de la autorización de venta o alquiler, los derechos de tanteo o de adquisición preferente; y dentro de otro plazo igual tras dicho otorgamiento, los derechos de retracto o de adquisición preferente que establezcan, en su caso, la legislación autonómica aplicable.

Tanto desde la perspectiva que imponen los principios de buena regulación a todo texto legislativo como desde las reglas constitucionales de distribución de competencias, la literalidad del art. 16.1 LDV en relación con la conformación de los DTR no es muy afortunada. De inicio, la expresión «Vivienda protegida» que encabeza el art. 16 LDV y delimita su ámbito objetivo de aplicación es poco coherente con la definición del art. 3.f) LDV, que incluye bajo este concepto dos categorías (la vivienda social y la vivienda protegida de precio limitado). De acuerdo con dichas definiciones, los DTR sólo pueden ejercerse sobre las viviendas protegidas de precio limitado y no sobre las viviendas sociales, cuyo destino es el alquiler, cesión o cualquier otra fórmula de tenencia temporal¹⁴. Este mismo desajuste terminológico se reitera en el art. 27.1 LDV, relativo a la conformación de los parques públicos de vivienda, en cuanto establece que podrán estar integrados al menos por «las viviendas sociales adquiridas por las Administraciones públicas en ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, de conformidad con lo que disponga la legislación aplicable». Estas imprecisiones, que no son la excepción en el texto legislativo¹⁵, denotan una muy deficiente técnica legislativa agravada por su incidencia sobre un ámbito ya de por sí muy complejo y con importante repercusión sobre el mercado de la vivienda. Muestran una inaceptable laxitud terminológica del legislador estatal, al pretender un concepto genérico de vivienda protegida que sirva de paraguas para la formulación de unos principios generales de aplicación a cualquier tipología o modalidad de vivienda protegida (sea cual sea su denominación), reconociendo implícitamente que bajo dicha expresión caben una pluralidad de regímenes y tipologías, a concretar por las correspondientes CCAA e incluso por las Administraciones municipales, en un intento (veremos qué resuelve el TC) por salvar la inconstitucionalidad del precepto. Tampoco es muy afortunada la referencia a los DTR respecto del alquiler de las viviendas protegidas, pues estos derechos sólo se aplican a la venta o enajenación, esto es, a las transmisiones de la propiedad de carácter definitivo y no a la constitución de arrendamientos.

Más allá de estas consideraciones de técnica legislativa, la redacción del art. 16 LDV es poco acertada desde la perspectiva de la distribución de competencias. Bien es cierto que, como se ha dicho, el precepto está plagado de remisiones a la legislación autonómica aplicable, acudiendo a la cláusula de «sin perjuicio» y al expreso reconocimiento

¹⁴ Sobre estas precisiones, IGLESIAS, 2022: 232, señala que las disposiciones del art. 16.1 LDV son abiertamente contrarias al concepto de vivienda social, cuyo régimen jurídico se encuentra más bien en la regulación de los parques públicos de vivienda (arts. 27 y ss. LDV).

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, todas las deficiencias señaladas en el informe del Consejo General del Poder Judicial de 27 de enero de 2022, al Anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda.

del carácter prevalente de la legislación autonómica y normativa municipal (una novedad respecto de otros preceptos de la LDV que también participan de este tipo de remisiones), con el afán de evitar la inconstitucionalidad por invasión de competencias autonómicas en materia de vivienda. En un intento por entender el precepto, podría sostenerse que responde a la tipología de «normas supletorias puras», que son eficaces en todas las CCAA desde la entrada en vigor de la LDV, aunque desplazables por las leyes autonómicas¹⁶. Pero esta posibilidad debe ir acompañada de un título competencial específico, expreso y suficiente que faculte al Estado para adoptar un régimen principal aplicable a este tipo de viviendas, cosa que podría ocurrir si el precepto sólo desplegara sus efectos sobre viviendas sujetas al régimen estatal de protección¹⁷. Pero esto no lo dice el art. 16 LDV aunque, siendo muy benévolo en su lectura, podríamos deducirlo de las salvedades que expresan reiteradamente la cláusula «sin perjuicio» y la declaración de preferencia de la legislación autonómica. En este orden de ideas, y sin entrar en el alcance de todo el art. 16 LDV, ciertamente, el apartado *e*) al que ahora nos referimos puede llegar a ser innecesario, a no ser que el legislador estatal haya querido con ello reforzar el principio de legalidad que exigen los DTR como técnicas de delimitación del derecho de propiedad, al objeto de desplazar o de ofrecer cobertura a la regulación infralegal que hasta la fecha incorporaban el Real Decreto 3148/1978 y los correspondientes planes estatales de vivienda, tal como la doctrina había puesto de relieve¹⁸.

Por otra parte, las previsiones del art. 16 LDV respecto de los DTR más que principios son reglas jurídicas que limitan el derecho de propiedad, pues no otra cosa puede ser la decisión legislativa de someter toda venta o alquiler de vivienda protegida a la previa autorización administrativa, acompañando dicha sujeción del cumplimiento de dos requisitos: que la adjudicación de la vivienda que pretenda venderse o alquilarse sea en favor de personas inscritas en registro de demandantes y que el precio de la venta o alquiler no rebase el máximo establecido para este tipo de viviendas. Al aseguramiento de dicha previsión regulatoria, que no principio rector, se anuda como consecuencia la posibilidad de hacer uso de los DTR, señalando además que dicho ejercicio debe efectuarse dentro de los plazos de otorgamiento de la autorización, fijados a través de un sistema amplio de horquillas por referencia a un plazo no mayor al del máximo legal para el otorgamiento de la autorización.

También esta referencia al régimen sustantivo y procedimental de ejercicio de los DTR, lejos de encontrar justificación en los títulos competenciales del Estado invade,

¹⁶ Expresión que utilizamos con el alcance señalado por F. VELASCO CABALLERO, «Competencias estatales para la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda», en J. A. CHINCHILLA PEINADO y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (coords.), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 23-62 (pp. 51-56). En contra de la consideración de legislación supletoria se muestra IGLESIAS, 2022: 239, en aplicación de la doctrina fijada en la STC 61/1997, que impide al Estado atribuir a una determinada norma la condición de norma supletoria.

¹⁷ Esta es la solución apuntada en la STC 112/2013, que admitió la constitucionalidad de la inscripción en un registro público de demandantes y la duración del régimen de protección porque en ese caso era de aplicación el régimen establecido en el plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012.

¹⁸ IGLESIAS, 2022: 39.

a nuestro juicio, la competencia autonómica. No parece que estemos en un ámbito que requiera la imposición de condiciones básicas para evitar disparidades regulatorias autonómicas que afecten a la igualdad en el ejercicio de un derecho o deber fundamental, circunstancia que de concurrir sí encontraría acomodo en el art. 149.1.1 CE, de acuerdo con la STC 18/2017. Más bien la situación es la contraria pues, como se ha visto en los apartados anteriores, es común a todas las CCAA (y ya lo era bajo la regulación preconstitucional y la inmediatamente posterior) sujetar las transmisiones de vivienda protegida a un régimen de intervención administrativa previa y el correspondiente reconocimiento de DTR en favor de las Administraciones cuando se producen tales transmisiones¹⁹. Aunque es cierto que existe una diversidad de regímenes para el ejercicio de los DTR, esta pluralidad normativa no autoriza por sí misma a invocar la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, pues encuentra toda su justificación en la competencia autonómica sobre vivienda y la capacidad para formular sus propias políticas públicas, tal como reconoce la doctrina constitucional²⁰. En definitiva, no es otra cosa que expresión de la riqueza de nuestro Estado autonómico, y esto nos lleva a señalar otra de las cuestiones problemáticas que suscita el precepto.

Como se ha dicho, el art. 16.1.e) LDV sujeta la venta y alquiler de vivienda protegida (también el alquiler) a previa autorización administrativa, señalando además que dicha autorización se otorgará por la comunidad autónoma y será exigible mientras la vivienda esté sujeta a protección pública. Tratándose de viviendas protegidas, parece lógico que la potestad de control sobre las transmisiones y usos pueda expresarse a través de la exigencia de un título habilitante de carácter autorizatorio²¹. Igualmente, la remisión a la competencia autonómica para su concesión, sin precisar órgano, es de todo punto conforme con las reglas de distribución de competencia. Pero la constitucionalidad de la imposición por el Estado de un concreto mecanismo de intervención administrativa (la autorización, en este caso, como técnica de control *ex ante*) sólo puede admitirse si con ello no se agota la posibilidad de desarrollo de la legislación básica por parte de las CCAA (SSTC 49/2013 y 57/2016), por lo que esta precisión del art. 16 LDV sólo podría admitirse manteniendo la capacidad de las legislaciones autonómicas en mate-

¹⁹ En contra de la posición que mantenemos aquí, aunque respecto del texto del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, se muestra IGLESIAS, 2022: 53, sosteniendo que dicho texto encaja perfectamente en el nuevo entendimiento jurisprudencial de la competencia estatal derivada del art. 149.1.1 CE, título que considera más adecuado que el recogido en el art. 149.1.13 CE, tratándose de garantizar el acceso al derecho a la vivienda en igualdad. El autor se alinea con el voto particular formulado por el magistrado Rubio Llorente en la STC 152/1988, y justifica un cambio de rumbo de títulos competenciales en materia de vivienda, abandonándose la competencia relativa a las bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) aunque nominalmente sigue apareciendo en la relación de títulos competenciales, para abrazar las competencias que se derivan del art. 149.1.1 CE.

²⁰ Por todas, *vid.* la STC 8/2023 respecto del Decreto-ley valenciano 8/2020.

²¹ En desacuerdo con esta posición se muestra Á. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *QDL*, núm. 59, pp. 14-34 (pp. 30-31), quien califica la sujeción a autorización administrativa para vender o arrendar una vivienda protegida como de gravísima limitación.

ria de vivienda (o de urbanismo) para someter las transmisiones a otros mecanismos de control. Dicho de otro modo, la constitucionalidad del precepto pasa por entender que la expresión «autorización» se refiere, en sentido genérico, a cualquier título de intervención administrativa y admite que las correspondientes legislaciones autonómicas concreten la técnica de control escogida, que es lo que estas legislaciones han venido estableciendo hasta la aprobación de la LDV. Así, es común a la mayoría de las CCAA someter las transmisiones de vivienda protegida a previa comunicación o notificación de la voluntad de transmitir, aunque no faltan CCAA que exigen una resolución autorizatoria expresa o tácita, propia de los mecanismos de control *ex ante*, para que pueda realizarse la transmisión.

Una última cuestión es la referencia del art. 16.1 LDV a los plazos para el ejercicio de los DTR, vinculados a un periodo no superior al del otorgamiento de la correspondiente autorización para la transmisión. En este caso, nos parece, también el precepto invade las competencias autonómicas en materia de vivienda y urbanismo (art. 148.1.3 CE), que son precisamente los títulos competenciales que *ratione materiae* atraen las reglas de procedimiento para el ejercicio de los DTR en favor de las CCAA (STC 175/2003). Además, la fijación de plazos para el ejercicio de los DTR por referencia a un periodo «no mayor al del máximo legal para el otorgamiento de la autorización» casa mal con las regulaciones autonómicas que prevén la notificación o comunicación de la intención de transmitir junto con la determinación de un periodo máximo, a contar desde dicha notificación, durante el cual la Administración puede ejercer los DTR o renunciar a los mismos. El juego entre estas disposiciones del art. 16 LDV y la regulación de la notificación o comunicación prevista en las normas autonómicas altera todo el régimen de plazos establecido hasta el momento para el ejercicio de los DTR.

2.2. Los DTR sobre suelos destinados a vivienda de protección pública

También los suelos destinados a la construcción de vivienda de protección pública están sujetos a DTR, de acuerdo con la legislación autonómica en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Después de que la STC 143/2017 declarase la inconstitucionalidad de la referencia a estos derechos en el art. 20.1.b) del Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRU)²², es común el reconocimiento de estos derechos en las correspondientes leyes autonómicas de ordenación del territorio y urbanismo, sin perjuicio de las disposiciones específicas en materia de vivienda. Así, por ejemplo, la Comunidad de Madrid prevé el denominado «retracto urbanístico» al regular los DTR en el art. 182.1.b) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, para

²² Este mismo mecanismo se recogía en legislación estatal de suelo de 1976 en el art. 158, y en el art. 292.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, declarado inconstitucional en la STC 61/1997, al disponer que la delimitación podía efectuarse en el propio planeamiento general, en la revisión del programa de actuación o mediante el procedimiento regulado en el art. 146 de dicho texto.

el caso de transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sean terrenos, construcciones o edificaciones, así como la constitución y transmisión igualmente onerosas, de derechos reales sobre los mismos, que se realicen en los terrenos y edificaciones que, por su calificación urbanística, deban destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Este retracto legal es compatible con el retracto convencional sobre vivienda protegida que hemos señalado en los apartados anteriores²³, aunque sólo si se ejerce en las zonas establecidas en la Orden 2907/2005, de 23 de septiembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, que delimita los suelos sometidos al derecho de tanteo y retracto recogido en la Ley 9/2001²⁴.

En esencia, lo que comporta el «retracto urbanístico» es que los suelos calificados para la construcción de viviendas protegidas han de respetar este destino finalista, pero dicha previsión sólo será efectiva si se acompasa con la duración del régimen legal de las viviendas protegidas, articulado a través de la calificación definitiva, que es el acto administrativo por el que una actuación protegida en materia de vivienda queda incorporada con efectos plenamente consolidados al régimen de protección pública. Aunque algunas legislaciones autonómicas ya contemplaban explícitamente esta previsión²⁵. Ahora, el art. 16.1.d) LDV prevé, como principio general, la calificación permanente de las viviendas protegidas que se promuevan sobre suelos cuyo destino sea el de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, lo que supone su incorporación al régimen de protección pública sin límite temporal, diluyendo el conflicto entre la calificación del suelo y la duración del régimen legal de las viviendas protegidas que se edifiquen sobre el mismo²⁶.

²³ El retracto urbanístico puede coincidir con el retracto convencional establecido en el art. 54 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, y no faltan autores que sostienen la prevalencia del retracto convencional, que trae causa del título originario y, de ser anterior a la disposición legal, debe beneficiarse del principio de ultraeficacia de los pactos, reconocido en la DT 2.ª CC. Así se pronuncia el notario José Ángel Martínez Sanchiz en el Seminario de Derecho privado celebrado en marzo de 2006, accesible desde la dirección electrónica <https://www.elnotario.es/21-secciones/seccion-corporativa/2851-derechos-de-tanteo-y-retracto-de-la-cam-en-caso-de-venta-de-viviendas-con-proteccion-publica-0-8947924151036818> (último acceso: 14 de abril de 2024).

²⁴ Tampoco el alcance de esta disposición está exento de dificultades en orden a si sólo es de aplicación a los supuestos de venta de terrenos y de edificios en su conjunto —en construcción o acabados—, o también a las viviendas aisladas.

²⁵ Vid. el art. 43 de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, en la redacción introducida por Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, al disponer que el régimen de las viviendas protegidas tendrá duración indefinida, y no se admitirá la descalificación anticipada de las viviendas protegidas; precisándose en la DT 1.ª que esta modificación se aplicará a los expedientes de vivienda protegida cuya solicitud de calificación provisional sea posterior al 29 de julio de 2022. Vid. también el art. 43.3 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, en la redacción dada por el Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública mediante los derechos de tanteo y retracto, por el que se establece que la calificación permanente supone la incorporación al régimen de protección pública de toda edificación, vivienda o suelo residencial adquirido por la Generalitat, a todos los efectos y sin límite temporal.

²⁶ Sobre este conflicto, M. VAQUER CABALLERÍA, «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja», *REALA*, núm. 7, 2017, pp. 68-85 (p. 73).

2.3. Los DTR sobre viviendas no sujetas a régimen de protección pública

La competencia autonómica sobre vivienda y urbanismo ha permitido que las CCAA hayan reconocido los DTR también sobre viviendas no sujetas a régimen de protección pública, que coloquialmente denominamos viviendas libres. La variedad de modelos regulatorios puede explicarse a través de tres grandes grupos normativos que, sin perjuicio de aspectos sujetos a una regulación común, permiten estandarizar patrones normativos basados en la enumeración tasada de transmisiones sujetas a estos derechos (2.3.1), modelos en que la ley reenvía a una posterior concreción de transmisiones que ha de hacer la Administración (2.3.2) y modelos híbridos (2.3.3). En todos estos casos, la finalidad de los DTR ya no es el control de la regularidad de las transmisiones para evitar conductas fraudulentas comunes a todo régimen de transmisión de vivienda con precio administrativo que señalamos en los apartados anteriores, sino claramente la intervención pública en el mercado de la vivienda para garantizar el derecho de acceso que reconoce el art. 47 CE. Los DTR son aquí un instrumento más de intervención pública en el mercado de la vivienda y el suelo, a través de los cuales el legislador expresa sus preferencias ideológicas delimitando el derecho de propiedad de acuerdo con su función social.

2.3.1. *Modelos tasados o de numerus clausus para el ejercicio de los DTR*

Uno de los modelos regulatorios de los DTR sobre viviendas no sujetas a régimen de protección pública es aquel que recoge en el texto de la ley un conjunto de situaciones que habilitan a la Administración para el ejercicio de dichos derechos. En cumplimiento del principio de legalidad en este ámbito, el legislador crea los derechos de adquisición preferente en favor de la Administración, identificando taxativamente un catálogo de transmisiones que justifican su ejercicio. Aunque algunas CCAA escogieron desde el principio este modelo, su elección se generalizó a partir del estallido de la crisis financiera, incluyendo como causas tasadas para el ejercicio de los DTR en favor de la Administración las referidas a transmisiones de vivienda adquiridas por dación en pago de deuda con garantía hipotecaria, en un proceso judicial de ejecución hipotecaria o en un procedimiento de venta extrajudicial en sede notarial²⁷. Claramente, estas regulaciones son corolario de otras medidas adoptadas durante la crisis para la reestructuración de la deuda hipotecaria y flexibilización de la ejecución de la garantía real, tanto por el Estado

²⁷ Es el caso, por ejemplo, de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la vivienda en Andalucía, modificada por la Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el DTR para los casos de desahucios de viviendas. Y también de las disposiciones contenidas en el art. 51 *bis* de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, tras la más reciente modificación introducida por la Ley Foral 20/2022, de 1 de julio, para el fomento de un parque de vivienda protegida y asequible. En el mismo sentido, *vid.* el Decreto-ley catalán 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, y la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda en Extremadura, que regula los DTR en caso de ejecuciones hipotecarias.

como por las CCAA, ofreciendo a la Administración un instrumento más para garantizar el acceso a la vivienda.

Con el tiempo, algunas legislaciones han añadido a estas causas tasadas otras no justificadas en la tipología de negocio jurídico que da soporte a la transmisión sino en el número de viviendas que se pretenden transmitir, por ejemplo transmisiones de edificios con un mínimo de cinco viviendas cuyo destino principal sea residencial, o transmisiones conjuntas referidas a 10 o más viviendas y sus anejos, aunque tales operaciones se realicen mediante la venta de acciones o participaciones sociales de mercantiles cuyo objeto social esté vinculado con la actividad inmobiliaria²⁸. Y no faltan modelos con una regulación taxativa muy específica por la tipología de viviendas sobre las que se pueden ejercer los DTR y por la naturaleza jurídica de su titular. Es el caso, por ejemplo, de la Ley valenciana 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas, cuyo art. 18 reconoce los DTR a favor de la Administración si como consecuencia de un procedimiento de ejecución patrimonial o realización patrimonial extrajudicial, la entidad titular del edificio o conjunto residencial de viviendas colaborativas puede perder su condición de titular del mismo y, con ello, la posesión de las viviendas²⁹. Estas viviendas colaborativas son una tipología muy concreta porque su titularidad única pertenece a una entidad participada por sus usuarios y con gestión compartida que han adoptado la forma de cooperativa o de asociación sin ánimo de lucro, pero además estas viviendas han de reunir determinados espacios o dependencias en los que puedan desarrollarse algunas de las funciones inherentes al uso residencial y la prestación de servicios comunitarios y sociales³⁰. Sobre esta tipología específica de vivienda, el DTR en favor de la Administración se reconoce cuando la entidad pueda perder su titularidad, y por tanto su finalidad es la de subrogar a la Administración en dicha posición dominical para que tales viviendas puedan seguir prestando el servicio para el que fueron creadas, que tras la entrada en vigor de la Ley estatal 12/2023 ostenta la consideración de servicio de interés general (art. 4).

Se trata, pues, de un modelo regulatorio de *numerus clausus* que traduce una concreta dimensión ideológica de las políticas públicas en materia de vivienda escogidas por el legislador autonómico, dirigidas en ocasiones a las transmisiones realizadas por grandes tenedores (transmisión de edificios completos o de un número elevado de viviendas), o bien a las derivadas del mercado hipotecario, donde la limitación del derecho de propiedad respecto de las entidades financieras encontró pleno reconocimiento a nivel autonómico en cuanto la crisis habitacional se generalizó, frente a otras opciones escogidas por el legislador estatal para dar respuesta a estas necesidades (código de buenas prácticas,

²⁸ Algo similar recoge la Ley vasca 3/2015 de vivienda, incluyendo los DTR tanto para los procesos hipotecarios como en las transmisiones de edificios enteros destinados a uso residencial, y de viviendas en áreas con necesidad residencial.

²⁹ Este mismo modelo de vivienda que denominamos colaborativa se contempla en el art. 49 de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, aunque en este caso no se reconocen DTR sobre las mismas.

³⁰ *Vid.* el concepto que ofrece el art. 3 de la Ley 3/2023, de 13 de abril, de viviendas colaborativas de la Comunitat Valenciana, así como los requisitos que han de reunir este tipo de viviendas para garantizar su funcionalidad, seguridad y habitabilidad, de acuerdo con los arts. 5 y ss. de dicha norma.

suspensión de desahucios, prórroga de contratos), amparadas en títulos competenciales distintos al de vivienda³¹.

La taxatividad en la identificación legal de las transmisiones sujetas a DTR ofrece un grado aceptable de seguridad jurídica al mercado inmobiliario, que conoce con certeza las transmisiones que pueden ser objeto de DTR. Pero la complejidad de este sector de la economía, con un mercado muy volátil, una pluralidad de negocios jurídicos y la intervención de muchos actores sujetos a diversas regulaciones, exige además una técnica legislativa impoluta en la identificación de estos supuestos, que no siempre se consigue. Sirva de ejemplo el Decreto-ley valenciano 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública mediante los derechos de tanteo y retracto, cuya dificultad aplicativa en la identificación de las transmisiones sujetas a dichos DTR requirió la aprobación de dos Circulares para delimitar su ámbito de aplicación material y temporal³².

2.3.2. Modelos en que la ley habilita el ejercicio de los DTR, pero requieren de una posterior actuación administrativa para la concreción de las transmisiones

Hay otro grupo de legislaciones autonómicas en que los supuestos que habilitan el ejercicio de los DTR sobre viviendas no protegidas no vienen tasados en la propia ley, que sí reconoce estos derechos en favor de la Administración para cumplir con el principio de legalidad que impera en este ámbito, pero reenvía a una actuación administrativa posterior, normalmente un instrumento de planificación o catalogación a través del cual se materializa esa habilitación legislativa identificando la tipología de transacción y/o vivienda, o bien ámbitos territoriales o zonas sobre las que podrán ejercer los DTR en el caso de transmisión de viviendas ubicadas en estos espacios. Al igual que el modelo anterior, esta tipología regulatoria de DTR sirve como instrumento de intervención en el mercado de la vivienda, pero ofrece mayor libertad a la Administración para definir los lugares y/o las transmisiones concretas sobre las que ejercer los DTR, con un grado aceptable de seguridad jurídica para no afectar las reglas del mercado inmobiliario. Estos modelos normalmente sujetan un mayor número de transmisiones a tales derechos y requieren de una actuación muy procedimentalizada por parte de las Administraciones, que han de elaborar los correspondientes instrumentos de planificación o inventario, con las consecuencias que de ello pueden derivarse, entre ellas las múltiples vicisitudes

³¹ Téngase en cuenta que el Estado no contempló los DTR como medida para dar respuesta a la crisis habitacional ocasionada, e hizo uso de otros mecanismos como la prórroga de contratos de alquiler o la suspensión de desahucios. *Vid.*, por ejemplo, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como la modificación de ambas normas contenida en el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo.

³² *Vid.* la Circular 1/2019, de la Dirección General de Vivienda, Rehabilitación y Regeneración Urbana (DOGV de 22 de febrero), y la Circular 1/2021 de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana, para la aplicación del Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto (DOGV de 26 de mayo).

que genera su tramitación y posterior aprobación (en ocasiones se prevén procedimientos bifásicos, en los que intervienen los órganos autonómicos y de la Administración local), incluida la decisión de las Administraciones competentes de no impulsar tales procedimientos y por tanto dejar inaplicado el ejercicio de los DTR reconocidos en la disposición legal. Estos inconvenientes del modelo regulatorio se ven compensados por una mayor adaptabilidad en la toma de decisiones por parte de las Administraciones, que conocen mucho mejor que el legislador las concretas necesidades de vivienda y pueden territorializar con mayor precisión el ejercicio de estos derechos de adquisición preferente.

La concreción de los DTR a través de la delimitación de espacios que reconocen algunas legislaciones autonómicas en materia de vivienda converge con los denominados «retractos urbanísticos» que hemos señalado en el epígrafe anterior. En ambos casos, la delimitación de las áreas se erige en presupuesto esencial e inexcusable para el ejercicio de los DTR, y se requiere de una actuación administrativa de concreción que puede realizarse a través de distintos instrumentos cuya elección viene prefijada en la propia ley. Así, algunas legislaciones remiten a la aprobación de planes urbanísticos en los que se zonificarán los espacios sujetos a DTR, y en consecuencia reenvían a las disposiciones contenidas en la correspondiente legislación urbanística³³. Otras veces se dispone que la zonificación se concretará mediante acuerdo del Gobierno autonómico, o bien a través de la aprobación de planes de vivienda por parte del órgano autonómico o de la Administración local. Como es de ver, la elección de uno u otro instrumento predetermina todo un régimen jurídico del que cuando menos se derivará la tipología de procedimiento escogido, el órgano administrativo interviniente y las posibilidades de impugnación.

Sin duda, la elección de los planes urbanísticos para materializar los espacios sujetos a DTR es una opción muy adecuada, no sólo por su naturaleza normativa sino también por el grado de planificación que comporta su procedimentalización³⁴. Este modelo lo encontramos, por ejemplo, en la Ley catalana de vivienda al disponer que, para cumplir los objetivos de los planes locales de vivienda, los municipios pueden delimitar áreas en las que se puedan ejercer los DTR en favor de la Administración sobre edificios plurifamiliares enteros usados principalmente como vivienda, y áreas en las que se puedan ejercer los DTR sobre viviendas concretas. Estas disposiciones se completan con las posibilidades de modificación de los planes urbanísticos para zonificar áreas sujetas a los DTR

³³ Una expresa remisión a la competencia de los municipios para delimitar áreas que permitan el ejercicio de los DTR se encuentra, por ejemplo, en el art. 215 de la Ley 5/2022, de 15 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, referido a transmisiones onerosas de terrenos sin edificar, de terrenos con edificaciones declaradas en ruina o fuera de ordenación, o de terrenos destinados a la construcción de vivienda protegida sin ejecutar. *Vid.* también el art. 131 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que restringe dicha posibilidad a municipios con población igual o superior a 20.000 habitantes o que cuenten con Plan General de Ordenación Urbana.

³⁴ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?», en J. A. CHINCHILLA PEINADO y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (coords.), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 197-222.

contemplada en la legislación urbanística en favor de los municipios (texto refundido de la Ley de urbanismo aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto). Así, por ejemplo, Barcelona ha aprobado una modificación del Plan General Metropolitano para declarar todo el término municipal como área sujeta a DTR en favor del ayuntamiento, por un periodo de seis años que podrá prorrogarse por otros seis³⁵, y está pendiente de aprobación la Ordenanza reguladora de la sujeción de inmuebles destinados a vivienda a los derechos de tanteo y retracto en la ciudad³⁶.

Otras CCAA articulan la zonificación para el ejercicio de los DTR a través de la elaboración de un Catálogo, que normalmente se aprobará mediante acuerdo gubernamental. Es el caso de la Comunidad Valenciana al que luego nos referimos como modelo regulatorio híbrido. Importa destacar aquí de este instrumento de catalogación su escasa adecuación al concepto procedimental de plan, que implica un proceso ambicioso de obtención y elaboración de información y, en paralelo, un proceso de adopción de decisiones estructurado por el Derecho, fundamentalmente, a través de la dogmática de la ponderación, del que el mencionado Catálogo carece³⁷.

Un último patrón que responde al modelo que analizamos en este apartado es aquel que reenvía la concreción de la tipología de transacción y/o de vivienda sobre la que ejercer los DTR a lo que dispongan los correspondientes planes de vivienda o instrumentos para la ejecución de programas de vivienda. La idoneidad de estos instrumentos para concretar los DTR respecto de las opciones anteriores es mucho menor, y compartimos las acertadas críticas que se han formulado en orden al escaso o nulo alcance planificador de los planes de vivienda³⁸ y a la ausencia de eficacia espacial de sus disposiciones³⁹, que precisamente es un elemento determinante para la efectividad de los DTR. Este modelo se ha reconocido, por ejemplo, en el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha⁴⁰. Y también en la Ley andaluza 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto

³⁵ Vid. el Edicto de 14 de diciembre de 2018, sobre acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del municipio de Barcelona (*DOGC* de 20 de diciembre).

³⁶ El texto de la Ordenanza ha superado el periodo de información pública y está pendiente de aprobación definitiva. El texto y estado de la tramitación puede consultarse en la dirección electrónica <https://ajuntament.barcelona.cat/transparenciales/ordenanza-tanteo-y-retracto-2023> (último acceso: 14 de abril de 2024).

³⁷ RODRÍGUEZ, 2024: 199-201. Esta misma idea sobre la necesidad de que el plan respete trámites esenciales para justificar su adecuación la expresa L. M. ARROYO YANES, «Los derechos de adquisición preferente de naturaleza legal en favor de las Administraciones públicas», en E. BOSCH CAPDEVILA, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. BLANDINO GARRIDO y P. DE BARRÓN ARNICHES (coords.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, 2021, pp. 569-638.

³⁸ RODRÍGUEZ, 2024: 197-222, sostiene que los tradicionales planes estatales de vivienda han sido hasta ahora normas reglamentarias, pero no son calificables como verdaderos planes.

³⁹ VAQUER, 2017: 68-85.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, el art. 83.1.a) del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, al disponer que estarán sujetos al derecho de tanteo y, en su caso, de retracto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las transmisiones onerosas de los bienes inmuebles, sean terrenos o edificaciones, comprendidos en Planes de Singular Interés y Proyectos de Singular Interés formulados para la ejecución de programas de vivienda.

en desahucios de viviendas, cuyo art. 72 prevé como requisito para el ejercicio de los DTR que los supuestos de aplicación estén delimitados en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, instrumento que deberá concretar la tipología de viviendas que podrán ser objeto de tanteo y retracto, así como de las condiciones socioeconómicas de las personas a las que serán destinadas las viviendas (art. 80)⁴¹. El precepto ha tenido escasa o nula aplicación, pese a las quejas formuladas por el Defensor del Pueblo andaluz sobre la dejación en la aprobación de planes municipales de vivienda y suelo en que se delimiten los supuestos en que podrán ejercerse los DTR⁴².

2.3.3. Modelos híbridos

Un último modelo regulatorio, que denominamos híbrido, combina la identificación de supuestos tasados en texto de la Ley, donde se establece la tipología de transmisiones de viviendas no protegidas que se someten a DTR, con una habilitación legal para que la Administración identifique zonas o espacios sujetos a estos derechos. Un caso paradigmático de este modelo es el de la Comunitat Valenciana tras la aprobación del Decreto-ley 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública mediante los derechos de tanteo y retracto. En desarrollo de las disposiciones establecidas en dicho texto, que concretan un conjunto de transmisiones «singulares» sujetas a DTR, se aprueba el Catálogo de áreas de necesidad de vivienda (Catálogo ANHA)⁴³. Por su forma jurídica, el Catálogo se articula a través de una actuación gubernamental⁴⁴, precedida de los estudios elaborados por el Observatorio valenciano de vivienda y sin sujeción a periodo de información pública, por lo que cuenta con un grado de procedimentalización muy reducido para desplegar la función planificadora deseable en estos casos. Con todo, hemos de señalar que la apuesta del segundo Govern del Botànic por impulsar el ejercicio de los DTR a través de este modelo regulatorio ha dado unos resultados muy satisfactorios en orden al número de adquisiciones realizadas a través del ejercicio de los DTR, con un total de 285 viviendas incorporadas al parque público de vivienda, por importe global de 11.653.410,76 euros durante el periodo comprendido entre junio de 2019 y junio de 2021⁴⁵.

⁴¹ Un análisis de la regulación andaluza, en ARROYO, 2021: 569-638.

⁴² Son muy ilustrativas del escaso recorrido de estos planes de vivienda, las quejas de oficio incoadas por el Defensor del Pueblo andaluz ante el retraso y dejación en el cumplimiento de la obligación de aprobar Planes Municipales de Vivienda y Suelo. La noticia puede consultarse en la dirección electrónica <https://www.defensordepuebloandaluz.es/preguntamos-por-los-municipios-que-aun-no-disponen-de-un-plan-municipal-de-vivienda-y-suelo> (último acceso: 14 de abril de 2024).

⁴³ Orden 2/2021, de 20 de abril, de la Vicepresidencia Segunda y Consellería de Vivienda y Arquitectura Bioclimática, por la que se aprueba el Catálogo de áreas de necesidad de vivienda.

⁴⁴ Es de notar que el Dictamen 2021/0199, de 14 de abril, del Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana emitido sobre el Proyecto de Orden por la que se aprueba el Catálogo de Áreas de Necesidad de Vivienda, contemplado en el Decreto-ley 6/2020, señaló la adecuada justificación de la norma, pero su discrepancia en su aprobación por orden y no por decreto del Consell.

⁴⁵ Información obtenida de los documentos de trabajo de la Dirección General de Vivienda, con el desglose por años e importes correspondientes a cada anualidad, accesible desde la dirección electrónica:

3. ¿TIENEN INCENTIVOS LAS ADMINISTRACIONES PARA EJERCER LOS DTR?

Llegados a este punto de la exposición ya se habrá advertido que la conformación y ejercicio de los DTR que analizamos presenta un elevado grado de complejidad, que necesariamente desincentiva su elección como técnica para la formación de vivienda pública. Varias son las razones, algunas de las cuales se han expuesto en los epígrafes anteriores.

En primer lugar, se trata de una figura cuya teoría general, como institución de Derecho público, está todavía por hacer y presenta contornos difusos por relación a otros derechos preferenciales que también pueden servir para garantizar el derecho de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o el derecho de opción reconocido en algunas legislaciones⁴⁶, e incluso los DTR reconocidos por la legislación civil (herederos, etc), que igualmente pueden ejercer las Administraciones. Existen, además, algunas zonas de fricción con otras figuras que operan en los mismos ámbitos de actuación, como las prohibiciones de disponer, las transmisiones forzosas a través de la vía de apremio⁴⁷, la permuta⁴⁸, y en menor medida la expropiación forzosa⁴⁹.

El Derecho positivo no ha contribuido a facilitar la definición de estos derechos y, aunque desde un primer momento prácticamente todas las leyes autonómicas en materia de vivienda han reconocido los DTR respecto de las viviendas de protección pública, su efectivo ejercicio por parte de las Administraciones ha sido anecdótico. No es hasta fechas más recientes, consecuencia de un momento de emergencia habitacional sin precedentes en nuestro país, que las Administraciones han reivindicado un marco

https://descargas.five.es/calabi/XALOC/22072021_Elena_Azcarraga_XALOC.pdf (último acceso: 15 de abril de 2024).

⁴⁶ Vid. el art. 28 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón, en relación con el derecho de opción sobre viviendas protegidas de promoción privada. Y vid. también el art. 88 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, respecto de viviendas de protección oficial.

⁴⁷ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 5 de mayo de 1994 (Rollo de Apelación núm. 948/1993), al declarar que también en los casos de venta forzosa se han de respetar los derechos de adquisición preferente de la Administración contenidos en el art. 54 del Real Decreto 3148/1978.

⁴⁸ Por ejemplo, algunas legislaciones urbanísticas incorporan las permutas y otros negocios jurídicos a las transmisiones sujetas a DTR. Vid., por ejemplo, el art. 131.6 de la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León; y el art. 244 del Decreto Foral legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra, respecto de permutas entre sujetos privados. En este último caso, el ejercicio de los DTR consistirá en la asunción por la Administración del compromiso de entregar las edificaciones a construir o parte de ellas, en las mismas condiciones que las pactadas entre las partes.

⁴⁹ Sobre las diferencias entre los DTR y la expropiación forzosa, P. PUÑET GÓMEZ, «Notas sobre la naturaleza jurídica de los derechos administrativos de adquisición preferente: repercusiones prácticas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 81, 2011, pp. 149-194 (pp. 171 y ss.). Señala la autora que en los tanteos y retractos plenamente administrativos la legislación no contempla la expropiación formal como instrumento puramente alternativo, mientras que es común que la contemple en relación con muchos de los tanteos y retractos administrativos de naturaleza civil como el de costas y, en ocasiones, el de montes.

normativo más amplio y ajustado a las demandas ciudadanas, en respuesta a las cuales las legislaciones autonómicas comienzan a reconocer estos derechos preferenciales sobre transmisiones «singulares», de acuerdo con los distintos modelos regulatorios que hemos expuesto en los apartados precedentes. Aun así, las Administraciones siguen siendo reacias a ejercer estos derechos, porque identifican pocas ventajas en su elección como seguidamente se dirá.

En segundo lugar, el ejercicio de los DTR tiene un elevado coste procedimental que, cuando menos en los modelos regulatorios en los que la ley sólo habilita el ejercicio de derecho y se requiere de una actuación administrativa de concreción a través del instrumento previsto en cada caso (plan, catálogo), resulta muy disuasorio para las Administraciones competentes. Pensemos en que, por ejemplo, la aprobación de la zonificación comporta un exigente y dilatado proceso de planificación que, al menos a corto plazo, no permitirá utilizar los DTR. En esta tesitura, es normal pensar que muchas Administraciones considerarán mantener estos mismos mecanismos (en concreto los que autoriza la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas), antes que iniciar un procedimiento de planificación de acuerdo con la legislación territorial y urbanística, de inciertas consecuencias. Pero aun en los modelos regulatorios en que la ley concreta taxativamente las transmisiones que autorizan su ejercicio y la Administración sólo ha de realizar un acto aplicativo, el específico y muy complejo mecanismo de funcionamiento de los DTR tampoco hace muy atractiva la elección de estas figuras. Pensemos que, de inicio, ha de existir una libre decisión del transmitente (esta es una de las diferencias sustanciales para con la expropiación, impuesta en virtud de la autotutela administrativa), que esta pretensión requiere después de una actuación autorizatoria por parte de la Administración (aunque sea a través de técnicas menos incisivas como son la notificación o comunicación de la voluntad de transmitir), y una posterior expresión de la voluntad de ejercer el tanteo (y en su caso, el retracto) explícitamente manifestada por la Administración dentro de los plazos establecidos (que son plazos de caducidad y no de prescripción). A todo este peregrinaje procedimental, que hemos resumido mucho, se ha añadido la posibilidad de que el transmitente, después de haber notificado o comunicado su voluntad de transmitir y de que la Administración haya iniciado sus diligencias, retire dicha propuesta sin ni siquiera justificar las razones, situación que entendemos posible pues no nos consta que dicha opción esté prohibida (o sancionada) en ninguna legislación⁵⁰.

En efecto, la decisión de tantear, una vez comunicada la voluntad de transmitir, requiere de una previa y rigurosa actividad administrativa de investigación e información sobre la vivienda que se propone transmitir. Aunque el transmitente tiene obligaciones informacionales articuladas a través de la notificación o comunicación de la voluntad de transmitir, que ha de acompañarse de la expresión de un conjunto de circunstancias pre-

⁵⁰ Cosa distinta es la negativa del transmitente a formalizar la transmisión en favor de la Administración que ejerce el derecho de tanteo, pues en este caso podrá ejercitarse la correspondiente acción judicial ante la jurisdicción civil (SAP de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2002 (rec. núm. 1227/2001).

fijadas en la ley cuyo incumplimiento además del retracto puede conllevar la imposición de sanciones, no podemos obviar que en el caso de transmisiones «singulares» (referidas a viviendas no sujetas a régimen de protección pública) existen circunstancias que las tratan más si cabe el interés de la Administración por ejercer estos derechos. Téngase en cuenta que el transmitente es, en muchas ocasiones, un ciudadano medio al que se le pide conocer si su vivienda está o no en determinada zona o catálogo sujeto a DTR (normalmente no sabrá siquiera que existen estos instrumentos), o que el negocio jurídico de transmisión que desea realizar (oneroso y/o gratuito) está o no sujeto a estos derechos (compraventa, dación en pago, donación, herencia...), que dichos derechos sólo pueden ejercerse en caso de primera, segunda o sucesiva transmisión (hay que identificar la correspondiente regulación) aunque estará exceptuada si se realiza entre cónyuges o descendientes, etc. Aunque algunas legislaciones han introducido mecanismos para aligerar esta complejidad regulatoria⁵¹, son tantas las circunstancias y regímenes que inciden en el ejercicio de estos derechos (a buen seguro el lector ha podido percibir este desasosiego a lo largo de estas líneas), que no es de extrañar que las Administraciones muestren reticencias al ejercicio de estos derechos.

A las dificultades que presentan las obligaciones informacionales de los transmitentes y adquirentes se añade la intervención de otros muchos los operadores jurídicos. También los notarios y registradores, así como los órganos jurisdiccionales asumen responsabilidades respecto de las transacciones sujetas a DTR, con un régimen específico y en no pocas ocasiones nada sencillo a cumplir, que incrementa los costes transaccionales y genera inseguridad jurídica en el mercado de la vivienda⁵².

Otro de los aspectos a considerar en la conformación de los DTR y su elección como mecanismo para la formación de vivienda pública tiene que ver con la exigencia de motivación que requiere toda decisión administrativa adoptada en el procedimiento para el ejercicio de estos derechos. Con carácter general, esta motivación puede entenderse implícita cuando se trata de DTR sobre viviendas sujetas a protección pública, aunque

⁵¹ Por ejemplo, el art. 84 del Decreto-legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha contempla la creación de un registro administrativo específico de bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto, y su relación con las funciones públicas notarial, registral, hipotecaria y mercantil.

⁵² Buena prueba de dicho es que, por ejemplo, la Comunidad de Madrid suscribió un Convenio con el Colegio Notarial de Madrid para aligerar las obligaciones informacionales de los transmitentes, en aplicación de la Orden 2907/2005, de 23 de septiembre, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se delimitan suelos sometidos al derecho de tanteo y retracto. La información está accesible desde la dirección electrónica: <https://www.elnotario.es/132-hemeroteca/revistas/revista-7/2905-resumen-del-convenio-0-6146172365309831> (último acceso: 12 de abril de 2024). Entre otras disposiciones, el Convenio flexibiliza las obligaciones informacionales que deben garantizar los notarios al acordar que la comunidad considerará suficiente que, en los casos de renuncia al derecho de tanteo y decaimiento del derecho de retracto por transcurso del plazo, el notario consigne en la escritura la declaración del transmitente de haber cumplido con lo prescrito, junto con la advertencia expresa de la posibilidad de retracto, siempre que al mismo tiempo se le notifique a la comunidad por vía telemática el otorgamiento, con todos los datos pertinentes, comenzando el plazo para el ejercicio del citado derecho en el momento de la notificación.

cuando menos deberá justificarse la elección de la tipología y ubicación de la vivienda sobre la que se decide el ejercicio. Pero requiere de un mayor esfuerzo cuando se trata de transmisiones «singulares», como mecanismo de control de la discrecionalidad en la elección de las concretas transmisiones sobre las que se van a ejercer los DTR⁵³. Algunas legislaciones, como por ejemplo la Ley andaluza de vivienda, recogen expresamente la obligación de motivar como contenido del acuerdo que ha de adoptar la consejería competente en materia de vivienda, tanto en los casos en que decide ejercer los DTR como en los que no se quieren ejercer tales derechos, comunicando esta circunstancia junto con su motivación a la persona titular de la vivienda y a los demás interesados (art. 73). En otras CCAA, el órgano administrativo competente ha explicitado criterios generales para orientar la decisión de ejercer estos derechos, en un ejercicio de transparencia de la actuación administrativa, muy de agradecer. Es el caso por ejemplo de la Comunitat Valenciana, referido por ejemplo a la prioridad de ejercer los DTR en caso de transmisiones sobre viviendas sin cargas registrales o que cuenten con certificado final de obras, con el objetivo de facilitar la rápida adjudicación de estas viviendas⁵⁴.

Una tercera razón por la que las Administraciones pueden no tener incentivos para ejercer los DTR, quizá la más importante, es el precio de la adquisición. Desde un análisis económico del Derecho que no podemos abordar aquí, la fijación del precio de adquisición de las viviendas a través de los DTR no siempre es económicamente eficiente, cuando menos respecto de las transmisiones «singulares». Y en todo caso, impone cargas hoy inasumibles por muchas Administraciones, al requerir un conocimiento especializado del mercado inmobiliario para el que, de ordinario, no cuentan con medios personales y sobre todo con medios técnicos especializados. En efecto, la determinación del precio de la vivienda es un factor decisivo (el más decisivo, diríamos) para que la Administración valore la oportunidad de ejercer los DTR. Bien es cierto que en esta tarea, el Derecho positivo contribuye estableciendo limitaciones cuando la transmisión afecta a viviendas sujetas a algún régimen de protección, aunque variará en función de las distintas tipologías y regímenes. Algunas legislaciones autonómicas también han establecido reglas para la determinación del precio cuando se trata de adquisiciones por dación en pago, señalando que vendrá determinado por el valor del crédito del que trae causa; y cuando la adquisición es consecuencia de una ejecución hipotecaria, tanto judicial como extrajudicial, el precio será el efectivamente satisfecho por el adquirente y,

⁵³ Téngase en cuenta que la decisión de ejercer el tanteo puede referirse a viviendas de ciertas características o con servicios (piscina u otros elementos comunes que, por exceder del estándar habitacional, merecen de especial motivación). No se entendería el ejercicio de un DTR sobre este tipo de viviendas habiendo otras que igualmente cumplen la función habitacional, a excepción de las denominadas viviendas colaborativas, que requieren de este tipo de servicios por las necesidades de quienes las habitan.

⁵⁴ Por ejemplo, la Conselleria de Vivienda de la Generalitat Valenciana ha fijado criterios para motivar la decisión de ejercer los DTR. Así, por ejemplo, se priorizan las viviendas que cuentan con certificado final de obra, con el objetivo de minimizar el tiempo necesario para la adecuación de las viviendas y poder adjudicarlas cuanto antes. También se propone no adquirir viviendas con cargas registrales, pues obviamente comporta un mayor gasto en la adquisición, pero no hay obstáculo a la adquisición de viviendas ocupadas, pues también el DTR sirve para evitar desahucios, reduciendo la carga administrativa y judicial que estos comportan.

además, los gastos soportados por este, y directa e inmediatamente causados por dicha ejecución⁵⁵. Muy posiblemente, estas reglas limitativas del precio de adquisición pueden ser muy atractivas para que las Administraciones ejerzan los DTR, siempre que el estado de conservación y demás condiciones físicas y jurídicas de la vivienda sean las adecuadas para su incorporación al parque público⁵⁶.

Por otra parte, no podemos olvidar que el ejercicio de los DTR requiere el reconocimiento de las correspondientes partidas en los presupuestos anuales, lo que exige un grado de compromiso político en la formación del parque público de vivienda, pero también de programación económica para el ejercicio de tales derechos. Algunas CCAA han elevado esta previsión a obligación legal contenida en la legislación en materia de vivienda. Es el caso de la Ley navarra de vivienda, cuyo art. 51.2 *bis* recoge una consignación anual en sus Presupuestos Generales no inferior al millón de euros en 2023 y creciente hasta los dos millones en el 2025 para el ejercicio de los DTR. La reserva presupuestaria también comporta costes procedimentales, derivados por ejemplo de la posible cesión de los DTR en favor de otras Administraciones o de terceros, que pueden ser beneficiarios de acuerdo con las correspondientes legislaciones. En estos casos, las legislaciones autonómicas suelen distinguir entre el precio de adquisición de la vivienda, que en el caso de vivienda protegida vendrá fijado por la correspondiente tipología, y los gastos que puede generar el ejercicio de los DTR, estableciendo que estos serán de cargo del adquirente. En otras legislaciones, por ejemplo, la Ley andaluza de vivienda, se dispone que el ejercicio de los DTR estará limitado por las disponibilidades presupuestarias existentes (art. 72), abriendo así la puerta a dejar inaplicable el ejercicio de los DTR cuando no hay voluntad política de dotar las partidas correspondientes⁵⁷.

Una última razón que puede desincentivar el ejercicio de los DTR por parte de las Administraciones tiene que ver con las dificultades derivadas de la gestión de los parques públicos de viviendas, que necesitan para su mantenimiento de una adecuada y continuada atención que no todas las Administraciones pueden asumir. Lo que quiere decirse con esto es que la eficacia de los DTR como instrumentos para la formación de vivienda pública requiere no sólo de un régimen de ejercicio adecuado sino, sobre todo, de mecanismos que garanticen la buena gestión y mantenimiento continuado del parque

⁵⁵ *Vid.* el art. 73 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

⁵⁶ De ahí que algunas Administraciones se jacten de ejercer DTR que permiten adquirir viviendas por un euro, a través de conformar grandes lotes de viviendas. *Vid.* la nota de prensa emitida por la Consellería de Vivienda de la Generalitat Valenciana, referida a la compra de 4 nuevas viviendas, pertenecientes al Banco de Sabadell, a través del derecho de tanteo y retracto, que pasan a ampliar así el parque público de vivienda. Entre ellas están las dos viviendas que han sido adquiridas por un euro cada una y otra por 29 euros. Documento accesible desde la dirección electrónica <https://comunica.gva.es/es/detalle?id=361376349&site=174859795> (último acceso: 12 de abril de 2024).

⁵⁷ Sobre la inclusión de los gastos como concepto distinto del precio, *vid.* también el art. 117.3 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón. *Vid.* también la STC 8/2023, sobre el alcance competencial de la Comunitat Valenciana respecto de la fijación de los gastos derivados del ejercicio de los DTR.

público en que se integrarán estas viviendas una vez adquiridas. Es por ello que algunas Administraciones, y muy concretamente los ayuntamientos, suelen ser reacios a ejercer los DTR, que es una posibilidad prevista en la mayoría de las legislaciones autonómicas, e incluso a aceptar la posición de beneficiarios de tales derechos en el caso de que se ejerzan por la Administración autonómica⁵⁸.

Aunque hemos señalado los escasos incentivos que el ejercicio de los DTR ofrece a las Administraciones, no podemos terminar sin poner en valor que toda adquisición a través de estos derechos no responde a una voluntad de adquirir por adquirir, sino de adquirir para dar respuesta a las necesidades de vivienda a través de los procedimientos de adjudicación. La integración de estas viviendas en el correspondiente parque público de vivienda conlleva la formación de un patrimonio separado que evitará enajenaciones otrora acaecidas, en detrimento del derecho de acceso a la vivienda. En esta dirección apuntan algunas legislaciones autonómicas en materia de vivienda, acompañando tales previsiones de la calificación permanente de las viviendas incorporadas al parque público como consecuencia del ejercicio de los DTR. Ahora también lo dispone el art. 27 LDV, previendo que la integración de las viviendas en el parque público impedirá su enajenación a personas distintas de otras Administraciones públicas, sus entes instrumentales o a personas jurídicas sin ánimo de lucro, dedicados a la gestión de vivienda con fines sociales, con la finalidad de impedir que la gestión de los parques públicos sea puesta al servicio de fines ajenos a los de la política de vivienda⁵⁹. Sólo por esto, nos parece, ya merece la pena que las Administraciones exploren todas las posibilidades que para sus respectivos territorios pueden ofrecer los DTR.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, L. M.: «Los derechos de adquisición preferente de naturaleza legal en favor de las Administraciones públicas», en E. BOSCH CAPDEVILA, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. BLANDINO GARRIDO y P. DE BARRÓN ARNICHES (coords.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, 2021, pp. 569-638.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: «Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda», *QDL*, núm. 59, 2022, pp. 35-64.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M.: «Propiedad privada y disciplina del mercado en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda», *QDL*, núm. 59, pp. 14-34.

⁵⁸ Por ejemplo, la Comunitat Valenciana cuenta con distintas medidas de fomento para impulsar el ejercicio de los DTR por parte de los ayuntamientos, en concreto la suscripción de Convenios con los ayuntamientos interesados en la cesión de los DTR, articulados en la denominada Xarxa XALOC, que hasta 2021 contaba con la adhesión de 21 ayuntamientos de toda la Comunitat. También, el Govern del Botànic concedió subvenciones dirigidas a entidades locales para la devolución del 100 por 100 de las inversiones realizadas en la adquisición de vivienda pública, a través del denominado Plan ADHA. En concreto, para el ejercicio 2021 se fijó un presupuesto de 10.000.000 euros (*DOGV* de 29 de junio de 2021).

⁵⁹ M. VAQUER CABALLERÍA, «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *QDL*, núm. 59, pp. 96-117 (p. 115).

- MENDOZA OLIVAN, V.: «Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal», *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, pp. 163-194.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: «Los retractos legales a favor de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 165, 2004, pp. 53-85.
- PUÑET GÓMEZ, P.: «Notas sobre la naturaleza jurídica de los derechos administrativos de adquisición preferente: repercusiones prácticas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 81, 2011, pp. 149-1940.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: «¿Son verdaderos planes los planes estatales de vivienda?», en J. A. CHINCHILLA PEINADO y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (coords.), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 197-222.
- VaquER CABALLERÍA, M.: «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja», *REALA*, núm. 7, 2017, pp. 68-85.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Competencias estatales para la aprobación de la Ley por el derecho a la vivienda», en J. A. CHINCHILLA PEINADO y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (coords.), *Estudios sobre el derecho a la vivienda*, RDU, 2024, pp. 23-62.

Financing Local Governments in South Africa

Prof. Jaap DE VISSER

National Research Chair in Multilevel Government, Law and Development

Dullah Omar Institute

University of the Western Cape

ORCID ID: 0000-0003-3539-1710

ABSTRACT

The intergovernmental fiscal architecture for local governments in South Africa is a product of the negotiations in the late 1990ties to end apartheid, a thorough consideration at the time of what funding system for local government would serve a democratic South Africa the best, and the many developments that the system has undergone since its inception around the turn of the century. The architecture reflects South Africa's integrated system of multilevel government. The national government has a virtual monopoly on all taxes, and provinces almost rely almost entirely on transfers. Municipalities fund their budgets with own revenue, complemented by an equitable share of national revenue and conditional grants. This contribution sets out the considerations that influenced the system of financing local government, designed to usher in democracy at local level. It then examines the framework for own revenue generation by municipalities as well as the system for determining intergovernmental transfers. It considers practical challenges with the implementation of this framework, the extent to which the assumptions that underpin the architecture are still valid, and the system's capacity to respond to changing circumstances.

Keywords: South Africa; local fiscal autonomy; intergovernmental relations; local taxation; equitable share; division of revenue; intergovernmental transfers; conditional grants.

* Fecha de finalización del trabajo: 15 de abril de 2024.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. LOCAL GOVERNMENT’S EXPENDITURE ASSIGNMENT.—3. OVERVIEW OF INTERGOVERNMENTAL FISCAL RELATIONS: 3.1. The rationale for South Africa’s system of financing local governments. 3.2. Own revenue: 3.2.1. Property rates and service charges. 3.2.2. Borrowing. 3.3. Intergovernmental transfers: 3.3.1. Vertical division of nationally generated revenue. 3.3.2. Horizontal division of nationally generated revenue. 3.3.3. The process towards the Division of Revenue Act.—4. THE EQUITABLE SHARE.—5. CONTESTATION SURROUNDING THE EQUITABLE SHARE.—6. CONDITIONAL GRANTS.—7. CONCLUSIONS—8. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCTION

South Africa’s 1996 Constitution establishes a multilevel state with nine provinces and 257 municipalities. The multilevel government system was one of the outcomes of the negotiations that led to the dismantling of the apartheid system, and the introduction of democracy. It establishes a quasi-federal structure with provinces that have their own democratically elected leadership and constitutionally protected powers, but that operate within a highly integrated multilevel government and financial arrangement. The Constitution guarantees that local governments are led by democratically elected councils. They have constitutionally protected powers, and enjoy considerable fiscal autonomy.

This contribution focuses on how these local governments are funded. It briefly examines the history of local government, and discusses the rationale for the key choices that were made to structure a funding framework for municipalities in the post-apartheid era. It then sets out the own revenue sources of municipalities as well as the system of intergovernmental grants. Throughout the discussion, it will present observations about the challenges and opportunities in implementing the system.

2. LOCAL GOVERNMENT’S EXPENDITURE ASSIGNMENT

The nine provinces and 257 municipalities together are responsible for 52.9 % of total government expenditure, with municipalities responsible for 21 % of that share, and provinces 31.8 %. This is comparable to the situation in Spain where subnational governments are responsible for 47.3 % of government expenditure, with state and local governments spending 35.2 % and 12.2 % respectively (OECD/UCLG, 2022).

The 257 municipalities comprise eight single-tiered metropolitan municipalities and 44 district municipalities. Within those (two-tiered) district municipalities, there are 205 local municipalities. Expenditure assignments set out in the Constitution is largely symmetric: all nine provinces have the same constitutional powers. In principle, so do all local governments. Municipalities are responsible for the delivery of basic services to end-users, such as water, sanitation, refuse removal, and electricity. They perform infrastructure functions such as town planning, building regulations, and storm-

water drainage, and are also responsible for environmental health services and municipal public transport. Furthermore, they perform community services such as street lighting, cleansing, and firefighting¹. National and provincial governments may regulate these local government matters but only with minimum standards². Metropolitan municipalities perform all of the above functions. However, for district and local municipalities, a division of powers applies within each district, which distributes local government powers between the district municipality and the local municipalities within it.

3. OVERVIEW OF INTERGOVERNMENTAL FISCAL RELATIONS

The above expenditure assignment is complemented with the assignment of own revenue powers and intergovernmental transfers. The national government has a virtual monopoly over taxation. It collects almost all major taxes. Provinces have no constitutionally guaranteed taxing powers. They are almost entirely reliant on intergovernmental transfers with 96.6 % of provincial revenue coming from the national government³.

Local governments are expected to raise significant own revenue to fund at least a part of their expenditure. They are constitutionally empowered to levy property rates and charge fees for services⁴. On aggregate, municipalities are 75 % self-funded. Vertical and horizontal imbalances in local government are addressed with intergovernmental transfers, determined annually in an Act of Parliament. Local governments receive an unconditional grant, called the 'equitable share', and conditional grants. Furthermore, the allocation of responsibilities and resources to local government is complemented by a comprehensive system of financial and performance monitoring and supervision of municipalities by provinces and national government. Before unpacking this system in more detail, a brief overview of its rationale will follow.

3.1. The rationale for South Africa's system of financing local governments

The framework for the financing of local governments is informed by the history of local government under apartheid, and the choices that were made during the transition to democracy⁵. Under apartheid, local government was undemocratic, fragmented, subservient and racist. In line with the apartheid logic, there were separate local authorities for each racial category. While white voters could elect their councillors to lead white local authorities, the local government structures for black, Indian and coloured communities were led by stooges, appointed by the apartheid government. Local authorities

¹ See section 156(1)(a), read with Schedules 4B and 5B of the Constitution.

² Sections 155(6) and 155(7) of the Constitution.

³ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 70.

⁴ Section 229(1)(a) Constitution.

⁵ For an overview of the history of local government, see STEYTLER and DE VISSER, 2023, Chapter 1.

were subject to intrusive national and provincial oversight, and the local government system was designed to implement the apartheid policy to segregate racial categories, and exploit the black majority. One of the most pernicious aspects of the apartheid local government system was its exploitative financing system. White local authorities governed distinctly demarcated wealthy areas with a buoyant tax base: they had the authority to tax properties and charge fees for services such as water, sanitation, electricity, refuse removal. As a result, they were able to deliver municipal services to their white residents that were more than adequate. In contrast, economic activity in the demarcated black, coloured and Indian areas was severely restricted, and their residents overwhelmingly poor. Their local authorities were thus starved of revenue, and dependent on meagre and unpredictable funding from the national government. Aside from being undemocratic and illegitimate, they were thus set up to fail in providing even the most basic level of services to guarantee the dignity of their residents. The integration of these racially separated local governments, in addition to their democratisation, was thus an imperative during the transition to democracy. This was aptly captured by the slogan 'one municipality, one tax base' (STEYTLER and DE VISSER, 2023: 1-11). Integrating the fragmented local authorities was necessary to enable integrated planning and redistribution within local governments. This was implemented with the result that the number of local authorities was drastically reduced from more than 1000 before 1994 to 284 in 2000 (and later reduced further to 257).

A further consideration was the need to protect local government autonomy by guaranteeing its authority to raise revenue. The authority to making spending decisions on a local government function, and the responsibility to raise revenue for it, should ideally be located in the same level of government. This would promote local accountability and enable local governments to deal with the necessary trade-offs, instead of creating local governments that would be dependent on senior governments for funding their expenditure (DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT, 1998 G 2.1). At the same time, it was also determined that certain taxes would be best administered nationally, particularly the taxation of mobile tax bases such as personal and corporate income tax, and value-added tax.

There was also a realisation that, despite the prospect of integrated local authorities, national government was going to be better placed to ensure redistribution from wealthy regions to poorer regions. Not every local government was going to be able to extract the same level of resources from its residents. While the new, democratic and integrated local governments were going to play a role in redistributing resources from wealthy to poorer areas, they were obviously going to be limited to their own jurisdictions. In addition, the incoming national government, led by the African National Congress (ANC), was not convinced that every democratically elected local government was going to share its commitment to racial equality and redistribution. Consequently, it was decided that the national government needed to collect the majority of revenue, and take responsibility for distributing it across the provinces and local governments (VAN RYNEVELD, 1990).

Another consideration was that affording local governments fiscal autonomy (i.e. powers to levy taxes, borrow and determine spending priorities) would need to be balanced with the need to protect South Africa's fragile macro-economic stability, economic unity, and the health of the local, regional and national economy. For example, if local governments were to be permitted to raise taxes and fees excessively, it would drive up inflation, and disrupt macro-economic stability. Furthermore, economic unity and the free flow of goods and services would be jeopardised if local governments would use their taxing authority to erect barriers to the movement of goods and services, or if they would compete with one another for the lowest tax rate, resulting in a 'race to the bottom'. Finally, the unwieldy use of local taxes and fees could increase the cost of local goods and services and put a drag on the (local) economy. This prompted the drafters of the Constitution to reserve a strong regulatory role for the national government over municipal revenue and expenditure. Local government's constitutionally guaranteed revenue raising powers were thus limited to property rates and services fees, and national government was going to determine a national framework for these. Also, any further revenue raising powers would need to be based on legislation⁶.

In conceptualising a future democratic local government system, it became clear that local government was going to have more responsibilities than it would be able to generate own revenue for. To fill this gap, intergovernmental transfers were going to be necessary. The determination of the size and purpose of these grants was going to be a critically important exercise performed by the national government. Particularly given South Africa's tumultuous past, it was going to be important that this power was not going to be neglected, or abused for nefarious political ends. Allocations had to be determined objectively, transparently, and based on reliable data. Furthermore, intergovernmental funding was going to have to at least address the need for (re)distribution (DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT, 1998, G 2.2.3). Finally, the concerns of the recipients of the grants, i.e. the local governments, needed to be included in the dialogue towards the determination of these grants (DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT, 1998, G 2.2.5). Trust in the process of determining intergovernmental transfers was essential, given the history of using financial and fiscal arrangements to exploit the black majority, as well as the still precarious nature of the new multilevel government constellation.

What follows is a brief outline of the most important features of the system that was designed, together with observations on its implementation to date.

3.2. Own revenue

The essential features of South Africa's intergovernmental fiscal system for (provincial and) local government are set out in Chapter 13 of the Constitution. In essence, the

⁶ Section 229(1)(b) and (2) of the Constitution.

system is based on municipalities collecting their own revenue, complemented by inter-governmental transfers to correct fiscal imbalances. The integrated or centralised nature of South Africa's multilevel government system comes through in the second feature, namely that there is an elaborate system of supervision, i.e. regulation and monitoring of financial performance.

3.2.1. Property rates and service charges

Section 229(1)(a) of the Constitution provides that municipalities may impose property taxes and charge fees for the services they provide. This broadly aligns with their constitutional powers which revolve around the built environment and the delivery of services to households. Several municipal functions entail the delivery of services to end-users who pay for those services, and where, in principle, cost recovery is thus possible. For example, municipalities may charge end-users for the provision of electricity, water, sanitation, and refuse removal. The municipal authority to determine, collect and retain property rates, and to charge fees for services is constitutionally guaranteed: in principle there is no empowering legislation needed. However, section 229(2) of the Constitution makes it clear that the national government regulates how municipalities may exercise these powers.

Property rates are levied in terms of a framework set out in the Local Government: Municipal Property Rates Act 6 of 2004 (MPRDA)⁷. The MPRDA grants local governments considerable discretion to value and rate immovable property. Local governments may determine property categories, attach rates to those categories, and determine annual rates increases. The MPRDA also sets limits. It instructs municipalities to adopt property rates policies in which they set out their policy approach, justify ratios (see below), rebates and exemptions (DE VISSER, 2013). A set of principles apply to these policies, which must then be passed as by-laws, to give them external effect. As part of the preparation of the annual budget, the municipality determines a rate on property. Other limits in the MPRDA to the municipal authority to set property rates include:

- principles for determining property values;
- caps on annual increases;
- mandatory property categories;
- maximum ratios for certain categories (e.g. agricultural property may not be rated beyond a certain ratio relative to residential property); and
- mandatory exclusions (mining rights, churches, sea shore, nature reserves etc.).

The Local Government: Municipal Systems Act 32 of 2000 regulates how municipalities must charge for services. Similar to the MPRDA, it instructs municipalities to adopt policies and by-laws, subjects to a set of principles. These include principles such as:

⁷ For an overview of the legal framework for municipal property rates, see STEYTLER and DE VISSER, 2023, Ch 13.

- users should pay for services consumed generally in proportion to their actual consumption;
- equitable treatment of consumers and access for the poor to basic services;
- tariffs must relate to the actual cost of delivering the service;
- using tariffs to recover cost and generate a surplus; and
- using tariff policy to promote local economic development⁸.

The Local Government: Municipal Fiscal Powers and Functions Act 12 of 2007 provides for a procedure for municipalities to apply for further taxing powers. In practice, the National Treasury has been parsimonious in granting municipalities taxation powers beyond those that are constitutionally guaranteed. Some change is in the offing once a new chapter on development charges (bulk infrastructure levies attached as conditions to land use management approvals) is put into operation⁹.

The extent to which municipalities raise own revenue varies greatly from one municipality to the next. The National Treasury remarks that it «varies dramatically, with poor rural municipalities receiving most of their revenue from transfers, while urban municipalities raise the majority of their own revenues»¹⁰. There are a number of reasons for this. First, the revenue assignment is determined by the division of powers between district and local municipalities. Generally speaking, it is metropolitan and local municipalities (not district municipalities) that levy taxes on property. Furthermore, while all metropolitan and most local municipalities perform the ‘trading services’ mentioned above, few district municipalities do. As a result, district municipalities raise very little own revenue and are largely dependent on national grants. Second, even if the tax assignment is there across the board for metropolitan and local municipalities, both the revenue base and tax effort vary substantially between them, resulting in wide variation. In reviewing the first twenty years of local government, a Presidency report remarked that «[t]he average collection rate of the ... metropolitan municipalities was 97 percent, while for the rest of the municipalities it ranged from an average of between 50 percent and 75 percent» (PRESIDENCY, 2015, 36).

In practice, many municipalities struggle to collect debt owed to them. In March 2023, the National Treasury reported that, at 31 December 2022, municipal consumer debts amounted to a staggering R305.8 billion / US 16.6 Billion (compared to R261.5 billion / US 14.22 Billion reported in the second quarter of the previous year). The largest component of this debt (71.1 %) relates to households. The outstanding debt includes an amount of R256.7 billion / US 14 Billion, which is debt older than 90 days (historic debt that has accumulated over an extended period), interest on arrears and other recoveries which may not be realistically collectable by municipalities (NATIONAL

⁸ For an overview of the legal framework for municipal service charges, see STEYTTLER and DE VISSER, 2023, Ch 9.

⁹ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 123. For a discussion of the legal framework for development charges, see CHONCO, 2020.

¹⁰ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 92.

TREASURY, 2023). The reasons for this dire situation are manifold: municipal debt recovery is impacted by the sluggish economy, widespread unemployment, but also by the lack of fiscal effort (poor billing and collection practices and governance problems) on the part of municipalities.

3.2.2. *Borrowing*

Section 230A of the Constitution sets out a basic framework municipal borrowing. Municipalities are generally only permitted to borrow for capital expenditure. Borrowing for current expenditure is only allowed if the loan is repaid within the same financial year. The Local Government: Municipal Finance Management Act 56 of 2003 provides for a borrowing framework that makes municipal borrowing subject to strict requirements¹¹. Metropolitan and local municipalities have potential to borrow because they can offer a revenue stream (property rates, service fees) as security for debt. Some cities have issued bonds to finance capital expenditure. In practice, borrowing is mostly done by metropolitan and the largest local municipalities. For example, over the financial year 2016-2017, South Africa's eight metropolitan municipalities contributed almost two-thirds to municipal debt, followed by local municipalities at 32 % (or R72,8 billion) (STATISTICS SOUTH AFRICA, 2018).

3.3. Intergovernmental transfers

When comparing the constitutional responsibilities of municipalities with their own revenue, it becomes clear that there are vertical and horizontal fiscal imbalances. These fiscal imbalances are addressed through intergovernmental transfers. National government allocates intergovernmental funding to local government (provincial governments rarely make transfers to municipalities, because they themselves are almost entirely reliant on national transfers). The national government generally pursues three objectives with intergovernmental transfers to local government, namely to:

1. address fiscal imbalances;
2. ensure fair distribution of resources across the country; and
3. pursue national policy priorities.

The Constitution makes it clear that intergovernmental transfers complement a municipality's own revenue. A municipality will not be compensated with intergovernmental funding for a lack of fiscal effort. Similarly, own revenue will not be deducted from intergovernmental funding¹². Intergovernmental transfers are decided annually in

¹¹ For an overview of the legal framework for municipal service charges, see STEYTLER and DE VISSER, 2023, Ch 12.

¹² Section 227(2) Constitution.

the Division of Revenue Act (DORA) which is passed as part of the national government's annual budget.

3.3.1. Vertical division of nationally generated revenue

DORA sets out the vertical division of nationally generated revenue, i.e. it determines how all nationally generated revenue is split between national, provincial and local government. Before allocations to provincial and local government are determined, the national government takes the 'top slice' out of the National Revenue Fund. The 'top slice' comprises predetermined allocations, such as the costs of servicing national debt, contingency reserves, salaries of Member of Parliament and the judiciary and a few other costs.

For the 2024-2017 medium term, and after top slicing, 42.2 % was allocated to provinces, and 9.8 % was allocated to local government¹³. Over the years, the general trend in the vertical division of revenue is that national government retains approximately 50 % of national revenue, provinces just over 40 % and local government close to 10 % (NATIONAL TREASURY, 2023, 7).

The division, and the roughly 10 % share it produces for local government, is contested. Municipalities argue that their 10 % share is insufficient, given the functions they perform. It is then argued that it does not represent the full funding base for local government, given that municipalities also raise their own funding (LEDGER and RAMPEDI, 2021, 14). However, this may be based on assumptions that were valid when the system was designed in the latter part of the 1990ties, but that have been overtaken by a new reality. One of the main points of contestation is the assumption, underlying this funding model that municipalities purchase (cheap) electricity from ESKOM, the national electricity parastatal, and generate significant surpluses from the reticulation to end-users (LEDGER and RAMPEDI, 2020, 12). Indeed, in 1998, when the model was designed, South Africa had one of the cheapest electricity prices globally and a reliable supply, albeit to a much smaller number of people connected to the grid compared to twenty-five years later. However, since then, ESKOM bulk tariffs have increased substantially, supply has become notoriously unreliable, and businesses and more affluent consumers gradually defect from the electricity grid to alternative energy sources. This has significantly eroded the surpluses that municipalities generate with electricity sales (AJAM, 2021)¹⁴. This is just one of the many points of contestation in the debate about the vertical division of revenue.

3.3.2. Horizontal division of nationally generated revenue

Returning to the DORA, after setting out the vertical division it sets out the horizontal division: how much of the provincial share, will each of the nine provinces re-

¹³ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 63.

¹⁴ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 122.

ceive, and how much of the local government share will each municipality receive? DORA contains determinations of the vertical and horizontal division of revenue for the upcoming three financial years. This is in line with the national government's Medium-Term Expenditure Framework, which is its three-year policy framework and budget. For year one, DORA contains a definite allocation. For years two and three, it contains estimates which are adjusted in the following years. The estimates are usually close to accurate. This enables municipalities to plan their expenditure over at least a three-year period, as they are reasonably sure as to how much intergovernmental funding they will receive. Aside from determining how national revenue is shared across the three spheres of government, DORA contains a set of rules on how intergovernmental grants are going to be distributed and managed.

Intergovernmental funding for local government comes in the form of two types of grants. The first is an unconditional grant, called the 'equitable share'¹⁵. The Constitution provides that the equitable share is to «enable [a municipalities] to provide basic services and perform the functions allocated to it», but it is transferred without conditions. It is paid out of the local government share of national revenue, and the municipality is free to determine, in its budget, how to spend it. A failure to spend the equitable share at the end of the financial year, does not result in a duty to pay the funds back to the national government. Conditional grants, however, come with strings attached: they are earmarked for certain purposes, and are subject to conditions and monitoring.

Both the process of arriving at the vertical and horizontal division, as well as the division itself, are guided by the Constitution and legislation. First, section 214 of the Constitution contains substantive principles for vertical and horizontal revenue sharing. They concern issues such as the national interest, the need to service national debt, the need to ensure that provinces and municipalities can deliver basic services, economic disparities, fiscal capacity and efficiency, stability and predictability etc. Second, the Intergovernmental Fiscal Relations Act 97 of 1997 determines a process of intergovernmental consultation on the Division of Revenue Bill, which is followed annually. This process revolves around (1) independent expert input and (2) intergovernmental consultation in the run up to the tabling of the Division of Revenue Bill in Parliament.

3.3.3. The process towards the Division of Revenue Act

The process towards the annual DORA starts at least ten months before the beginning of the financial year with a report by the Finance and Fiscal Commission (FFC). The FFC is a national, independent, constitutionally recognised, body, tasked with advising governments in all the three spheres, on intergovernmental fiscal relations. It comprises nine members, appointed by the President. The Minister of Finance nominates members to the FFC with the involvement of the Premiers and organised local

¹⁵ Section 227 of the Constitution.

government¹⁶. In the abovementioned report, the FFC makes recommendations on (1) the vertical division of revenue and on (2) the allocations to (provinces and) municipalities. The National Treasury then prepares the Division of Revenue Bill. The National Treasury must respond to the recommendations by the FFC, and usually does that in the Explanatory Memorandum to the Division of Revenue Bill. The National Treasury consults with provinces in the Budget Council, and with provinces and local government in the Budget Forum¹⁷. The Budget Council is an intergovernmental forum that brings together the national Minister of Finance and his or her nine provincial counterparts. The FFC may also attend. The Budget Forum brings together the same representatives as the Budget Council, but adds a representative of organised local government. These two forums are platforms for information sharing, negotiation, and consultation surrounding intergovernmental fiscal transfers. The process is designed to include (provincial and) local government input into the process of designing the intergovernmental fiscal system. It is not without its challenges, however. It has been argued that the expert views of the FFC have little impact on what the National Treasury proposes (DE VISSER and AYELE, 2014). It has also been argued that, before the intergovernmental negotiations start, the die is cast in that the National Treasury has already effectively decided the vertical division (WEHNER, 2003: 7). Finally, it has been argued that the design of the process is flawed in that the entire local government sphere is represented with one representative, and that metropolitan municipalities for example, should have their own voice in the Budget Forum.

4. THE EQUITABLE SHARE

As indicated earlier, every municipality is entitled, in terms of the Constitution, to an equitable share of nationally raised revenue. The main objective of the equitable share for municipalities is to enable municipalities to deliver basic services. It is determined according to a formula, which relies on demographic and other data to calculate each municipality's share (National Treasury, 2016, p. 33). The formula has three parts, made up of five components:

$$\begin{aligned} &\text{Basic Services (BS) + Community Service (CS) + Institutional Funding (I)} \\ &\quad \times \text{Revenue Adjustment (RA) } +/ - \text{ Correction and Stabilization (C)} \end{aligned}$$

The first part of the formula is constituted by the BS component, which funds the delivery of free basic services (water, electricity, sanitation, refuse removal and municipal health services) to poor households (NATIONAL TREASURY, 2016: 33). The 'free basic services' policy is a national policy that entails that a basic level of municipal services is provided to all households across the country (DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE AND TRADITIONAL AFFAIRS, 2015). The National Treasury pursues this

¹⁶ See sections 220–222 of the Constitution and Finance and Fiscal Commission Act 99 of 1997.

¹⁷ See Part 3 of the Intergovernmental Relations Framework Act 97 of 1997.

objective by identifying poor households and allocating subsidies to the municipalities where they live. It estimates the number of poor households that reside in each municipality, using census and household survey data, collected by Statistics South Africa (StatsSA). The poverty threshold, used by the National Treasury is two old age state pensions per month which, in 2023 terms, is equivalent to approximately R 4200 (USD 233) per month (NATIONAL TREASURY, 2022: 37). If the combined monthly income of a household is less than two old age state pensions, the National Treasury includes a subsidy for that household in the equitable share for the municipality in which that household is located. This component of the equitable share is by far the largest of the three. In the 2023/2024 financial year, it represented 82.5 % of the total equitable share allocation.

The second part of the equitable share formula is there to ensure that municipalities, particularly poor ones, have the required administrative and governance capacity and are in a position to perform key municipal functions. It is constituted by three parts. The I component provides a subsidy to cover basic administrative costs. The formula takes the number of council seats as a proxy for the amount of support a municipality needs, and attaches a subsidy to each council seat in addition to a base allocation for each municipality. The CS component funds services that benefit communities rather than households (and for which a municipality thus cannot charge a fee). This involves functions such as environmental health, fire-fighting, roads, cemeteries, planning, stormwater management, street lighting and parks. The formula uses the number of households in a municipality and the services that a municipality provides. The RA adjusts for revenue capacity so that municipalities least able to raise their own revenue, benefit the most (NATIONAL TREASURY, 2016: 33). This aspect of the formula looks at the total income of individuals and households, property values, the number of households on traditional land (that may thus not yield property taxes), the unemployment rate in the municipality, and the percentage of the households that are poor.

The last part, the C component, ensures that changes in allocations to each municipality are evened out over time (NATIONAL TREASURY, 2016: 33). The C component ensures that municipalities are always guaranteed to receive at least 90 % of what is included in year two of three-year period covered in the DORA¹⁸.

The National Treasury publishes the details of the calculation of the equitable share for each municipality¹⁹. This is a remarkable display of transparency, and is uncommon on the African continent. It enables each municipality to verify the exact origins of the unconditional grant.

¹⁸ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 101.

¹⁹ See http://mfma.treasury.gov.za/Media_Releases/LGESDiscussions/Pages/default.aspx (accessed 22 April 2024).

5. CONTESTATION SURROUNDING THE EQUITABLE SHARE

The above summary makes it clear that the majority of the funding, transferred to local government in the equitable share is aimed at supporting municipalities to provide free basic services. There are three main areas of contestation in the implementation of the free basic services component of the equitable share.

First, the grant is transferred without conditions, so it is up to municipalities to channel the funds to poor households in the form of free basic services. As indicated earlier, municipalities determine their own tariff and debt collection policies. These policies normally provide for a procedure for households to register with the municipality to receive basic services for free. Usually, residents must apply to be placed on a municipal indigent register, and must regularly renew their indigent status to remain eligible. The eligibility criteria often include means testing, which is administratively complex, controversial, and brings unintended consequences, such as stigmatisation. The criteria also differ from one municipality to the next. In general, municipal indigent policies are implemented through dense and inaccessible bureaucracies, aimed at reducing the number as much as possible. The reality is that, while the National Treasury calculates the number of poor households, using census and survey data, the implementation of municipal indigent policies by municipalities produces a vastly reduced number. As a result, less than a quarter of the equitable share funding makes its way to poor households. This brings two critical issues to the fore. On the one hand, a very substantial amount of national funding for poverty alleviation misses its target, despite being carefully calculated and targeted (LEDGER, 2021). The National Treasury's response, somewhat tersely, is that «[i]f municipalities choose to provide fewer households with free basic services than they are funded for through the local government equitable share, then their budget documentation should clearly set out why they have made this choice and how they have consulted with their community during the budget process»²⁰. On the other hand, it also points to underlying problems in the funding framework for local government, and the fact that «unemployment and poverty have a direct impact on municipal revenues, particularly in times of economic hardship, as households struggle to pay municipal accounts» (DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE AND TRADITIONAL AFFAIRS, 2016: 107). In the Integrated Urban Development Framework (IUDF), government's policy on cities, it admits in carefully chosen language that «[t]hese effects are mitigated *somewhat* by national transfers to support the provision of free basic services for poor households» (DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE AND TRADITIONAL AFFAIRS, 2016, 107 *emph. added*).

Second, the National Treasury's calculation of the number of poor households that attract subsidy for the municipality is based on the last available Census data, namely from 2011. The results of the 2022 Census were not yet available at the time of writing.

²⁰ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 96.

The total number of households in each municipality is adjusted every year to account for growth. Therefore, while the number of households subsidised in a municipality increases annually in line with estimated household growth, the percentage of households subsidised in that municipality for free basic services through the formula has remained constant for over a decade. Municipalities have challenged this method for being out of touch with the reality of ever-changing settlement and migration patterns. The National Treasury admits that it is imperfect and, with the introduction of the 2023 Division of Revenue Bill, it promised to consider implementing a more refined model with the assistance of Statistics South Africa²¹.

The third challenge in relation to the equitable share formula is the difficulty of estimating the costs of providing basic municipal services such as electricity, water, sanitation and refuse removal. The formula currently uses standardised costing norms, but municipalities have argued that the costs of providing basic services vary significantly from one municipality to the next, and even from one area to the next. The remoteness of the community that must be serviced, the topography of the area where infrastructure must be installed and maintained, as well as settlement densities are but some examples of factors that greatly influence the municipality's costs in providing services. This is why the National Treasury is undertaking to assess the feasibility of introducing a cost differential model for the basis services component of the equitable share²².

6. CONDITIONAL GRANTS

There are four broad categories of conditional grants to municipalities:

1. Supplementary grants (comprising 13 % of the total volume of conditional grants) - these are general grants that supplement programmes partly funded by municipalities.
2. Specific purpose grants (72 %) - these assist with funding infrastructure and capacity building.
3. Indirect grants (14 %) - these address capacity and institutional issues and are generally used to fund operational spending.
4. Disaster response grants (1 %) - these enable the swift transfer of funds to assist with disasters or housing emergencies.

It is clear that the majority of funding, transferred through conditional grants, is used to fund capital expenditure. Even though municipalities are expected to raise funds in their own revenue streams for capital expenditure, most municipalities are unable to raise sufficient own revenue to fund capital expenditure. Often, municipalities must apply for conditional grants. Importantly, the conditional grants are paid from the na-

²¹ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 97.

²² Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 121.

tional government's share of nationally generated revenue. They are accompanied by grant frameworks that determine issues such as the purposes for which the grant may be used and reporting requirements. These grants frameworks are included in DORA, thus contributing to the transparency of conditional grant funding. Conditional grants are included in the budgets of national line departments who transfer the funds and monitor the implementation. A failure to spend the grant generally results in a duty to pay it back to the national government.

From the point of view of local government, the proliferation of conditional grants has been a problem. For example, the 2024 DORA included more than 20 conditional grants, administered by seven different line departments²³. It is not uncommon that, to realise one specific infrastructure project, a municipality utilises conditional grants from multiple line departments in addition to its own revenue. The municipality's planning, budgeting and reporting with respect to this one infrastructure project must then be conducted in terms of multiple frameworks, each with their own priorities, objectives, and reporting cycles, in addition to its own. This is why the IUDF highlights «problems in the design and administration of grant programmes, including unclear and overlapping objectives, competing expenditure priorities, funding gaps and a lack of longer-term predictability and stability in funding flows» (DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE AND TRADITIONAL AFFAIRS, 2016, 107). Municipal underspending on conditional grants is a significant problem and, while the reason often lies in poor planning and governance on the part of municipalities, the duplication and fragmentation also plays a role²⁴. This is one of the reasons why government is signalling a review of the framework for conditional grants²⁵.

7. CONCLUSIONS

The intergovernmental fiscal architecture for local government is a product of the negotiations to end apartheid, a thorough consideration at the time of what funding system would serve a democratic South Africa the best, and the many developments that the system has undergone since its inception around the turn of the century. It reflects the integrated system of multilevel government that characterises South Africa.

The national government has a virtual monopoly on all taxation, but responsibilities are spread across three spheres of government. This then necessitates an intricate system of intergovernmental fiscal transfers, which largely follows the division of responsibilities. The system for deciding on intergovernmental fiscal transfers is predictable, formula-based and backed by independently sourced data. Its rigorous transparency, insistence on intergovernmental consultation and objectivity are a model for countries the world

²³ See Schedules 4 to 7 of the Division of Revenue Bill B4-2024.

²⁴ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 117.

²⁵ Division of Revenue Bill B4-2-24, Annexure W1, p. 117.

over. While by no means perfect, it has served South Africa well and has withstood political changes. For example, when the ANC lost its hitherto outright political control over a number of metropolitan municipalities, including the powerhouses of Johannesburg, Tshwane and Ekurhuleni, there were never any real fears that the national government would 'punish' these cities by leveraging its control over the national government's intergovernmental fiscal instruments. By then, the objectivity, intergovernmental consultation, and reliance on independent data of the intergovernmental fiscal architecture had settled in firmly, and the political change was absorbed into it.

The functional and revenue assignment is complemented by a system of vigorous monitoring of legal compliance, financial performance and service delivery performance. Like any intergovernmental fiscal system, it is not without its challenges, and under continuous review. The ability, but also the effort, on the part of local governments to raise own revenue is one of the most pressing issues. In a country with gaping inequality and staggering unemployment, collecting property taxes and payment for services is an arduous task for municipalities. As one of the most 'visible' of taxes, municipal taxes and fees often face resistance, as is the case in South Africa. This is compounded by the widespread service delivery and governance failures in municipalities. In 2021, the Minister of Finance reported that 163 municipalities were considered to be in financial distress, 40 were in a financial and service delivery crisis, and 102 had adopted unfunded budgets, i.e. budgets based on unrealistic revenue and expenditure estimates (NATIONAL TREASURY, 2022). There are no easy solutions to these problems, and there is certainly no silver bullet available in the intergovernmental fiscal system. Municipalities will have to improve their revenue effort, assisted by provinces and by a national government that is willing to consider new, alternative revenue sources for local government. They also have to prioritise spending on service delivery infrastructure and the maintenance of that infrastructure, as well as increase their capacity to spend the available infrastructure funding. The national government must resist the temptation to micro-manage municipalities with a dense web of conditional grants. Lastly, a continuous refinement of the equitable share formula is called for, in order to ensure it increases its precision in reaching the municipalities and communities that need it the most. The design of South Africa's fiscal architecture, with its emphasis on objectivity, reliance on independent data and intergovernmental consultation, ought to be eminently capable to produce those refinements and make an essential contribution to improve local government's ability to deliver on the promises of the Constitution.

8. BIBLIOGRAPHY

- AJAM, T.: «A radical reconfiguration of the local government fiscal framework is required, not incremental tinkering», *Local Government Bulletin*, 16, 2021.
- CHONCO, T., «Development charges in South Africa - An introduction to the Municipal Fiscal Powers and Functions Amendment Bill (Part 1)», *Local Government Bulletin*, 15, 2020.

- «Development charges in South Africa - the case of in-kind payments and subsidisation of certain categories of land development (Part 2)», *Local Government Bulletin*, 15, 2020.
- DE VISSER, J.: «Property rates as an instrument for development - an analysis of South African policy, law and practice», in G. SAMSON and P. MCKINLAY (eds.), *New Century Local Government*, London: Commonwealth Secretariat, 108-128, 2013.
- DE VISSER, J., and AYELE, Z.: *Intergovernmental Fiscal Relations in South Africa and the Role of the Financial and Fiscal Commission - A 20 Year Review*, Cape Town: Community Law Centre, 2014.
- DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT: *White Paper on Local Government*, Pretoria: Government Printers, 1998.
- DEPARTMENT OF COOPERATIVE GOVERNANCE AND TRADITIONAL AFFAIRS: *National Framework for Municipal Indigent Policies*, Pretoria, Government Printers, 2005.
- *Integrated Urban Development Framework*, Pretoria, Government Printers, 2016.
- LEDGER, T., *Access to Basic Services - Enabling Progressive Transformation or Entrenching Poverty and Inequality?*, Johannesburg, Public Affairs Research Institute, 2021.
- LEDGER, T., and RAMPEDI, M.: *The end of the road - A Critical Review of the Local Government Fiscal Framework*, Johannesburg: Public Affairs Research Institute, 2020.
- NATIONAL TREASURY, *W1-Explanatory memorandum to the 2016 Division of Revenue Bill*, Pretoria, National Treasury, 2016.
- *Division of Revenue Bill for 2022*, Pretoria: National Treasury, 2022.
- *System of Capacity Building for Local Government - Diagnostic Review*, Pretoria: National Treasury, 2022.
- *Local Government Revenue and Expenditure: Second Quarter Local Government Section 71 report for the period: 1 July 2022 - 31 December 2022*, Pretoria: National Treasury, 23 March 2023.
- *Local Government Funding Model 5 June 2023*, Pretoria: National Treasury, 5 June 2023.
- OECD/UCLG: *2022 Country Profiles of the World Observatory on Subnational Government Finance and Investment*, OECD/UCLG, 2022.
- PRESIDENCY: *Twenty Year Review South Africa 1994-2014: Background Paper Local Government*, Pretoria, Presidency, 2015.
- STATISTICS SOUTH AFRICA, *Four Facts about Municipal Debt*, <https://www.statssa.gov.za/?p=11266>, accessed 21 April 2024.
- STEYTLER, S., and DE VISSER, J.: *Local Government Law of South Africa*, Lexis-Nexis, Durban, 2023.
- VAN RYNEVELD, P.: *Discussion Paper on Financing Local Government in Post-Apartheid South Africa for the National Consultative Conference on Local Government 5-7 October 1990*.
- WEHNER, J.: «The institutional politics of revenue sharing in South Africa», *Regional & Federal Studies*, 13, 2003.

Los modelos de gobernanza metropolitana en España: similitudes y diferencias*

Mariona TOMÀS

Profesora agregada Serra Hùnter

Universitat de Barcelona

ORCID ID: 0000-0003-1863-5330

Miquel ROSSELLÓ XAMENA

Investigador independiente

ORCID ID: 0009-0005-2182-0424

RESUMEN

Mientras la mayoría de países europeos de nuestro entorno están dando una respuesta política al proceso de metropolitanización, en España existe una larga tradición de invisibilidad del hecho urbano y metropolitano. En este sentido, el caso español representa una anomalía en Europa. Este artículo presenta los resultados principales del proyecto METROGOV (Gobernanza Metropolitana en España: Institucionalización y Modelos), financiado en el marco del Plan Nacional I+D+i 2019 del Ministerio de Ciencia e Innovación. El objetivo del artículo es analizar las características de la gobernanza metropolitana en España.

Palabras clave: gobernanza metropolitana; cooperación intermunicipal; metrópolis; instituciones.

* Fecha de finalización del trabajo: 23 de abril de 2024.

Trabajo realizado en el marco del proyecto METROGOV (Gobernanza Metropolitana en España: Institucionalización y Modelos) (PID2019-106931GA-I00).

Abreviaturas utilizadas: AMB (Área Metropolitana de Barcelona), AMVi (Área Metropolitana de Vigo), AUF (Área Urbana Funcional), CCAA (Comunidades Autónomas), INE (Instituto Nacional de Estadística).

Metropolitan governance models in Spain: similarities and differences

ABSTRACT

Since the beginning of 2000s, most of the European countries have undergone a variety of reforms to institutionalize and enable metropolitan governance in their territories. Differently, in Spain there is a long tradition of invisibility of the urban and metropolitan reality. This article makes a diagnosis of metropolitan governance in Spain based on the results obtained in the METROGOV project (Metropolitan Governance in Spain: Institutionalization and Models), financed within the framework of the National R+D+i Plan 2019 of the Ministry of Science and Innovation.

Keywords: metropolitan governance; inter-municipal cooperation; metropolis; institutions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA: 2.1. Modelos de gobernanza metropolitana. 2.2. La delimitación metropolitana: una cuestión controvertida.—3. EL «MODELO METROPOLITANO» ESPAÑOL: UNA VISIÓN GENERAL: 3.1. Distribución de mecanismos según territorio. 3.2. La tipología de mecanismos metropolitanos en España. 3.3. Los instrumentos según temática y ámbito. 3.4. Cobertura territorial de los mecanismos de gobernanza metropolitana. 3.5. Concentración y relación de los instrumentos.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de metropolitanización es una tendencia creciente en todo el mundo, y también en España. Las ciudades han superado los límites administrativos de su propio municipio y se han convertido en una red urbana que estructura el territorio del Estado. La mayoría de los retos actuales, desde el cambio climático a la digitalización, tienen un impacto directo en las áreas urbanas y metropolitanas. Sin embargo, el gobierno de las ciudades ha recibido poca atención en España, y especialmente su dimensión metropolitana. Así, el territorio metropolitano como espacio político y de gobierno es, a día de hoy, al mismo tiempo ineludible y desatendido. Este capítulo pretende abordar esta problemática a partir de los resultados del proyecto «Gobernanza Metropolitana en España: Institucionalización y Modelos» (en adelante, METROGOV), financiado en el marco del Plan Nacional I+D+i 2019 del Ministerio de Ciencia e Innovación¹.

¹ La referencia completa del proyecto, dirigido por Mariona TOMÀS, es PID2019-106931GA-I00. El equipo del proyecto está compuesto por investigadores y profesores de diversas universidades españolas, provenientes de distintos departamentos (Ciencia Política, Gestión y Administración Pública, Geografía, Sociología, Urbanismo y Ordenación del Territorio) y en distintas fases de su carrera académica (predoctoral, posdoctoral, consolidada y sénior). Los resultados del proyecto se han publicado en 2023 en el libro *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, editado por Mariona TOMÀS y publicado por Tirant lo Blanch.

La gobernanza metropolitana se define como la red de actores, públicos o privados, que interactúan con la esfera pública de la metrópolis (TOMÀS, 2015: 3). Esta gobernanza tiene formas diversas, desde más institucionalizadas (un gobierno metropolitano) a menos (un plan estratégico), pasando por modelos intermedios (consorcios o empresas). Los distintos actores que participan en la gobernanza metropolitana se pueden conectar de manera más o menos organizada, formando un mapa más o menos institucionalizado, pero que actúa en red y de manera multinivel sobre el territorio. Y es que, la mayoría de veces, el territorio metropolitano no tiene una única institución de gobierno, pero eso no quiere decir que los retos no sean afrontados por algún tipo de acción coordinada, más o menos formal. Por esta razón, es necesaria una visión amplia de la gobernanza en nuestras metrópolis.

El surgimiento (o no) de las instituciones metropolitanas se debe a diversos motivos, sea la reestructuración del Estado (BRENNER, 2004) o la necesidad de impulsar políticas específicas (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2005). Hay que tener en cuenta también la existencia de otros elementos facilitadores, como una política estatal decidida que incentive la gobernanza a una escala supra municipal, la presencia de liderazgos metropolitanos o tener actores de la administración, de la sociedad civil o del sector económico que impulsen procesos metropolitanos, entre otros factores analizados por LEFÈVRE (2010). Sea como sea, en los últimos años se ha visto un resurgimiento del debate político de las metrópolis en todo Europa (ZIMMERMANN y FEIERTAG, 2018), institucionalizando la gobernanza metropolitana de alguna u otra manera.

Así, en Reino Unido se han creado en la última década las *combined authorities*, unas autoridades metropolitanas de elección directa, como en Manchester o en Liverpool. Así, después de la creación de la *Greater London Authority* en 2000, se ha completado la institucionalización de las áreas metropolitanas en Inglaterra. En 2014, Francia revirtió el carácter hasta ese momento voluntario de la conformación de las *métropoles*, reforzando las competencias y legitimidad de las autoridades existentes, ampliando el número de aglomeraciones urbanas con reconocimiento político e institucional y creando por primera vez una institución en la capital (la *Métropole du Grand Paris*). En Italia se han llevado a cabo reformas constitucionales que reconocen las ciudades metropolitanas (*città metropolitane*) como elementos básicos de la organización territorial del Estado (MARTÍ-COSTA y BARRES, 2023:24-28). Todos estos ejemplos siguen modelos dispares, asumiendo también un *path dependency* de las formas de gobierno previas (TOMÀS, 2020; ZIMMERMANN y FEIERTAG, 2018). Pero, ¿y España? Parece ser que se quedaría fuera de esta tendencia «institucionalizadora» al no conformarse más gobiernos metropolitanos que el de Barcelona, en 2011. Así, ¿cómo se gobiernan las áreas metropolitanas españolas? ¿Existe un modelo común de gobernanza de nuestras metrópolis?

Antes de entrar en materia, es importante recordar el tratamiento institucional de la cuestión metropolitana en España. La creación de áreas metropolitanas no fue prevista en la Constitución de 1978, mientras que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) establece que son las comunidades autónomas (CCAA), mediante sus estatutos de autonomía, las responsables de crear, modificar y suprimir las áreas metropolitanas. Así, el art. 43 define las áreas metropolitanas como «entidades locales

integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras». Se trata de una definición amplia que abre la puerta a múltiples interpretaciones, como veremos en este artículo.

El artículo se estructura en un primer repaso al marco teórico y a la metodología que se va a usar, partiendo la base de datos resultante del proyecto METROGOV. A continuación, se analizarán las características principales generales de la gobernanza metropolitana en España, haciendo un vaciado de dichos datos. Para terminar, haremos unas conclusiones sobre los retos que eso supone en España y qué factores pueden ayudar a repensar el gran reto metropolitano en el Estado.

2. MARCO TEÓRICO Y METODOLOGÍA

2.1. Modelos de gobernanza metropolitana

Para poder hablar de los modelos de gobernanza metropolitana debemos, ante todo, entender qué modelos existen en el mundo y, además, qué entendemos por área metropolitana, sus límites y sus características. Así, entramos en la primera cuestión a resolver: ¿qué es un modelo de gobernanza metropolitana? ¿Cuántos modelos existen? Para ello, haremos un poco de historia de las principales escuelas de la gobernanza metropolitana. Antes, pero, cabe clarificar que, principalmente, hay dos maneras de periodificar la gobernanza urbana, la neo-marxista de BRENNER (2004) y la institucionalista (para ver las diferencias y similitudes, TOMÀS, 2020). En nuestro caso nos centraremos en la última, donde encontramos, principalmente tres escuelas nacidas en el siglo XX, cuya hegemonía en la academia y en la política se han ido sucediendo (TOMÀS, 2015, 2017):

— La de la reforma (de los cincuenta a los setenta): propone gobiernos metropolitanos por anexión o a dos niveles (municipal y metropolitano) con amplias competencias y una fuerza redistributiva entre territorios.

— La del *Public Choice* (de los setenta a inicios de los noventa): se apuesta para eliminar los gobiernos metropolitanos (como pasó en Londres y Barcelona) por agencias o autoridades temáticas, de cooperación voluntaria, entendiendo que la mayor eficiencia nace de la competencia de entes menores.

— La del nuevo regionalismo: que apuesta para crear formas flexibles y menos institucionalizadas, para generar consensos entre actores más allá de las administraciones. Prioriza la figura del plan estratégico y el tema del desarrollo económico, sobre todo en los últimos años (ZIMMERMANN y FEIERTAG, 2018).

De su evolución o peso, nacen cuatro modelos ideales de gobernanza metropolitana, basados en la tipología o forma que adoptan de institucionalización (TOMÀS, 2017). Así, de más institucionalización metropolitana a menos, serían:

— Gobierno metropolitano, idealmente elegido directamente, con autonomía fiscal y competencias vinculantes.

- Las agencias metropolitanas sectoriales, dedicadas a una temática.
- La acción metropolitana desde instituciones regionales (CCAA, provincias, etc.), que suplen la institución metropolitana.
- La cooperación voluntaria, ya sea en estructuras propias del nuevo regionalismo, como los planes estratégicos o las mesas de alcaldes, etc., o en formas más tradicionales (asociaciones de municipios).

Pese a ello, se debe tener siempre en mente que puede (y, de hecho, suele) existir más de un modelo a la vez. El motivo es que la gobernanza es multinivel y con geografías variables. Un área urbana, para poner un ejemplo, puede tener un gobierno metropolitano multitemático, pero también tener un plan estratégico de sólo un ámbito (como movilidad) con cooperación de otros municipios que no participan del gobierno de la metrópolis. Así, los modelos ideales no son excluyentes y siempre deben ser matizados caso a caso.

Además, hay otras clasificaciones de los modelos metropolitanos: el territorial (si abordan todo el territorio metropolitano o solo parcialmente), el temático (si actúan sobre un tema o sobre todos ellos), por ámbitos (si se centran más en las políticas urbanas tradicionales, como territorio, residuos, etc., o se centran en el desarrollo económico, como política metropolitana emergente), etc. De hecho, en nuestro caso, nos centraremos en una clasificación de modelos ideales según concentración o densidad de las instituciones metropolitanas.

En cualquier caso, se debe siempre relacionar el modelo con los mecanismos o instrumentos de gobernanza empíricos que se encuentran en los territorios. Debemos entender un instrumento de gobernanza como cualquier objeto o sujeto de la red de gobernanza de una metrópolis, pudiendo ser «*hard*» (como un gobierno metropolitano o una agencia) o «*soft*» (como un plan estratégico o una mesa de diálogo entre alcaldes metropolitanos) (Tabla 1). En función de la tipología de instrumentos que se encuentren podremos acercarnos más a uno u otro modelo ideal y hacer los matices necesarios que aparezcan. Sólo así podemos concluir qué gobernanza metropolitana tiene nuestro territorio. En este sentido, en el marco del proyecto METROGOV hemos adaptado la tipología general a nuestro estudio de caso, como se refleja en la tabla siguiente.

TABLA 1. TIPOLOGÍA DE LOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA METROPOLITANA

	<i>Grado de institucionalización</i>	<i>Instrumentos</i>
<i>hard</i>	Alto	Gobierno metropolitano
	Alto	Agencia metropolitana sectorial
	Elevado	Mancomunidad
	Elevado	Consorcio
	Elevado	Empresa pública o mixta
	Intermedio	Plan territorial

	<i>Grado de institucionalización</i>	<i>Instrumentos</i>
<i>soft</i>	Intermedio	Plan sectorial (movilidad, ciclo de agua o tratamiento de residuos)
	Bajo	Comarca
	Bajo	Asociación de municipios
	Bajo	Plan estratégico
	Bajo	Proyectos europeos

Fuente: elaboración propia a partir del proyecto METROGOV.

2.2. La delimitación metropolitana: una cuestión controvertida

La delimitación de los límites del territorio metropolitano es un tema espinoso. Sin ella no podemos operar en poder analizar los mecanismos de gobernanza existentes. Sin saber dónde empieza y dónde acaba nuestra área metropolitana no podremos delimitar qué instrumentos son propiamente metropolitanos y cuáles no. Ahora bien, hacerlo requiere de decisiones de delimitación que no tienen consenso. De hecho, sólo para empezar, hay confusión incluso semántica sobre el hecho metropolitano, al existir muchos términos para definir un mismo fenómeno: área metropolitana, conurbación, ciudad-región, aglomeración, región metropolitana... Cada término con sus matices y diferencias. En nuestro caso, utilizaremos, especialmente, el de área metropolitana, pese a que otras terminologías se usen en los territorios que trataremos.

Como nos señala NEL-LO (1998), hay diversos criterios de clasificación para limitar «la ciudad sin confines», haciendo que ninguna sea concluyente:

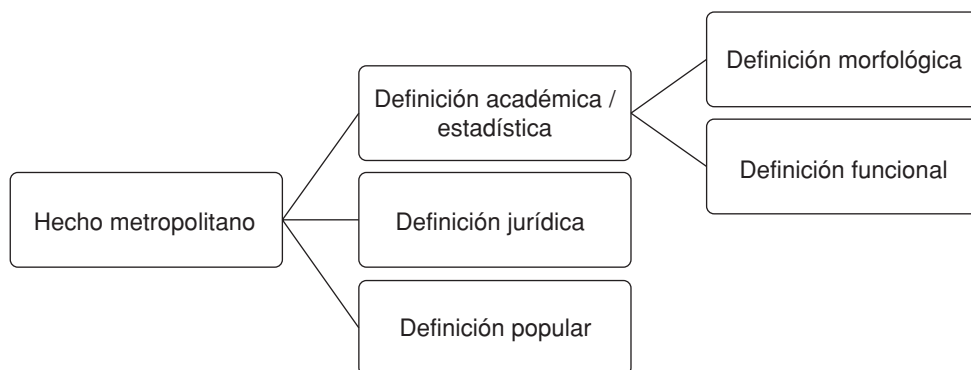
- El administrativo o jurídico, siendo la delimitación legal del territorio, donde hay una administración investida en carácter metropolitano.
- El morfológico, de delimitación de la ciudad a partir de su forma urbana, del límite de la urbanización del territorio.
- El funcional, siendo la delimitación basada en la movilidad de la gente que reside en el territorio.
- El económico, entendiendo el área como un punto de atracción económica (BRENNER, 2004).

Pese a ello, nosotros clasificamos tres maneras de delimitar el hecho metropolitano: el jurídico (como la ley lo concibe), el popular (como la gente lo concibe) y el estadístico o académico (como lo concibe la ciencia). En este último predominan, básicamente dos perspectivas: las morfológicas y las funcionales (Figura 1).

En el caso español, como señalamos en SEVILLANO *et al.* (2023: 46), no existe una delimitación unificada, ni popular, ni jurídica ni académica. A diferencia de Francia o Estados Unidos, el INE u otro ente estatal no ha sistematizado ni unido unos criterios de

delimitación. De ahí que cada comunidad autónoma cuente con las suyas (como veremos más adelante). Eso dificulta metodológicamente cualquier intento de aproximación a los modelos de gobernanza metropolitana, al hacer imposible la comparabilidad.

FIGURA 1. DIAGRAMA DE LAS DEFINICIONES ALTERNATIVAS DEL HECHO METROPOLITANO



Fuente: SEVILLANO *et al.* (2023: 45).

Para tratar de remediar el inconveniente se podía optar por delimitaciones que la academia hubiese realizado, como los trabajos de FERIA TORIBIO (2018) o RODRÍGUEZ *et al.* (2022), basados en ámbitos funcionales pero con criterios y fuentes de datos distintas. O, por otro lado, buscar una delimitación estadística análoga a lo que queríamos. Así, pese a que el INE no tenga una delimitación propia, sí que recoge datos y delimita las «Áreas Urbanas Funcionales» (AUF). Esta delimitación de ciudad con criterios funcionales, además de ser para todo el Estado, también permite comparabilidad fuera de España, al estar basada en Eurostat y el proyecto europeo Urban Audit. Los criterios de incorporación de un municipio a una AUF, resumiendo, son contigüidad y que el 15 por 100 de la población se desplaza al núcleo por trabajo. Así, se han podido clasificar por el INE AUF-Grandes (con ciudades-núcleo de más de 100.000 habitantes) y AUF-pequeñas (con el núcleo de 50.000 a 100.000) (Figura 2).

A partir de las 45 AUF grandes, hemos elaborado una base de datos² que recoge las distintas fórmulas de gobernanza metropolitana, desde modelos *hard* como son los gobiernos metropolitanos a modelos *soft* de cooperación voluntaria, pasando por modelos intermedios. Analizamos de qué temas se ocupan, si tienen una visión integral y cuál es su distribución territorial (para los detalles de tipo metodológico, *vid.* SEVILLANO *et al.*, 2023). La búsqueda de mecanismos de gobernanza metropolitana se prolongó durante un año, iniciándose en noviembre de 2020 y terminándose a finales de noviembre de

² Disponible en abierto en <https://data.mendeley.com/datasets/mdcx3v5jp6/1>.

2021. Después de una fase de depuración de los datos, la base se cerró con 384 instrumentos o mecanismos de gobernanza metropolitana existentes en las 45 AUF grandes españolas.

FIGURA 2. AUF EN ESPAÑA. DISTINCIÓN ENTRE LAS AUF-PEQUEÑAS Y AUF-GRANDES



Fuente: elaboración propia.

Los instrumentos, de mayor a menor grado de institucionalización, deben cumplir al mismo tiempo dos criterios para ser considerados mecanismos de gobernanza: *a)* mostrar una vocación metropolitana, y *b)* incluir al menos tres municipios adscritos al AUF. Para entender las razones de la anomalía española en Europa respecto a la cuestión metropolitana, seleccionamos seis estudios de caso: Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Bilbao y Vigo. La realización de más de 70 entrevistas a representantes políticos, técnicos y de la sociedad civil nos permitió analizar en profundidad cada uno de los casos, que se desarrollan en TOMÀS (2023) y que no tratamos específicamente en este artículo.

3. EL «MODELO METROPOLITANO» ESPAÑOL: UNA VISIÓN GENERAL

La base de datos de METROGOV recogió 384 instrumentos metropolitanos. Es decir, existen 384 formas de cooperación, más o menos formales, que actúan sobre los

territorios metropolitanos españoles. La pregunta a responder ahora es si hay algún patrón entre ellas. Para determinarlo, nos haremos cinco preguntas que nos van a ayudar a dibujar la posible existencia de un modelo, abordando todas las facetas de la gobernanza en las ciudades (temáticas que trata, territorio, tipología...):

1. ¿Hay un modelo común entre CCAA?
2. ¿Hay predominio de alguna tipología de instrumento, *hard* o *soft*?
3. ¿Qué temáticas abordan?
4. ¿Cubren todo el territorio metropolitano o lo hacen solo parcialmente?
5. ¿Cómo se concentran en el territorio y en las ciudades?

Respondiendo a estas preguntas podremos ver que no hay un modelo claro de gobernanza metropolitana en España. O al menos, que no existe un claro estado de institucionalización de las metrópolis como sí pasa en los países de nuestro entorno, desde Italia hasta Francia. Esta anomalía se entiende en parte por la ausencia de una definición única del fenómeno metropolitano. En efecto, el trabajo realizado en el marco de proyecto METROGOV nos ha permitido constatar que conviven distintas definiciones del fenómeno metropolitano en cada comunidad autónoma. Mientras que en los estatutos de autonomía de Cataluña, Madrid o Comunidad Valenciana se menciona la creación de áreas metropolitanas, no es el caso del País Vasco o Andalucía. Asimismo, algunos institutos de estadística autonómicos tienen definiciones propias del ámbito metropolitano, como sucede en Cataluña, País Vasco y Andalucía. Así pues, encontramos una variedad de referencias a lo metropolitano que conviven dentro del territorio español (para los detalles, *vid.* SEVILLANO *et al.*, 2023).

TABLA 2. CUADRO COMPARATIVO DE LAS DEFINICIONES PARA CADA UNO DE LOS CASOS DE ESTUDIO

	<i>Definición estadística</i>	<i>Definición jurídica</i>	<i>Definición popular</i>
Madrid	Atlas elaborado por la Comunidad de Madrid y la Universidad Complutense (28 <i>municipios</i>)	Estatuto de Autonomía (Sinopsis) Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid (art. 76)	Primera corona / <i>Ciudades del sur</i> / <i>Cinturón sur</i> / <i>Cinturón rojo</i> / <i>Metro-sur</i> / <i>Madrid de la M-50</i> (8 <i>municipios</i>)
Barcelona	Instituto de Estadística de Cataluña (131 <i>municipios</i>)	Estatuto de Autonomía (art. 93) Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona (36 <i>municipios</i>)	Área Metropolitana de Barcelona / Primera corona / <i>Cinturón rojo</i> / <i>Barcelona del metro</i> (36 <i>municipios</i>) Región Metropolitana de Barcelona (164 <i>municipios</i>)

	<i>Definición estadística</i>	<i>Definición jurídica</i>	<i>Definición popular</i>
Valencia	Instituto Valenciano de Estadística (Sin definición) Oficina Estadística del Ayuntamiento de Valencia (45 municipios)	Estatuto de Autonomía (art. 65)	Ninguna noción popular extendida
Sevilla	Sistema Urbano de Referencia de la Agenda Urbana de Andalucía (52 municipios)	Decreto 267/2009, de 9 de junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Sevilla (46 municipios)	Consortio Metropolitano de Transportes de Sevilla (45 municipios)
Bilbao	Instituto Vasco de Estadística (División administrativa de la Comarca del Gran Bilbao) (26 municipios)	Ninguna mención en el Estatuto de Autonomía Ninguna mención en el desarrollo legislativo	Gran Bilbao / Bilbo Handia (26 municipios) Bilbao metropolitano (35 municipios)
Vigo	Ninguna definición elaborada por el Instituto Galego de Estatística	Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (art. 120) Ley 4/2012, de 12 de abril, del Área Metropolitana de Vigo (art. 1.2)	Ninguna noción popular extendida

Fuente: SEVILLANO *et al.* (2023: 47-48).

3.1. Distribución de mecanismos según territorio

Una primera manera para constatar si existe un modelo más o menos homogéneo de gobernanza metropolitana sería ver si las CCAA comparten un número equitativo de instrumentos. En este caso, no buscamos un reparto exactamente igualitario de instrumentos. Ahora bien, si una comunidad cuenta con muchos mecanismos de gobernanza metropolitana y otra, con urbes de mismo tamaño, cuenta con un nivel muy inferior, quiere decir que estamos ante una falta de homogeneidad en el modelo. O dicho de otra manera, que cada comunidad autónoma atiende a la cuestión metropolitana de manera diferente. Por eso, empezamos a ver la distribución de estos mecanismos por el territorio. Hacerlo implica, evidentemente, ponerlo también en relación al número de áreas metropolitanas (AUF en nuestro caso) que tiene cada territorio.

Andalucía lidera en número de áreas metropolitanas, con 11 en total. Pese a ello, es la segunda región con más mecanismos de gobernanza, con un total de 99. Cataluña, Castilla y León, la Comunidad Valenciana y Galicia tienen cada una cuatro áreas metropolitanas, mientras que Cataluña destaca por tener la mayor cantidad de mecanismos de gobernanza en España, con 126. Así, Comunidad Valenciana y Galicia, con 17 y 20

mecanismos cada una, se encuentran lejos del caso catalán. Por otro lado, el País Vasco cuenta con tres áreas metropolitanas y ha implementado 28 mecanismos de gobernanza. Así, por la parte alta de la tabla podemos ver ya disparidades evidentes.

En contraste, las comunidades con menos de tres áreas metropolitanas, como Madrid, Castilla-La Mancha, Extremadura y La Rioja, han creado un número reducido de mecanismos de gobernanza, siendo Madrid la excepción con 35 instrumentos.

Todo ello nos hace pensar que no hay una correspondencia entre el número de AUF y el número de mecanismos. Además, vemos comunidades más activas en el ámbito metropolitano en cuanto a mecanismos detectados (siendo Cataluña la principal) y otras donde la cuestión metropolitana no ha sido prácticamente institucionalizada (Tabla 3).

TABLA 3. DISTRIBUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA EN LAS CCAA

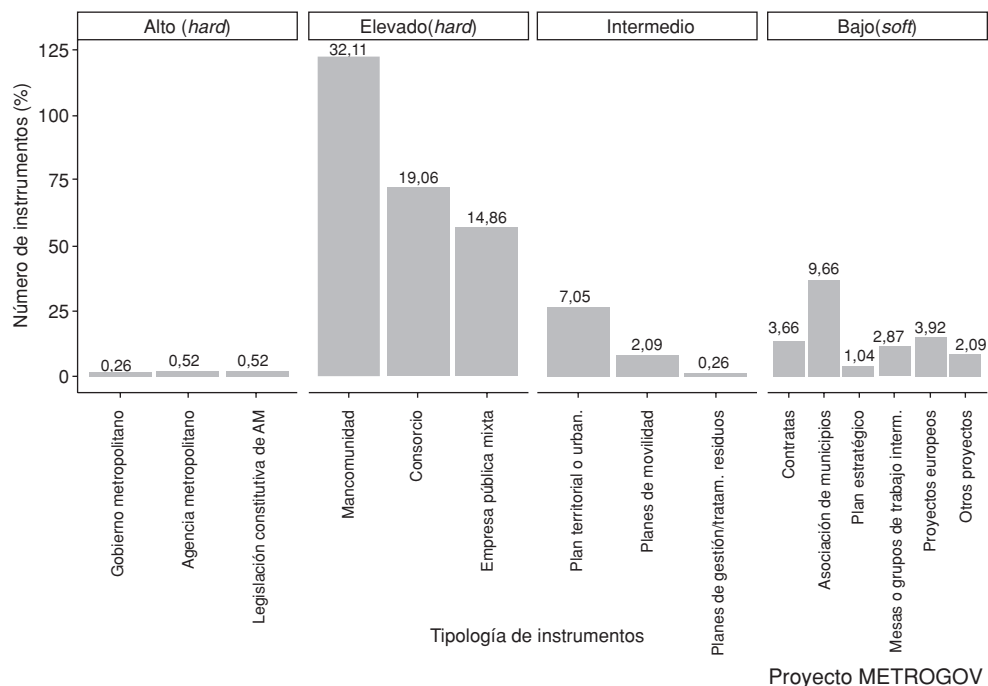
<i>CCAA</i>	<i>Número de AUF grandes</i>	<i>% de AUF grandes</i>	<i>Número de instrumentos</i>	<i>% de instrumentos</i>
Extremadura	1	2,22	1	0,26
La Rioja	1	2,22	1	0,26
Castilla-La Mancha	2	4,44	2	0,52
Murcia	2	4,44	2	0,52
Cantabria	1	2,22	3	0,78
Asturias	2	4,44	4	1,04
Aragón	1	2,22	5	1,30
Islas Baleares	1	2,22	5	1,30
Comunidad Foral de Navarra	1	2,22	8	2,08
Canarias	2	4,44	10	2,60
Comunidad Valenciana	4	8,89	17	4,43
Castilla y León	4	8,89	18	4,69
Galicia	4	8,89	20	5,21
País Vasco	3	6,67	28	7,29
Comunidad de Madrid	1	2,22	35	9,11
Andalucía	11	24,44	99	25,78
Cataluña	4	8,89	126	32,81
Total	45	100,00	384	100,00

Fuente: elaboración propia (TOMÀS y ROSSELLÓ, 2023).

3.2. La tipología de mecanismos metropolitanos en España

Si miramos la tipología de mecanismos, vemos que hay una predominancia clara de un caso: los de cooperación mediante mancomunidades, empresas y consorcios (Figura 3). La creación de estructuras de cooperación entre los ayuntamientos españoles y otras administraciones responde principalmente a la necesidad de compartir recursos y abordar de manera conjunta problemas y desafíos que trascienden las fronteras municipales. Sin embargo, la pregunta clave es si estas estructuras están realmente alineadas con las necesidades funcionales del territorio, es decir, si siguen una lógica metropolitana.

FIGURA 3. NÚMERO DE INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA SEGÚN TIPOLOGÍA Y GRADO DE INSTITUCIONALIZACIÓN



Fuente: elaboración propia (TOMÀS y ROSSELLÓ, 2023).

La mancomunidad no siempre tiene el peso metropolitano que debería. De hecho, es común encontrarlas en las áreas periféricas de las áreas urbanas funcionales, pero su presencia es limitada en los núcleos urbanos centrales. Se destaca como una herramienta de colaboración entre municipios situados en las zonas más distantes del centro urbano. Este es especialmente el caso en Madrid, donde los municipios más pequeños sienten la necesidad de compartir recursos para poder brindar servicios adecuados a sus ciudada-

nos. Sí que la mancomunidad es un mecanismo relevante en ciudades de tamaño mediano, donde puede adquirir una dimensión más urbana y cumplir un papel significativo en la prestación de servicios y la gestión de recursos compartidos. El claro ejemplo es Vigo, donde hay una mancomunidad metropolitana con vocación integral.

Por otro lado, tanto los consorcios como las empresas tienen una orientación más urbana, enfocándose principalmente en los núcleos urbanos. En el caso de los consorcios, aproximadamente el 33 por 100 de ellos abarca más del 50 por 100 del territorio de su área urbana funcional (AUF), mientras que un 19 por 100 agrupa entre el 25 y el 50 por 100. En cuanto a las empresas, este porcentaje se sitúa en un 27,5 por 100, tanto para aquellas que agrupan entre un cuarto y la mitad del territorio como para las que representan más de la mitad de su AUF.

Lo más notable es la falta de instrumentos específicamente diseñados con un enfoque metropolitano y un alto nivel de institucionalización. Además, es importante destacar que, incluso entre los instrumentos existentes, estos sólo cubren una parte del área urbana funcional (AUF), no su totalidad. Un ejemplo destacado es Barcelona: aunque el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) abarca la mayoría de su población, sólo incluye el 26,7 por 100 de los municipios de la AUF. Esto significa que el único gobierno metropolitano activo en España tiene un considerable desajuste territorial con respecto al AUF, tanto en términos de población como en relación con la unidad básica de gobierno y administración, que es el municipio. En el caso de Vigo, donde el gobierno metropolitano está establecido por ley pero no está en funcionamiento, existe una mejor correspondencia: el Área Metropolitana de Vigo (AMVi) comprende el 66,7 por 100 de los municipios del AUF. En el caso de Valencia, donde encontramos un modelo de agencias, sin un gobierno conjunto, hay la disparidad en municipios: la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos está integrada por 51 municipios y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos por 45 municipios. Esto representa, respectivamente, entre un 60 y un 75 por 100 de los municipios del AUF.

Entre los mecanismos *soft*, propios del nuevo regionalismo (planes estratégicos, mesas de diálogo...) vemos también una clara carencia de mecanismos. Pese a ello, encontramos casos ejemplares en el caso de la planificación estratégica. Desde principios del siglo XXI, varias ciudades han adoptado planes estratégicos con un enfoque metropolitano, como Málaga y Marbella en 2007. El caso de Barcelona es especialmente notable, ya que desarrolló su primer plan estratégico a finales de los años ochenta y ha ido incorporando gradualmente la dimensión metropolitana, que ahora ocupa un lugar central. Otro ejemplo destacado es el de Bilbao, donde la asociación Bilbao Metròpoli 30 ha desempeñado un papel importante desde la década de 1990 en la formulación de la visión estratégica metropolitana. Asimismo, está el caso de Ebrópolis, la asociación responsable del Plan Estratégico de Zaragoza y su área metropolitana, que incluye sólo el 38,4 por 100 de los municipios del área urbana funcional. En este caso, es notable el peso considerable del municipio de Zaragoza en la elaboración del plan, ya que se centra principalmente en él.

En resumen, tenemos formas de cooperación que predominan en todo el territorio. Muchas de ellas no tienen una clara vocación metropolitana y, según tipología, actúan de manera diferente sobre el territorio urbano. A su vez, en las principales ciudades encontramos formas más institucionalizadas de gobierno (Barcelona o Valencia, principalmente) o siguiendo estructuras de planeamiento estratégico (Zaragoza o Bilbao). Pese a ello, es más bien minoritario.

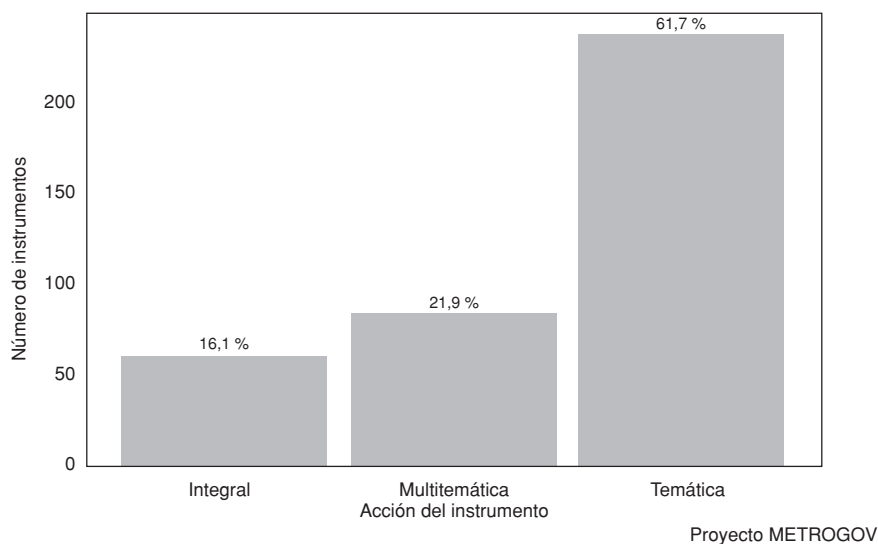
3.3. Los instrumentos según temática y ámbito

Muchas veces, el grado de institucionalización no equivale a que el debate metropolitano esté encima de la mesa en toda su plenitud. Por ejemplo, comparando Barcelona con Valencia, ciudades que cuentan con un grado elevado de institucionalización. En Valencia se actúa sólo en ámbitos sectoriales concretos. Por otro lado, el gobierno metropolitano de Barcelona tiene competencias en muchos aspectos y, además, cada vez asume más gracias a la flexibilidad de la ley que lo inviste (FONT I LLOVET, 2018). Así, también se debe mirar, por un lado, si los instrumentos tienen una vocación temática integral o sectorial y, por otro, que ámbitos tratan.

Antes, un aviso: hay instrumentos que por su naturaleza no son integrales (planes de gestión de residuos o de movilidad, agencias metropolitanas sectoriales, etc.). Hay otros que, pese a ser temáticos, pueden indirectamente condicionar o determinar otras políticas de otros ámbitos, como los planes territoriales. Y luego, hay instrumentos que jurídicamente pueden o no ser temáticos. Por ejemplo, puede haber asociaciones metropolitanas multitemáticas o integrales, pero vemos que, según los datos, suelen ser de naturaleza temática, es decir, que tratan sólo un tema (el 72 por 100 de ellas lo son).

Pese a todas estas consideraciones, vemos que la mayoría de instrumentos son de un solo tema (Figura 4). Las mancomunidades, los consorcios y las empresas son los instrumentos más comunes. A diferencia de los últimos dos, que suelen tener un enfoque temático (más del 85 por 100 de los consorcios y empresas), las mancomunidades tienden a abordar tanto temas específicos como múltiples áreas. De hecho, aproximadamente la mitad de las mancomunidades estudiadas tienen un enfoque temático, mientras que un poco menos de la mitad se dedican a una acción multitemática.

Hemos estudiado asimismo la principal línea temática del instrumento, su ámbito de actuación concreto. Así, los temas más comunes son desarrollo y promoción económica (presente en 137 instrumentos, es decir, el 36 por 100 de ellos), residuos (114 instrumentos, el 30 por 100 de todos) y medio ambiente (126 instrumentos, el 33 por 100 de ellos) y cohesión social (en 109 instrumentos, el 28,5 por 100). Los menos frecuentes son educación, salud y vivienda.

FIGURA 4. NÚMERO DE INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA SEGÚN LA ACCIÓN

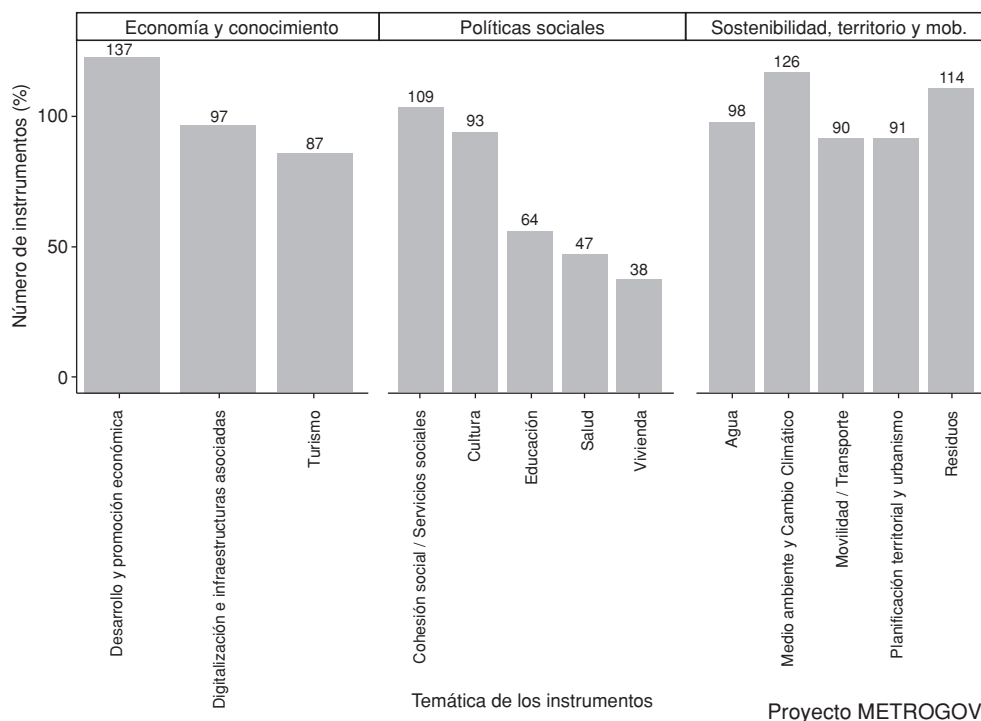
Fuente: elaboración propia (TOMÀS y ROSSELLÓ, 2023).

Para resumir la información, hemos categorizado las temáticas en tres ámbitos: sostenibilidad, territorio y movilidad; economía y conocimiento; y políticas sociales. No es sorprendente que el ámbito que abarque la mayor cantidad de instrumentos metropolitanos sea el de sostenibilidad, territorio y movilidad, con 273 instrumentos que abordan uno o más temas dentro de este ámbito. Esto se debe a que este ámbito engloba las competencias principales del ámbito local y las políticas más comunes del ámbito metropolitano, como la planificación urbana o el transporte. Aquí se incluyen desde planes de movilidad, como el de Asturias, hasta planes territoriales parciales de Bilbao o asociaciones que promueven la gestión pública del agua de Cataluña. En cuanto a las políticas sociales, que es el ámbito menos representado, 172 instrumentos se ocupan de uno o más temas directamente relacionados con este ámbito. Ejemplos incluyen proyectos europeos en materia cultural en el área urbana funcional (AUF) de Sevilla, o iniciativas más indirectas como el Instituto Metròpoli de Barcelona, que lleva a cabo estudios sobre políticas sociales en el ámbito metropolitano. En el ámbito de economía y conocimiento, hay 193 instrumentos, entre los que destacan Bilbao Metròpoli 30 con su plan estratégico, entre otros.

En resumen, los temas más tradicionales en las ciudades (residuos, medio ambiente...) son, sin duda, los predominantes, sin desmerecer aquellos temas de desarrollo económico (Figura 5). Hasta ahí, se siguen las pautas que también se encuentran en Europa. Pese a ello, es de destacar que la minoría de mecanismos abordan de manera integral la metrópolis, desde todos los temas y ámbitos posibles. También es flagrante que el

tema que más preocupa a nivel metropolitano a los ciudadanos, como es la vivienda, no esté para nada institucionalizado, salvo algunas excepciones, como el operador metropolitano de vivienda de Barcelona.

FIGURA 5. NÚMERO DE INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA SEGÚN LA LÍNEA TEMÁTICA Y ÁMBITO



Fuente: elaboración propia (TOMÀS y ROSSELLÓ, 2023).

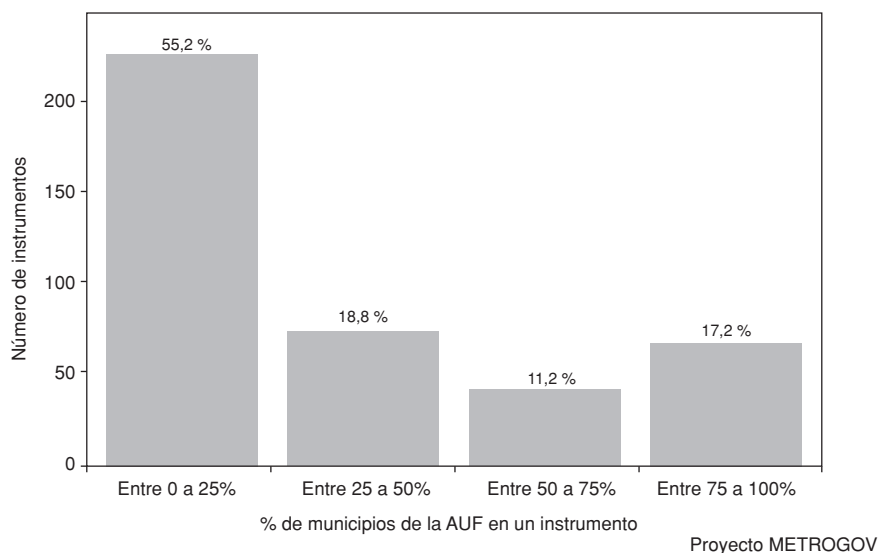
3.4. Cobertura territorial de los mecanismos de gobernanza metropolitana

Una atención integral de la cuestión metropolitana podría ser para todos los temas, o también para todos los territorios. Por eso, debemos mirar si los instrumentos de gobernanza abarcan el territorio de las AUF o si, al contrario, fragmentan el territorio en diversas administraciones, dejando sin abarcar parte del espacio metropolitano.

Los datos son claros. Sólo el 17,2 por 100 del total de instrumentos de gobernanza agrupan entre el 75 y el 100 por 100 de los municipios del AUF. Lo más habitual (más de la mitad de los casos) es que menos del 25 por 100 de los municipios participen en estos mecanismos de gobernanza. Así, podemos afirmar que, en más de la mitad de los casos, la mayor parte de los municipios quedan fuera de la cooperación.

Anteriormente ya hemos comentado que los gobiernos y agencias metropolitanas suelen abarcar parcialmente el territorio. También ya hemos señalado que las mancomunidades, pese ser la tipología más numerosa, tienden a agruparse de manera más fragmentada. Por otro lado, en promedio, las asociaciones de municipios son la tipología de instrumento que agrupa a más municipios dentro del área urbana funcional (AUF), con una media de 51 municipios. Sin embargo, un alto número de estas asociaciones no se ajusta completamente al territorio del AUF; de hecho, el 74 por 100 de ellas engloba menos de un cuarto de los municipios que componen el AUF en el que se encuentran. Esta discrepancia se debe a que la media está influenciada por algunas asociaciones que abarcan un gran número de municipios (como AMTU, la asociación de municipios del transporte público de Cataluña), mientras que la tendencia general es que agrupen menos municipios de los que conforman la extensión total del AUF. Los planes territoriales, de media, ocupan un poco menos que las asociaciones: 48,5 municipios. En este caso sí suelen ocupar gran parte del AUF (el 57 por 100 ocupa más de tres cuartas partes del AUF donde se encuentran). Los planes estratégicos son los terceros que, de media, ocupan más: 45 municipios. Los consorcios también destacan por ocupar la extensión de la AUF (25 por 100 de los consorcios ocupan más de tres cuartos del AUF), pese a ser instrumentos que tienden a agrupar extensiones más pequeñas. Además, los planes de movilidad (75 por 100 de todos ellos) suelen ocupar más de la mitad de su AUF.

FIGURA 6. NÚMERO DE INSTRUMENTOS DE GOBERNANZA SEGÚN EL PORCENTAJE DE MUNICIPIOS DEL ÁREA URBANA FUNCIONAL INTEGRADOS



Fuente: elaboración propia (TOMÀS y ROSSELLÓ, 2023).

En definitiva, España tiende a tener instrumentos que actúan sólo sobre fragmentos del territorio (Figura 6). Pese a ello, temáticas como la movilidad o instrumentos de planificación o consorcios tienden a actuar más sobre el conjunto de la AUF. Así, aquí, otra vez, vemos una tendencia clara, pero muy matizable según tipología de instrumento, temática y territorio.

3.5. Concentración y relación de los instrumentos

De lo visto hasta este momento vemos que los modelos de gobernanza: 1) son dispares según la CCAA; 2) las tipologías que predominan son las de cooperación, pese que hay presencia de otros tipos de instrumentos destacados en determinadas AUF; 3) predominan los instrumentos sectoriales y los temas tradicionales de la gobernanza urbana, pese a ver una presencia destacada de temas de desarrollo económico, y 4) los instrumentos actúan de manera fragmentaria sobre el territorio.

Todo esto ya dibuja un modelo de cooperación, dependiente de las estructuras autonómicas y con disparidades en los territorios. Pero, ¿es este el modelo de gobernanza metropolitana español? Los propios datos ya mostraban contradicciones y matices. Por ello debemos ahondar en ellos, viendo cómo se relacionan los instrumentos sobre un mismo territorio; viendo su densidad o concentración en la AUF. Para hacerlo, basta poner los instrumentos en un mapa y mirar el número de instrumentos metropolitanos que actúan en un municipio (Figura 7). Viendo la densidad sobre el territorio de mecanismos de gobernanza metropolitana nos damos cuenta enseguida que existen, en verdad, cuatro tipos ideales de gobernanza metropolitana en el territorio. Así, lejos de tener un único modelo con un único mapa urbano y político, la gobernanza metropolitana dibuja cuatro escenarios diferentes en territorios diferentes:

1. Número bajo de instrumentos y dispersos: este modelo es común en comunidades con ciudades intermedias en España, como las Castillas, Murcia, Asturias, así como en las Islas Baleares y Canarias. Estas regiones no suelen contar con una gran cantidad de instrumentos, y aquellos que tienen se distribuyen de manera dispersa por todo el territorio, sin destacar ninguna zona central de concentración significativa. En muchas de estas ciudades, la acción metropolitana se apoya en instituciones de segundo nivel local o en las CCAA, lo que refleja una visión más regional que urbana. Un ejemplo claro de esto se observa en las islas, donde los consells y cabildos juegan un papel importante. En un punto intermedio entre este modelo y el siguiente se encuentran Navarra y Aragón, donde la cantidad de instrumentos o la concentración pueden ser mayores.

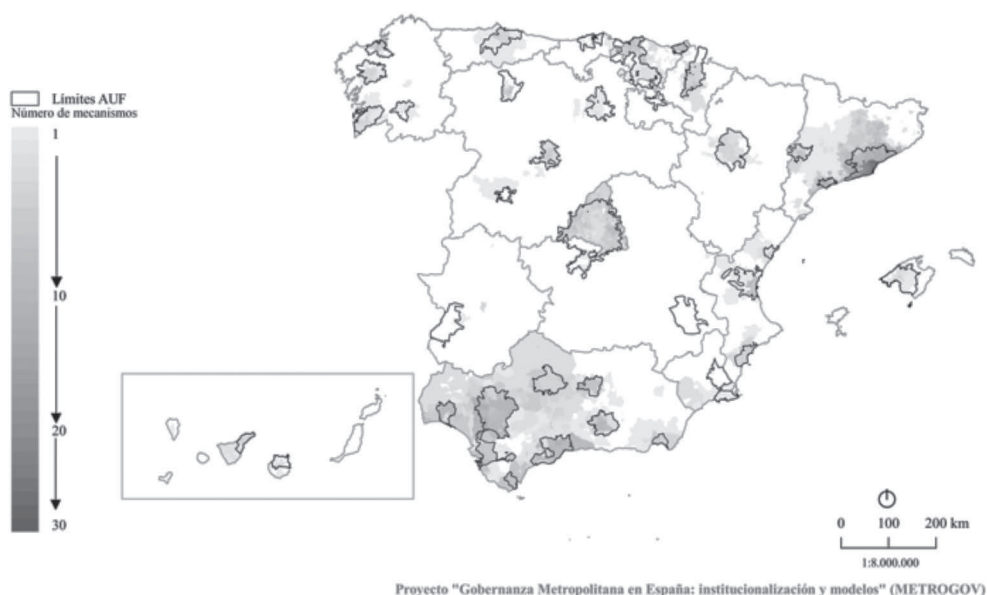
2. Número medio de instrumentos, concentrados y con límites en el AUF: es el caso de País Vasco, Galicia y Comunitat Valenciana, principalmente. Presentan un número más elevado de instrumentos, se puede ver más claramente la concentración en el centro de las AUF y suelen ser instrumentos que se ajustan a los límites del AUF o que crecen desde ella (con la excepción del País Vasco).

3. Número medio-elevado de instrumentos, dispersos y sin respetar los límites funcionales: es el caso de Andalucía y Madrid, que o sobrepasan o no abarcan todo el territorio funcional del área. Además, presentan —sobre todo en el caso de Madrid— una clara dispersión, donde el centro no presenta mayor densidad de instrumentos que las periferias.

4. Número elevado de instrumentos, concentrados y con irradiación sobre toda la comunidad autónoma: el único caso es Cataluña. Presenta un número muy elevado de instrumentos. A medida que nos vamos alejando, cada vez hay menos concentración de instrumentos metropolitanos, pero vemos cómo van apareciendo a lo largo de todo el AUF e irradian al resto de territorio de la comunidad.

Al final, cada esquema de concentración puede presentar diversos modelos diferenciados de gobernanza. De esta manera, desmentimos la existencia de un modelo único. Por ello, se puede decir que pese al predominio de la cooperación entre municipios para atender a la metrópolis, al final se debe mirar cómo se relacionan los instrumentos en cada escenario dibujado.

FIGURA 7. MAPA CON EL NÚMERO DE MECANISMOS POR MUNICIPIO



Fuente: elaboración propia (TOMÁS y ROSSELLÓ, 2023).

4. CONCLUSIONES

La población española es cada vez más urbana y metropolitana. Sin embargo, el tratamiento de la cuestión metropolitana puede calificarse de «fracaso y abandono» (HIL-

DENBRAND, 2017: 67). Como hemos visto en este artículo, a partir de los resultados del proyecto METROGOV, hay distintos instrumentos de gobernanza metropolitana en las 45 aglomeraciones más grandes del país, pero estos no son integrales, no se agrupan por territorio funcional y tienen un grado intermedio de institucionalización. La mayoría de los instrumentos provienen de cooperaciones entre municipios que no se distribuyen por las necesidades urbanas y que surgen por el impulso de instituciones locales o supralocales herederas de los diseños preexistentes (como las diputaciones o las CCAA).

También hemos constatado que España no tiene un único modelo para su organización metropolitana. Dependiendo del territorio, de la densidad de instrumentos y del nivel de institucionalización, los modelos de gobernanza metropolitana difieren entre ellos. A pesar de todo, predomina la cooperación voluntaria, muy ligada a la figura de la mancomunidad y los consorcios, siguiendo un modelo territorial (Ciudad *vs.* Rural) que está desactualizado para los desafíos actuales (CUADRADO, 2016; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 2010).

La ausencia de un modelo único no equivale a concluir que no existen modelos metropolitanos en el territorio. Sí podemos detectar que muchas áreas urbanas se ajustan a uno u otro modelo teórico de los que podemos encontrar en Europa (más allá de la ya comentada cooperación). Así, el modelo de las agencias metropolitanas, heredero claro del *public choice*, sigue presente en Valencia. Por otro lado, Madrid es un ejemplo de la no existencia de instrumentos propiamente metropolitanos, ya que las funciones potenciales que tendrían las ejecuta directamente la Comunidad de Madrid. Y de todos ellos, sólo un territorio tiene una gobernanza metropolitana donde un ente metropolitano creado por ley sea el eje central: Barcelona. Así, la inexistencia de un modelo estatal predominante no invalida que cada territorio dé una solución u otra al reto metropolitano. Otra cuestión sería si lo realiza desde la centralidad que la cuestión metropolitana merece. Hecho que, en este trabajo, ponemos en duda.

Un tema que cabe mencionar y que es relevante es la sorprendente falta de instrumentos de determinadas temáticas. Por ejemplo, a pesar de que la vivienda es el principal problema de muchos ciudadanos, hay escasos instrumentos a escala metropolitana que lo atienden. Ello ilustra una línea de investigación futura: ¿qué instrumentos atienden la problemática de la vivienda y qué coordinación potencial puede haber entre ellos? Pero las líneas de investigación pueden ir aún más allá. Hablando de temáticas, muchas de ellas presentan sistemas de gobernanza muy particulares, debido a su naturaleza. Sería el caso de la movilidad, que tiende a tener unos instrumentos específicos con alcance territorial propio. Así, observar «submodelos» temáticos sería pertinente en futuros trabajos. A parte de ello, sería francamente interesante estudiar las redes de la gobernanza metropolitana, es decir, la interrelación de los instrumentos metropolitanos. Por ejemplo, el AMB, en Barcelona, participa de consorcios que a su vez participan de otros espacios. Así, estudiar estas relaciones ayudaría a vislumbrar las auténticas gobernanzas metropolitanas del Estado.

Muchas de estas investigaciones podrán ser derivadas de la explotación de METROGOV. Lo que está claro es que esta primera delimitación de los modelos de gobernanza

apunta a una dirección clara: falta construir una visión colectiva de los retos metropolitanos por parte de todos los niveles de gobierno (el central, el autonómico y el local). Constatamos que no existe en España una cultura política proclive a la cooperación a una escala metropolitana. Este es sin duda un reto de gran envergadura, ya que las regiones urbanas y metropolitanas tienen que afrontar desafíos urgentes como la adaptación a la crisis climática, la transición energética, y la segregación social y residencial sin los instrumentos adecuados. El futuro es, sin duda, metropolitano. La cuestión es si le podremos hacer frente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BRENNER, N.: «Urban Governance and the Production of New State Spaces in Western Europe, 1960-2000», *Review of International Political Economy*, vol. 11, núm. 3, 2004, pp. 447-488.
- CUADRADO, S.: «La metropolización del territorio en el cambio de siglo: dispersión metropolitana, urbanización del medio rural y transformación de los espacios turísticos en la Europa mediterránea», *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 21, 2016, pp. 1-36.
- FERIA TORIBIO, J. M.: «Los procesos metropolitanos en España intensificación estructural y nuevos desafíos», *Papers: Regió Metropolitana de Barcelona*, núm. 61, 2018, pp. 28-40.
- FONT I LLOVET, T.: «Cap a un govern local metropolità: el potencial de la llei de l'Àrea Metropolitana de Barcelona», *Papers: Regió Metropolitana de Barcelona: Territori, estratègies, planejament*, vol. 1, núm. 61, 2018, pp. 72-78.
- HILDENBRAND, A.: *Gobernanza y planificación territorial en las áreas metropolitanas. Análisis comparado de las experiencias recientes en Alemania y de su interés para la práctica en España*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2017, p. 728.
- LEFÈVRE, C.: «¿Metrópolis ingobernables? Experiencias europeas», *Política y Sociedad*, vol. 47, núm. 3, 2010, pp. 131-143.
- MARTÍ-COSTA, M., y BARRES, R.: «La anomalía española: el proceso de institucionalización metropolitana en Europa occidental», en M. TOMÁS (ed.), *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 23-42.
- NEL-LO, O.: «Los confines de la ciudad sin confines. Estructura urbana y límites administrativos en la ciudad difusa», en F. J. MONCLÚS (ed.), *La ciudad dispersa*, CCCB, Barcelona, 1998, pp. 35-57.
- RODRÍGUEZ, M.; MOLINA, J., y CAMACHO, A.: «Mapping functional areas in Spain using mobile positioning data», *European Urban and Regional Studies*, vol. 29, núm. 2, 2022, pp. 145-151.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. M.: «Las áreas metropolitanas en Europa: un análisis causal y tipológico», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 298, 2005, pp. 229-268.
- «Estructura institucional y organización territorial local en España: fragmentación municipal, asociacionismo confuso, grandes ciudades y provincias supervivientes», *Política y sociedad*, vol. 47, núm. 3, 2010, pp. 67-91.
- SEVILLANO, A.; TOMÁS, M.; CAPEANS, J., y ROSSELLÓ, M.: «La complicada definición del hecho metropolitano en España», en M. TOMÁS (ed.), *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 43-61.
- TOMÁS, M.: «Metropolitan Governance in Europe: Challenges and Models», *European Metropolitan Authorities*, AMB, Barcelona, 2015, pp. 1-16.

- «Explaining Metropolitan Governance. The Case of Spain», *Raumforschung Und Raumordnung | Spatial Research and Planning*, vol. 75, núm. 3, 2017, pp. 243-252.
- «Metropolitan Revolution or Metropolitan Evolution? The (Dis)continuities in Metropolitan Institutional Reforms», en K. ZIMMERMANN (ed.), *Metropolitan Regions, Planning and Governance*, Springer International Publishing, Switzerland, 2020, pp. 25-39.
- (ed.): *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 384.
- TOMÀS, M., y ROSSELLÓ, M.: «El desgobierno metropolitano en España. El decalaje entre instituciones y territorios», en M. TOMÀS (ed.), *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 62-89.
- ZIMMERMANN, K., y FEIERTAG, P.: «Return of the Metro-Model? Governance and Planning in Metropolitan Regions Under Change. An International Comparison of France, Italy and Germany», *Papers: Regió Metropolitana de Barcelona: Territori, Estratègies, Planejament*, núm. 61, 2018, pp. 16-26.

INFORMES SECTORIALES

Organización y régimen jurídico

Jorge CASTILLO ABELLA
Profesor Ayudante
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. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO: 3.1. Cargos electos locales. 3.2. Órganos de gobierno: 3.2.1. Alcalde. 3.2.2. Órganos colegiados. 3.3. Transparencia y participación ciudadana. 3.4. Administración municipal.—4. SECTOR PÚBLICO LOCAL.—5. ENTIDADES LOCALES INFRA Y SUPRAMUNICIPALES.—6. COMPETENCIAS MUNICIPALES.—7. REGÍMENES ESPECIALES.

1. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2023 se ha relajado la atención sobre la gestión de los fondos Next-GenerationEU que ocupó gran parte de los esfuerzos normativos y doctrinales de 2022, si bien su relevancia aún se refleja en algunas novedades del último año. El foco se ha trasladado a otras cuestiones de interés local que, probablemente, representan desafíos de mayor alcance y que pueden resumirse en el creciente debate sobre la necesidad de quebrar la actual uniformidad del régimen local para que este pueda atender con efecti-

vidad a las necesidades de los pequeños municipios y las grandes ciudades. Esto conecta asimismo con el reto demográfico, al que desde hace varios años también se le presta una merecida atención. Sin perjuicio de lo anterior, en 2023 también se han dado novedades relevantes en los ámbitos fundamentales del régimen y funcionamiento de las entidades locales. De todo ello se da cuenta seguidamente.

2. EL RÉGIMEN LOCAL, EN GENERAL

La atención legislativa en materia de régimen local general se ha centrado en 2023 en el medio rural. Tanto Aragón como la Comunidad Valenciana han aprobado sendas leyes con medidas dirigidas a reforzar y dinamizar el medio rural o a combatir la despoblación. La *Ley aragonesa 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón* (BOA núm. 72, de 17 de abril de 2023) establece un extenso régimen para asegurar la cohesión territorial, social y económica y un desarrollo territorial equilibrado que incluya las zonas rurales. Prevé así normas organizativas y ciertos principios rectores de la actuación administrativa en este ámbito y un régimen de zonificación y clasificación de áreas y municipios rurales, también a efectos fiscales. Asimismo, se incluyen normas relativas a la actuación planificadora del medio rural y a las medidas de dinamización y diversificación de la economía rural. Por último, la ley recoge varias previsiones sobre actividades económicas y vivienda, así como numerosas normas en materia de acceso a servicios públicos u otros de carácter básico, como los servicios bancarios. Destacan también las disposiciones relativas a igualdad de género y juventud y, sobre todo, las relacionadas con la gobernanza, la financiación y la fiscalidad diferenciada del medio rural.

Por su parte, la *Ley valenciana 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunidad Valenciana* (DOGV núm. 9580, de 21 de abril de 2023) incluye un catálogo de medidas en clave de reto demográfico. Así, un primer grupo de estas medidas establece normas organizativas para hacer posible la acción administrativa, entre las cuales destacan la atribución expresa de competencias al Consell, la regulación de la Comisión Interdepartamental del Consell contra el Despoblamiento y por la Equidad Territorial y la previsión de criterios para identificar municipios y zonas en riesgo de despoblamiento. Un segundo grupo de normas se dirige a garantizar el acceso de quienes residen en zonas rurales a los servicios públicos o a otras prestaciones necesarias, de forma muy similar a lo que recoge también la ley aragonesa. Por último, la ley también contiene una batería de previsiones para reactivar la economía en el medio rural que se centran en el empleo, la dinamización del comercio y el apoyo a pequeñas o medianas empresas. Destacan aquí las especificidades en materia de subvenciones y contratación pública que se establecen para tener en cuenta las circunstancias del mercado en estas zonas.

Una importante novedad ha venido dada por la *STC 124/2023, de 26 de septiembre*, cuya doctrina ha reiterado la *STC 143/2023, de 24 de octubre*. Estas resoluciones resuel-

ven sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Grupos Parlamentarios Popular y Vox contra ciertos preceptos de la Ley valenciana 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del Fondo de Cooperación Municipal de los Municipios y Entidades Locales Menores de la Comunidad Valenciana. Los preceptos impugnados se referían a las reglas de contribución al fondo de cooperación municipal de la comunidad autónoma y a su distribución territorial. En lo fundamental, los recursos consideraban que se vulneraba la autonomía provincial y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana al establecer la participación obligatoria de las diputaciones provinciales en el fondo y someter tanto sus proyectos de presupuestos como el ejercicio de competencias propias al control autonómico. El TC recuerda que, para no incurrir en inconstitucionalidad, las facultades de coordinación sobre entidades locales deben estar específicamente atribuidas, suficientemente predeterminadas y responder a la protección de intereses generales o comunitarios. A tal efecto, la ley impugnada incluía una declaración expresa de que la participación provincial en la financiación básica municipal es de interés general. Igualmente, señala que la Constitución no garantiza el principio de autonomía financiera, sino simplemente la suficiencia de ingresos para hacer posible la autonomía local que garantiza, y que esta debe predicarse tanto de municipios como de provincias. Por lo demás, considera que su vertiente de autonomía de gasto puede limitarse mediante mecanismos de coordinación.

En virtud de todo ello, el TC considera que la participación obligatoria de las diputaciones provinciales en el fondo de cooperación municipal es constitucionalmente inobjetable: la finalidad a la que se dedican los recursos forma parte de la función esencial de las diputaciones provinciales (la asistencia, también económica, a los municipios), y el ejercicio de facultades de coordinación en este caso se ha ajustado a la jurisprudencia constitucional. En este sentido, entiende que se respeta la autonomía provincial siempre que estas participen en el proceso decisorio, las aportaciones de cada diputación provincial se destinen a municipios dentro de sus respectivos territorios y no se agote o anule la competencia provincial nuclear. Las sentencias incluyen dos votos particulares que se oponen al razonamiento de la mayoría y señalan que, en su opinión, lo que consigue la comunidad autónoma mediante la participación obligatoria de las diputaciones provinciales en este mecanismo es atraer fondos ajenos para el cumplimiento de una responsabilidad propia (la garantía de recursos financieros de los municipios).

En el plano doctrinal se han dado también varias publicaciones de interés. El trabajo de Francisco VELASCO CABALLERO, «20 años de Instituto de Derecho Local, 20 años de Derecho local», *Anuario de Derecho Municipal* 2022, núm. 16, 2023, pp. 23-44, explora el Derecho de los gobiernos locales a lo largo de las últimas dos décadas y constata su relativa estabilidad, especialmente a la vista de las numerosas crisis que se han producido en ese periodo. El autor analiza los aspectos fundamentales del régimen local no solamente desde el punto de vista constitucional, sino también centrándose en el sistema de fuentes, la planta local, la organización, el sistema de competencias o su financiación, entre otros aspectos.

Una obra llamada a servir como referencia a numerosos operadores jurídicos en el mundo local, por su vocación generalista, es la de Valentín MERINO ESTRADA, *Manual para alcaldes y concejales. Preguntas y respuestas*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2023. Desde una perspectiva práctica, este libro aborda los aspectos fundamentales de la organización y acción locales, desde la autonomía municipal hasta la gestión de fondos NextGenerationEU y pasando, entre otras cuestiones, por las competencias, los servicios públicos, el control de actividades, los bienes y la contratación municipal.

El régimen de los grandes municipios ha sido un importante foco de atención doctrinal en 2023. Sobre los retos actuales a los que se enfrentan las grandes poblaciones ha escrito Tomás FONT I LLOVET, «Las transformaciones de la ciudad y su derecho. El papel actual de las grandes ciudades», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 14-32, quien reclama la actualización del derecho de las grandes ciudades para que este refleje adecuadamente las nuevas funciones que estas deben desempeñar. Partiendo de la actual posición del Estado frente a los retos sociales y económicos, analiza las distintas formas que adoptan las ciudades, la pérdida de protagonismo del elemento territorial en los municipios y las nuevas funciones que estos llevan a cabo. El trabajo contiene ciertas reflexiones sobre la renovación de la potestad normativa municipal y la posibilidad de explorar vías para establecer una justicia administrativa de la ciudad. En una línea similar se sitúa el artículo de Tomás FONT I LLOVET y Marc VILALTA REIXACH, «La ciudad en busca de autor. Hacia un estatuto europeo de las grandes ciudades», *Anuario de Gobierno Local 2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023, pp. 11-40. En él, se destaca la necesaria tendencia a la ruptura de la uniformidad normativa y el desarrollo del principio de diferenciación para actualizar la configuración organizativa y la atribución de funciones de las ciudades. Sobre esa base, se ensayan varias proyecciones sobre el futuro de las ciudades en el marco de la política urbana en España y en Europa y se analizan algunos riesgos que pueden llegar a materializarse.

De las ciudades también se ocupa Francisco VELASCO CABALLERO, «Municipios de gran población, veinte años después», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 33-66, cuyo estudio se centra en varios aspectos problemáticos del régimen actual de los grandes municipios, como la distribución de competencias entre los órganos de gobierno, la configuración y funciones de varios órganos o la excesiva homogeneidad normativa que conlleva la categoría de municipio de gran población para municipios que, en realidad, pueden diferir sustancialmente entre sí. Por su parte, Silvia DEL SAZ CORDEIRO, «Ámbito de aplicación del régimen de los municipios de gran población», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 67-90, pone el foco sobre el espíritu que condujo al legislador a introducir un régimen específico para las grandes ciudades y su aplicación efectiva en la actualidad, tanto voluntaria como obligatoria, a los municipios.

En clave específicamente metropolitana hay que destacar varios trabajos; en primer lugar, la monografía editada por Mariona TOMÀS FORNÉS, *Metrópolis sin gobierno. La anomalía española en Europa*, Tirant Humanidades, Valencia, 2023. La obra contiene varias contribuciones que se centran en el análisis del hecho metropolitano en España y sus estructuras, y que van acompañadas de estudios específicos de las áreas metropoli-

tanías españolas (Barcelona, Vigo, Madrid, Valencia, Sevilla y Bilbao). También cumple mencionar el artículo de la misma Mariona TOMÀS FORNÉS, «Tendencias y modelos de gobernanza metropolitana en España», *Anuario de Gobierno Local 2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023, pp. 43-60, en el cual se hace hincapié sobre la excepción española en el desarrollo de modelos metropolitanos y se apunta a varios factores que pueden haberla causado. Posteriormente, se realizan varias propuestas de reforma en clave jurídica, pero también política, dirigidas a los niveles de gobierno estatal, autonómico y local en función de sus respectivas competencias.

Ya con el foco sobre la ciudad de Barcelona, merece mención el trabajo de Joan PERDIGÓ I SOLÀ, «El Área Metropolitana de Barcelona a los doce años de su reconstitución», *Anuario del Gobierno Local 2022*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023, pp. 245-283. El trabajo recorre la trayectoria de la ciudad de Barcelona como corporación metropolitana durante el último siglo y analiza críticamente la actual configuración del Área Metropolitana de Barcelona, prestando especial atención a las competencias que tiene atribuidas, a las relaciones entre la ciudad de Barcelona y los demás municipios del área metropolitana y su régimen de financiación.

Aún desde un punto de vista general debe destacarse la obra de Miguel YABEN PERAL, *Autonomía y derechos prestaciones básicos de los vecinos*, Bosch, Barcelona, 2023, quien parte del examen de la posición constitucional y legal de los municipios y sus vecinos para, posteriormente, explorar con qué instrumentos cuentan estos últimos para exigir de aquellos las prestaciones a las que tienen derecho. Por último, también presenta interés el artículo de Santiago A. BELLO PAREDES, «La despoblación en España: Balance de las políticas públicas implantadas y propuestas de futuro», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 125-147, en el que el autor disecciona las políticas públicas en materia de despoblación en España y ensaya posibles herramientas y respuestas futuras a este fenómeno.

3. ORGANIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO

La organización local es un campo en el que, año tras año, se dan interesantes novedades. Con una perspectiva general hay que mencionar dos publicaciones relevantes aquí. Por una parte, la obra de M.^a Concepción CAMPOS ACUÑA, *Manual práctico para la constitución y gestión de las nuevas corporaciones locales*, 2.^a ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2023, en la que se analizan las cuestiones más problemáticas que se plantean a nivel local en relación con los procesos electorales, la constitución de las nuevas corporaciones, las vicisitudes por las que puede transitar el mandato y el estatuto de los concejales. También resulta de interés el trabajo de David CABEZUELO VALENCIA, «Limitaciones de las corporaciones locales en funciones durante el periodo de administración ordinaria», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023, pp. 352-381, que trata sobre qué debe entenderse por administración ordinaria para delimitar así el ámbito de acción de las corporaciones cesantes cuando se han convocado elecciones.

3.1. Cargos electos locales

El TC se ha ocupado en la *STC 83/2023, de 4 de julio*, de un interesante caso en el que se plantea un conflicto entre el derecho al honor de un concejal y la libertad de expresión de ciertas personas anónimas que publicaron comentarios insultantes en una página web que agrega noticias. La noticia concreta que provocó dichos comentarios fue el elevado gasto en teléfono móvil del concejal en un contexto en el que los casos de corrupción eran habituales y generaban mucha reacción social. Esa noticia fue recogida por el portal de internet y los usuarios publicaron sus insultos de forma anónima e instantánea (sin moderación por parte del portal). En la vía judicial se condenó al portal por no haber retirado esos comentarios tras haber sido requerido para ello, al entender los tribunales que vulneraban su derecho al honor y excedían de la mera crítica, aun desabrida, en el marco del debate político público. El TC recorre su doctrina en esta materia y acaba aplicándola a este caso con igual resultado: considera que se ha producido una lesión inconstitucional del derecho al honor del concejal afectado. Llama la atención a este respecto sobre dos circunstancias que entiende especialmente relevantes: de un lado, la incorporación de la expresión utilizada a un medio tecnológico con especial potencialidad lesiva del honor individual, que no agota sus efectos en el contexto pasajero de una conversación oral, sino que permanece como contenido público fácilmente accesible; de otro lado, el anonimato del autor, que intensifica el elemento de pura vejación, pues el destinatario del insulto queda particularmente indefenso.

Por otro lado, la figura del concejal transfuga es analizada en el trabajo de Javier PÍRIZ URUEÑA, «Concejales no adscritos y transfuguismo: doctrina del Consejo Consultivo de Castilla y León», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 61, 2023, pp. 370-388, donde se presta especial atención a los derechos políticos y económicos de estos concejales.

3.2. Órganos de gobierno

3.2.1. Alcalde

Se plantea en la *STS de 8 de noviembre de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2023:4731)* un caso en el que se dilucida a qué órgano municipal corresponde el ejercicio de acciones judiciales en materia expropiatoria, concretamente la impugnación del justiprecio acordado por el Jurado de Expropiación. Dado que la competencia para ejercer acciones judiciales depende de la materia a la que se refieran y a qué órgano (pleno o alcalde) esté esta última atribuida, el interés de esta resolución reside en el análisis que hace del contenido material de esa decisión impugnatoria. Tras descartar que se trate de una acción relativa a la adquisición de bienes o a los contratos públicos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que la competencia en esta materia corresponde al alcalde en virtud de la cláusula residual del art. 21.1.s) LBRL.

Un año más, los avatares y el devenir político de los concejales y grupos municipales han dado alguna novedad interesante. Tal es el caso que se resuelve en la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca de 24 de marzo de 2023* (ECLI:ES:JCA:2023:1656). En ella se ventila la impugnación del acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Arapiles por el que se aprueba la moción de censura al alcalde. La moción fue presentada por cuatro de los siete concejales de la corporación. Uno de ellos accedió al cargo porque se había presentado a las elecciones por el mismo partido que el alcalde censurado. Sin embargo, al inicio del mandato no presentaron el correspondiente escrito de constitución del grupo político. De esta forma, la legislatura se fue desarrollando de forma que ambos, junto con otro concejal concurrente por la misma lista, funcionaban *de facto* como un grupo político. El recurrente, un concejal que no votó a favor de la moción de censura, considera que tanto la convocatoria del pleno en el que se votó la moción como el acuerdo resultante son nulos, al no haberse incrementado conforme al art. 197.1.a) LOREG el número de concejales exigidos para presentarla. Como es sabido, este artículo exige que el número de concejales que presenten la moción, que habitualmente es el que representa la mayoría absoluta del pleno, se incremente en el mismo número de concejales que proponentes pertenezcan al grupo político del alcalde. La sentencia analiza varios precedentes de la Junta Electoral Central similares, aunque no idénticos, y concluye de forma algo abrupta que, en el presente caso, también era exigible el aumento del número de concejales necesarios para tramitar la moción de censura.

3.2.2. Órganos colegiados

En materia de uso de lenguas cooficiales se ha dado un relevante pronunciamiento del TC en la *STC 85/2023, de 5 de julio*. La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 6.2 de la Ley vasca 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi. Este precepto establecía que los documentos relativos al funcionamiento de los órganos colegiados (convocatorias, órdenes del día, mociones, propuestas de acuerdo, dictámenes de comisiones informativas, acuerdos y actas) podrían redactarse en euskera, siempre que no se lesionen los derechos de cualquier miembro de la entidad local que «pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera». La duda de constitucionalidad se localizaba en este último inciso, pues podía representar una preferencia por el euskera proscrita por el art. 3 CE.

El Pleno del TC acoge esta tesis al considerar que la preferencia que proscribía la Constitución puede ser expresa o, como en este caso, derivar de condiciones o formalidades que supongan un uso o trato prioritario de una lengua frente a otra. Sostiene que así se quiebra el equilibrio entre ambas lenguas cooficiales, al supeditarse el uso del castellano al desconocimiento (válidamente alegado) del euskera. Esto supone así una restricción injustificada de los derechos de libre opción en materia lingüística de los miembros de la entidad local. El TC descarta, además, que pueda acudir aquí a una

interpretación conforme. Descarta igualmente que el acuerdo sobre esta cuestión alcanzado en la Comisión Bilateral de Cooperación entre el Estado-Comunidad Autónoma del País Vasco pueda impedir un pronunciamiento del Tribunal sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado y no aprecia en su contenido elemento alguno que enerve el juicio de inconstitucionalidad. Finalmente, rechaza también que deba alcanzarse una conclusión distinta a la luz de la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias. Por todo ello, anula el inciso en el que se alude a la válida alegación del desconocimiento del euskera para que los documentos antes citados deban redactarse en castellano. La sentencia contiene un voto particular de la magistrada Díez Bueso (al que se adhiere el magistrado Sáez Valcárcel) en el que se niega la inconstitucionalidad del inciso anulado porque considera que se aplica la doctrina de la preferencia más allá de lo que hasta ahora se había hecho y se proyecta sobre una norma que se sitúa dentro de los márgenes de la doctrina constitucional.

Sobre reprobación de concejales por parte del pleno municipal se pronuncia la *STS de 26 de junio de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2023:2839)*. Se impugna en el proceso el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Arapiles por el que se acuerda reprobación a ciertos concejales de la oposición por su actitud agresiva e insultante durante la celebración de la junta general de una sociedad municipal. Los concejales reprobados consideran que la reprobación excede de las competencias del pleno y que, con esta declaración, se ha quebrado la necesaria objetividad en la actuación administrativa. El TS, sin embargo, entiende que no hay ningún reproche jurídico a la reprobación. Centra en primer lugar el debate y recuerda que el pleno tiene atribuida la función de control y fiscalización de los órganos de gobierno. Esa función se extiende hasta allí donde concurren razones de interés general y se concrete en alcanzar la debida corrección en las relaciones que impone la vida política municipal. En el presente caso, no aprecia por tanto extralimitación de competencias por parte del pleno ni ausencia de proporcionalidad, al tiempo que entiende que con la reprobación se expresa únicamente una censura política, sin efectos jurídicos. Por último, entronca con su clásica jurisprudencia sobre declaraciones municipales de persona non grata, señalando que esta última no se refiere a miembros de la corporación, sino a personas ajenas al municipio.

Una cuestión similar se plantea en la *STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de abril de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TSJCV:2023:713)*. El acuerdo municipal del pleno del Ayuntamiento de Tavernes de la Valligna, impugnado en esta ocasión, se refiere al conflicto palestino-israelí y se sitúa en la línea de los acuerdos de otros municipios que también han sido objeto de impugnación. En su virtud, el Ayuntamiento se suma al boicot contra el apartheid israelí, se une al conocido como espacio libre del apartheid israelí y dispone el uso del sello correspondiente, advierte a la ciudadanía de que la suscripción de contratos con los territorios palestinos ocupados por Israel puede conllevar la comisión de crímenes de guerra, reclama el cumplimiento del Derecho internacional humanitario en todas las políticas municipales para presionar al gobierno israelí, expresa el compromiso municipal con la no discriminación e igualdad de trato, insta al Gobierno estatal para que emprenda las reformas legales necesarias para

asegurar el cumplimiento del Derecho internacional humanitario en los contratos públicos y se ordena el traslado del acuerdo a los gobiernos y asambleas legislativas estatales y autonómicos y a la embajada israelí en España. El Tribunal, tras apreciar su competencia para enjuiciar esta clase de acuerdos, lo anula porque aprecia que de él se derivan efectos jurídicos que invaden la competencia exclusiva estatal sobre política exterior del Estado. Asimismo, considera que es discriminatorio y excede la competencia municipal, en la medida en que se compromete a no contratar con cualquier institución gubernamental israelí ni con toda aquella entidad que se beneficie de la violación del Derecho internacional humanitario en Palestina.

Estos temas también han suscitado cierto interés doctrinal, como demuestra el trabajo de Alicia Esther ORTUÑO RODRÍGUEZ, «Declaraciones institucionales, colocación de pancartas, banderas y otros símbolos en las entidades locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 388-415. En él, la autora parte del análisis de la naturaleza de estos actos y su posible carácter político para, posteriormente, trazar los límites a los que están sometidos. Estos límites no solamente se refieren a su legalidad, sino también a la autonomía o competencia locales, a la objetividad, neutralidad y lealtad institucional y al respeto a los derechos fundamentales de terceros que puedan verse afectados por estas declaraciones municipales.

Desde una perspectiva con menor carga política, pero no por ello menos importante desde el punto de vista del funcionamiento de los órganos colegiados locales, hay que destacar la obra de Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, *La gestión digital no presencial en las entidades locales. Teletrabajo y órganos colegiados electrónicos*, CEMCI, Granada, 2022 (distribuido durante 2023). En ella se pone la atención sobre cuatro focos: la administración electrónica y la regulación de las sesiones electrónicas de los órganos colegiados; los fundamentos regulatorios del teletrabajo; el impacto del teletrabajo sobre la organización administrativa o el sector público; y los elementos fundamentales de una regulación del teletrabajo por las entidades locales. La monografía cierra con una relación de la normativa fundamental en materia de teletrabajo a nivel autonómico y local.

3.3. Transparencia y participación ciudadana

Desde el punto de vista de la apertura de la Administración a los ciudadanos destaca el estudio de Paula DÍAZ TIE, «Caminando hacia estructuras de gestión local más participativas, inclusivas y representativas de los pequeños ayuntamientos. Gobierno Abierto y cultura administrativa», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 234-249. El artículo da cuenta de un análisis comparado entre cuatro ayuntamientos rurales de menos de 2.000 habitantes frente a otro de similares características que cuenta con una larga trayectoria de transparencia, colaboración y participación ciudadana, con el objetivo de proponer medidas para implantar una cultura administrativa más transparente en esos pequeños ayuntamientos.

También se preocupa por la mejora de la representación de los vecinos en el ámbito local el trabajo de Rebeca PÉREZ LÓPEZ y Antonia GONZÁLEZ SALCEDO, «¿Cómo mejorar la calidad de la democracia local? Analizando el funcionamiento de las juntas municipales en Murcia», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 20, 2023, pp. 146-164. En este sentido, las autoras analizan el funcionamiento de las juntas municipales de la ciudad de Murcia como órganos desconcentrados de gestión y concluyen que este ha sido deficiente en términos de calidad democrática municipal.

3.4. Administración municipal

En el plano de la organización municipal resulta interesante mencionar la *STS de 24 de abril de 2023 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:TS:2023:1669)*. En ella se plantea la posible ilegalidad del precepto de la ordenanza de terrazas de Barcelona, que atribuye a un órgano técnico la elaboración de los criterios interpretativos, las circulares o las instrucciones que resulten pertinentes para la aplicación de la ordenanza. Las entidades recurrentes consideraban que esto suponía atribuir a este órgano una suerte de potestad reglamentaria que le estaría vedada. El TS, en cambio, señala que esta posibilidad es lícita y reitera su doctrina sobre este supuesto, en la que analiza la legalidad de una atribución como la disputada para dictar instrucciones u órdenes de servicio en virtud del art. 6 LRJSP. La interpretación así fijada por el órgano solamente tendrá eficacia *ad intra* y vinculará a los demás órganos administrativos municipales, como es propio de las instrucciones o circulares.

En lo académico cabe destacar el trabajo de M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, «Planes antifraude, integridad y *compliance* de las entidades locales», *Anuario de Derecho Municipal 2022*, núm. 16, 2023, pp. 47-76, en el que se desgranar los planes de medidas antifraude exigidos a las entidades para recibir fondos NextGenerationEU. Tras analizar el marco normativo y los elementos que contienen estos planes, la autora hace una reflexión más amplia sobre el contexto de la cultura del cumplimiento en el que se insertan estos instrumentos. Por último, explora con especial atención al nivel local varios problemas asociados a una expansión algo inconsistente del *public compliance*, entre los que se cuentan la pugna entre lo ético y lo estético, en un clima de desconfianza en la Administración o la compleja relación entre el cumplimiento normativo y el Derecho administrativo.

Por último, debe mencionarse la monografía de Nerea GARRIDO MARTÍNEZ y Goizargi HERNANDO ALONSO, *La transformación de la Administración Local en la nueva era digital. Estudio realizado desde una visión crítica de los ODS que integran la Agenda 2030*, CEMCI, Granada, 2023, que contiene un detallado análisis, en clave de fortalezas y debilidades, de varios ejes estratégicos para la evolución de la Administración local hacia un paradigma digital. Sobre esta base, se estudian numerosas posibilidades y propuestas para que la organización administrativa local pueda transitar esa transformación con éxito.

4. SECTOR PÚBLICO LOCAL

En relación con el sector público local, constituye una novedad legislativa destacable la *Ley 6/2023, de 16 de marzo, de áreas municipales de impulso comercial de las Islas Baleares* (BOIB núm. 36, de 21 de marzo de 2023). Esta ley tiene el propósito declarado de «promover iniciativas que supongan la revitalización de los centros urbanos, así como la mejora y la promoción de otros entornos relacionados, recogiendo y consolidando los diferentes proyectos pioneros de dinamización y creación de centros comerciales a cielo abierto» que hasta ahora se han basado en asociaciones de carácter voluntario. Como consecuencia, el contenido de la norma se refiere, en primer lugar, a la creación de estas áreas municipales de impulso comercial (AMIC), desde la iniciativa para la constitución hasta su plan de actuación o el convenio que deberá firmar la nueva AMIC con el ayuntamiento correspondiente. Un segundo grupo de normas se refiere a la organización de la AMIC y a la atribución de funciones a cada órgano. También se incluyen varios preceptos relativos a la financiación, la cual incluye las cuotas obligatorias que, con naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, se exigirán a los comercios o titulares de inmuebles aptos para alojar actividades económicas terciarias. Por último, se regula también la disolución y extinción de las AMIC.

5. ENTIDADES LOCALES INFRA Y SUPRAMUNICIPALES

En lo que hace a las entidades locales infra y supramunicipales debe mencionarse el análisis de Jon Ander PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, «El nuevo “mapa local” de Navarra», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 125, 2023, pp. 63-128. El autor recorre el devenir de la organización local de Navarra desde tiempos prerromanos hasta la actualidad, lo cual le sirve de contexto para el examen de la Ley Foral 4/2019, de 4 de febrero, de reforma de la Administración Local de Navarra (BON núm. 71, de 11 de abril de 2019). Esboza cómo los distintos retos pendientes a los que se enfrentaban las entidades locales hace unas pocas décadas pasaron a depender de una solución a gran escala: la reestructuración del mapa local navarro. Presta especial atención a las medidas (proyectadas o adoptadas) en relación con los concejos y analiza críticamente sus consecuencias en el marco jurídico y político navarro. Rechaza igualmente que la regulación de los ayuntamientos en la ley haya pecado de escasa y se ocupa de las formas de colaboración entre el gobierno navarro y las entidades locales que establece la ley: los consorcios y las mancomunidades. Asimismo, dedica especial atención a las comarcas, a su configuración y a la posición que se les atribuye en la planta local navarra. Finaliza el estudio con un análisis del régimen financiero y un juicio crítico de los elementos salientes de la reforma.

6. COMPETENCIAS MUNICIPALES

La Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2023) incluye ciertas novedades que afectan también al ámbito competencial de los municipios. Así, les corresponde la recogida de animales extraviados y abandonados y su alojamiento en un centro de protección animal, y podrán realizar estas funciones por sí mismos o mediante la colaboración con entidades privadas u otras Administraciones (art. 22). También deberán promover el acceso de animales de compañía que no constituyan riesgo alguno a playas, parques y otros espacios públicos, y deberán establecer en todo caso lugares específicamente habilitados para el esparcimiento de animales de compañía (art. 29). Asimismo se refuerza su papel en relación con gatos y colonias felinas (art. 39). Por último, a los ayuntamientos les corresponde también el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos del art. 80.

En Canarias, el gobierno autonómico ha aprobado el Decreto 91/2023, de 25 de mayo, por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de competencias distintas de las propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias (BOC núm. 109, de 7 de junio de 2023). La norma regula separadamente los informes de sostenibilidad financiera y de inexistencia de duplicidades, si bien también establece algunas reglas comunes para ambos, e incluye un anexo con la documentación que debe aportarse junto con la solicitud del informe de sostenibilidad financiera.

Sobre esta materia merece ser destacado el artículo de Luis MEDINA ALCOZ, «La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 20, 2023, pp. 47-66. Como esclarece ya el título del trabajo, en él se critica, fundadamente, que el Ministerio de Hacienda se arrogue la competencia para emitir el informe de sostenibilidad financiera para el ejercicio de competencias distintas de las propias que exige el art. 7.4 LBRL cuando el estatuto de autonomía no atribuye expresamente la tutela financiera a la respectiva comunidad autónoma. Ya exista previsión estatutaria expresa o no, considera que esa tutela corresponde a todas las comunidades autónomas.

Un sector doctrinal ha prestado especial atención durante 2023 al mapa competencial de los gobiernos locales en el décimo aniversario de la LRSAL. Tal es el caso de Eloísa CARBONELL PORRAS, «Las competencias locales diez años después de la LRSAL», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 8-28. En su estudio, la autora desgrana en detalle el régimen y clasificación de las competencias municipales y provinciales a la luz de los catálogos de los arts. 25 y 36 LBRL, así como de la legislación sectorial. Igualmente, destaca en esta materia el trabajo de Encarnación MONTROYA MARTÍN, «Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: balance tras diez años de aprobación de la LRSAL», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 19, 2023, pp. 29-58, quien recorre el marco normativo de la gestión de los servicios públicos y de la iniciativa económica local en la LBRL y la legislación autonómica tras la LRSAL. A esta última le atribuye el mérito

de haber incorporado un análisis de impacto en el mercado y en la libre concurrencia en la iniciativa económica local. Asimismo, pone de manifiesto la insuficiencia de datos sobre los servicios públicos locales y echa de menos una política pública más firme en este sentido.

7. REGÍMENES ESPECIALES

La preocupación por los municipios pequeños, rurales y/o despoblados ha sido una tendencia creciente en los últimos años. Esto se ha materializado no sólo normativa o doctrinalmente, sino también en políticas de los distintos niveles de gobierno. Buen ejemplo de ello es la *Orden HAC/16/2023, de 16 de octubre, por la que se aprueba la relación de municipios que tienen la condición de zona rural de Cantabria con reto demográfico para el ejercicio 2023 (BOC núm. 204, de 24 de octubre de 2023)*. Los criterios que fija la legislación autonómica para determinar qué es tal zona, exigen que la población sea inferior a 2.000 habitantes, su densidad de población sea inferior a 12,5 habitantes por metro cuadrado y la tasa de envejecimiento sea superior al 30 por 100. En aplicación de estos criterios, la orden determina qué municipios cántabros deben considerarse «zonas rurales de Cantabria con reto demográfico».

Por último, reclama un marco normativo diferenciado para los pequeños municipios Marcos ALMEIDA CERREDA, «Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 20, 2023, pp. 59-81. El autor explora en detalle la posibilidad de que se apruebe un estatuto básico para los pequeños municipios y su contenido posible o deseable. En el análisis destaca especialmente la atención a la técnica legislativa asociada a esta iniciativa, al desgranar cuestiones como el carácter imperativo o dispositivo de las normas de este estatuto, la forma jurídico-normativa que debe adoptar y el papel de la normativa de desarrollo del estatuto.

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; municipal legal regulations; 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 2023 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, J. M. SOCÍAS CAMACHO, «La mejora de la regulación en la Administración pública. Su impacto sobre la potestad normativa de la ciudad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 228; V. SOS BRAVO, «Regulación normativa municipal (modelo de ordenanza) sobre recogida, depósito y traslado de protectores de cultivo y otros elementos de similar naturaleza», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 8, y «Modelo de Ordenanza Reguladora de Estacionamiento y Pernoctación de vehículos vivienda», en el núm. 5 de la misma revista; «La colocación de publicidad en los parabrisas de los coches puede ser objeto de regulación por ordenanza», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9; L. MORATE MARTÍN, «¿Cuáles son los límites que debe respetar una ordenanza para no incurrir en discriminación por razón del territorio?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12.

Sobre nulidad, D. CABEZUELO VALENCIA, «Nulidad de pleno derecho de una ordenanza municipal por infracción de los principios de competencia y de jerarquía normativa», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 1.

Y, por último, relacionado con el procedimiento de elaboración de la normativa local, se ha publicado «Alcance del trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento de aprobación de una ordenanza municipal», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 2; y J. GALÁN CÁCERES, «Tramitación de ordenanza municipal. Trámites e impugnación», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 274.

En relación con las novedades legislativas, en tanto que puede tener incidencia sobre las competencias normativas municipales, destaca el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que reforma la LBRL, ha añadido un apartado 6 al art. 25, que hace referencia a la atribución de competencias a los municipios, exigiendo que, con carácter previo, se realice una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en su parte expositiva o en la memoria justificativa correspondiente.

1.2. Jurisprudencia sobre normas municipales

Durante 2023 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, la STSJ La Rioja de 30 de junio (Sentencia núm. 191/2023, de 30 de junio, JUR 2023/309617), afirma la competencia municipal en relación con la ordenanza reguladora del vertido de purines, estiércoles y otros residuos procedentes de fuentes de origen agrícola y ganadera. El municipio tiene capacidad para dictar normas sobre precisamente esta materia, a tenor de los arts. 4 y 25 LBRL.

La *STSJ Castilla y León, Valladolid de 22 de junio (Sentencia 734/2023, JUR 2023/361307)*, sobre el régimen sancionador establecido en la ordenanza de aprovechamiento de bienes comunales, afirma su nulidad por vulneración del principio de proporcionalidad. Tipifica una infracción grave con evidente inconcreción y en su calificación como grave no se fijan criterios de graduación de suerte que excluye cualquier incumplimiento como susceptible de ser calificado con infracción leve.

La *STSJ Castilla-La Mancha de 19 de junio (Sentencia 133/2023, JUR 2023/320155)*, en relación con una ordenanza sobre la gestión y la evacuación de purines, afirma que la normativa reguladora no ampara la necesidad de que, con carácter específico, se deba realizar una notificación individual de las disposiciones que disponen de afectación general. Recuerda que la participación de asociaciones que puedan representar intereses colectivos se recoge como una posibilidad y no como una exigencia. También afirma la competencia del ayuntamiento demandado para dictar la Ordenanza impugnada, dada la competencia que en materia de medio ambiente urbano tiene atribuida. Sí que determina la nulidad del apartado por el que se establece la prohibición de vertido de purines procedentes de explotaciones ganaderas porcinas ubicadas en otro término municipal, así como el correlativo precepto que castiga tal conducta como infracción «Muy Grave»: la procedencia de los purines no constituye un criterio que sirva para determinar su mayor o menor peligrosidad ni la necesidad de una gestión adecuada conforme al resto de la normativa.

La *STSJ Murcia de 25 de enero (Sentencia 21/2023, JT 2023/186)* afirma la competencia municipal para aprobar una bonificación del 75 por 100 en la cuota del impuesto a los inmuebles en los que se desarrollen actividades económicas de comercio minorista y/o de hostelería, cuya apertura al público hubiera quedado suspendida con motivo de la declaración del estado de alarma por la situación de emergencia sanitaria.

Sobre el procedimiento de elaboración de las ordenanzas municipales, la *STS de 16 de noviembre (Sentencia 1453/2023, JUR 2023/429016)* afirma la innecesariedad del trámite de consulta pública del art. 133.1 LPAC. Y ello conforme a la excepción prevista en la DA 1.ª, apartado 1 LPAC: existencia, de acuerdo con las específicas circunstancias del caso, de graves razones de interés público para prescindir del trámite. Igualmente, la *STS de 31 de enero (Sentencia 108/2023, RJ 2023/1433)* respecto de una ordenanza fiscal relativa a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de los servicios de telefonía móvil. En relación con esto, *vid.* I. RODRÍGUEZ FLORIDO, «La interpretación jurisprudencial de la consulta pública previa en la aprobación de disposiciones de carácter general», *Revista de Administración Pública*, núm. 221.

También la *STSJ La Rioja de 9 de enero (Sentencia 14/2023, JUR 2023/52452)* confirma la legalidad de la ordenanza reguladora del aparcamiento de autocaravanas aunque no haya existido una previa consulta previa. Es una ordenanza en la que no se ha justificado que tenga un impacto significativo en la actividad económica ni impone obligaciones relevantes a los destinatarios de la misma, por lo que concurriría la excepción del

art. 133.4 LRJSP. Además, rechaza la falta de competencia municipal para regular esta materia ya que la ordenanza parte de una realidad incontestable que es el incremento del turismo de caravana.

La *STSJ Madrid de 21 de noviembre (Sentencia 589/2023, JUR 2023/435724)*, en relación con la impugnación de la Ordenanza Reguladora del Taxi de Madrid, afirma la irrelevancia de la omisión del trámite de información pública respecto de determinadas modificaciones introducidas en el texto que había sido sometido inicialmente a dicho trámite: no requiere de un nuevo trámite de audiencia, pues no estamos ante una modificación que pueda calificarse de «sustancial», sino que se trata de una modificación puntual, de una adición. Considera que en las memorias o informes de impacto que deben acompañar a la ordenanza se ha respetado esa exigencia ya que existe una evaluación real y razonada. La memoria de impacto económico supera el «standard» exigible en el control jurisdiccional sobre los fundamentos, en este caso de naturaleza económica, en que se asienta la disposición reglamentaria impugnada.

La *STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de mayo (Sentencia 246/2023, JUR 2023/248551)* determina la procedencia de la nulidad de determinados preceptos de una ordenanza municipal de convivencia cívica por ausencia del informe de impacto de género exigido. Sobre esta sentencia, M. C. TORRES DÍAZ, «La relevancia jurídica de los informes de impacto de género: Comentarios a la Sentencia 246/2023, de 26 de mayo de 2023, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en materia de informes de impacto de género en las Ordenanzas municipales», *Diario La Ley*, núm. 10357.

Por último, la *STSJ de Asturias de 31 de enero de 2023 (rec. contencioso-administrativo núm. 535/2021)* estima el recurso interpuesto frente a la Ordenanza de Movilidad Sostenible del Ayuntamiento de Gijón ante la insuficiencia de la memoria económica. No existe una memoria de impacto económico y presupuestario que contenga un serio análisis del impacto sobre gastos e ingresos que la ordenanza puede suponer, ni sobre la repercusión presupuestaria en términos de estabilidad económica.

2. ACTO ADMINISTRATIVO

2.1. Actos administrativos de la Administración local: doctrina y legislación

Como reflejo de los desafíos procedentes de la extensión de las llamadas nuevas tecnologías, la inteligencia artificial y la utilización de algoritmos por la Administración se puede citar: J. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Digitalización de datos y procedimientos automatización de actuaciones administrativas e inteligencia artificial, en la transformación digital de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 226; J. TAHIRÍ MORENO, «El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables: Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones au-

tomatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 60; E. GAMERO CASADO, «Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63; I. GONZÁLEZ RÍOS, «Servicios públicos digitales: naturaleza jurídica y garantías para el ciudadano», *Revista de Administración Pública*, núm. 221; J. MORENO GARCÍA, «Conflictos competenciales sobre la seguridad pública en materia de administración digital y telecomunicaciones. Comentario a las SSTC 10/2023, 20/2023, 36/2023 y 60/2023 sobre el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 127; R. RIVERO ORTEGA, «Algoritmos, inteligencia artificial y policía predictiva del estado vigilante», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63.

Sobre notificación, E. RANDO BURGOS, «La validez de las notificaciones en papel a las personas jurídicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 126; Y. HERNÁNDEZ VILLALÓN, «Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos. La publicación. Otras formas de notificación complementaria»; T. NÚÑEZ DE CELA CARBONELL, «Las notificaciones electrónicas analizadas al amparo del artículo 24.1 CE», ambos en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 261; F. PLEITE GUADAMILLAS, «Consecuencias de la ausencia de aviso en las notificaciones electrónicas», *Actualidad Administrativa*, núm. 1.

Sobre ejecución forzosa del acto, F. J. SOSPEDRA NAVAS, «La recurribilidad del requerimiento previo a la ejecución forzosa de un acto administrativo firme. Actos firmes», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 4.

Y, por último, sobre mecanismos de limitación intervención en el ámbito urbanístico, M. J. VALENZUELA RODRÍGUEZ, «El control de la Administración autonómica ante la concesión de licencias sin la preceptiva autorización en suelo no urbanizable ¿instar la revisión de oficio u ordenar la demolición?», *Revista Práctica Urbanística*, núm. 181.

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 por la Administración local.

2.2.1. Tipos de actos administrativos: impugnabilidad y control

La STS de 9 de febrero de 2023 (RJ 2023/1076) califica como acto de trámite a un acto iniciador de un procedimiento de ejecución forzosa. Para el inicio de este procedimiento se requiere un título ejecutivo que es la resolución definitiva que impuso la

obligación y el previo apercibimiento de ejecución forzosa debidamente notificado, si el obligado no cumple en el plazo que se le otorgue. Este previo apercibimiento es un presupuesto inexcusable para el inicio del procedimiento de ejecución forzosa. Como acto iniciador de un procedimiento, en principio, no es susceptible de recurso autónomo, salvo que genere indefensión o perjuicios de difícil reparación.

La *STS de 27 de junio de 2023 (JUR 2023/274662)*, sobre control del proceso selectivo, se aparta de sentencias propias anteriores que enjuiciaban ejercicios teóricos por escrito y supuestos prácticos. Se podría decir que el control de la discrecionalidad técnica ha quedado jurisprudencialmente muy reducido limitado a controlar los «errores graves, manifiestos o arbitrarios». En el mismo sentido, la *STS de 25 de mayo (RJ 2023/3380)* en la que se da por válido que los «criterios estipulados en las bases de la convocatoria fueron desarrollados por el Tribunal calificador con posterioridad a la realización del dictamen, pero ello no supone ningún vicio de nulidad».

2.2.2. *Requisitos del acto administrativo*

La *STS de 14 de febrero de 2023 (RJ 2023/1109)* afirma que la resolución indebida por un Tribunal Económico-administrativo de la reclamación formulada *per saltum* prevista en el art. 229.5 LGT no es causa de nulidad de pleno derecho [ex art. 217.1.b) y e) LGT]. Estamos ante un problema de incompetencia jerárquica que ha terminado conociendo el órgano competente: los actos dictados por un órgano revisor declarado incompetente (por razones distintas a la concurrencia de nulidad de pleno derecho) no determinan la prescripción de la Administración a liquidar el tributo de que se trate, a menos que hubieran transcurrido más de cuatro años de inactividad en esa sede revisora. Aunque en este caso ha habido una vulneración del principio de buena administración, en su modalidad de deber de diligencia al resolver las reclamaciones y recursos y de resolverlos en un plazo razonable, su concurrencia no determina *per se* la nulidad de los actos tardíamente dictados, sino las consecuencias derivadas del silencio administrativo y la cesación en el pago de los intereses de demora.

La *STS de 20 de enero de 2023 (RJ 2023/509)* concluye afirmando la nulidad de pleno derecho de la resolución que modifica la nota de corte precisa para superar un proceso selectivo y para la obtención de plaza. La Administración aplicó la nota fijada tras una revisión de oficio, y no la nota de corte inicialmente fijada en el procedimiento. Es decir, cambia *a posteriori* las condiciones del proceso selectivo. Esto produce efectos dispares para aspirantes del mismo proceso selectivo que se hallan en la misma situación.

En relación con el alcance de la exigencia de motivación de los actos administrativos, la *STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2023 (JUR 2023/413183)* afirma que resulta claro que no se carece en absoluto de motivación vista la abundante de la resolución del recurso de alzada y del informe en que se apoya. Y, de cualquier modo, recuerda el tribunal que la falta de motivación o la motivación defectuosa no constituye nunca un supuesto de nulidad de pleno derecho que el art. 47 LRJSP reserva para los supuestos

que enumera, entre los que no aparece incluido este. A lo más, puede ser un vicio de anulabilidad del art. 48.2 LRJSP o implicar una mera irregularidad no invalidante.

La *STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2023 (JUR 2023/296834)* afirma, en consonancia con la jurisprudencia del TS, respecto de la relevancia invalidante de la ausencia del trámite de alegaciones previas en un procedimiento tributario que la cuestión se debe centrar en examinar si la parte recurrente sufrió o no indefensión de carácter material y no meramente formal, para que la omisión de un trámite genere una indefensión con efectos anulatorios.

2.2.3. *Eficacia y ejecutividad del acto administrativo*

Sobre la práctica de la notificación, la *STSJ de Asturias de 9 de febrero de 2023 (JUR 2023/79957)* afirma que la falta de diligencia exigible a la Administración a la hora de notificar el acto administrativo hace decaer la presunción de que el obligado tributario, en este caso, tuvo conocimiento del mismo y le permitió defenderse en plazo, conduciendo, indefectiblemente, a privar de eficacia a la notificación edictal realizada. También recuerda el Tribunal que la notificación edictal reviste un carácter supletorio y excepcional, siendo el remedio último que sólo cabe acudir cuando exista la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de notificación.

La *STS de 14 de junio de 2023 (RJ 2023/3440)* afirma que en los casos en los que exista obligación para la Administración de notificación electrónica a personas jurídicas y en cambio la notificación se realice de forma distinta, como puede ser por correo ordinario certificado, esta notificación será válida en aplicación del art. 41.1 LPAC. Por ello entiende que el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (art. 48.2 LPAC).

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, merece ser destacada la doctrina sentada por el TS en numerosas sentencias que afirman que resulta improcedente la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio de acto nulo por vulnerar el Derecho de la Unión Europea y el principio de igualdad relativa al personal estatutario temporal. Por todas, las *SSTS de 20 de enero de 2023 (RJ 2023/508, RJ 2023/808, RJ 2023/126404, RJ 2023/962, RJ 2023/972 y RJ 2023/973)*, que reiteran la doctrina jurisprudencial sentada al respecto ya desde 2021.

La *STS de 7 de febrero de 2021 (RJ 2023/1010)* afirma que, habiendo recaído sentencia firme que declara producido por silencio positivo un acto administrativo (en este caso, la autorización para la instalación de un salón de juegos), el efecto de cosa juzgada derivado de esa sentencia no impide que se proceda a la revisión de oficio de dicho acto,

cuando, como aquí sucede, la resolución judicial únicamente se pronunció en el sentido de afirmar que había operado el silencio positivo, por entender cumplidos los requisitos para que se entendiese producido un acto presunto de contenido positivo. La sentencia no entró a examinar las posibles ilegalidades de fondo de las que pudiera estar aquejada la autorización obtenida por silencio.

La *STS de 21 de marzo de 2023 (RJ 2023/150387)* recuerda su propia jurisprudencia que no permite revisar en favor del contribuyente los actos de liquidación firmes por haber sido consentidos (por no ser recurridos en tiempo y forma) en un caso, como este, en que las liquidaciones se dictaron de forma extemporánea, lo que no entraña una nulidad radical, como apreciaba la sentencia de instancia [*ex art. 217.1.e) LGT*]. También la *STS de 20 de enero de 2023 (RJ 2023/512)* recuerda que los actos administrativos consentidos y firmes por no haber sido objeto de recurso en el plazo establecido y cuya nulidad de pleno derecho se afirme, solamente podrán ser removidos mediante el procedimiento de revisión de oficio previsto en el art. 106 LPAC. Y la *STS de 3 de noviembre de 2023 (JUR 2023/403085)* recuerda que los actos administrativos consentidos sólo podrán ser removidos mediante revisión de oficio.

La *STS de 4 de julio de 2023 (JUR 2023/280296)* fija una interesante doctrina casacional sobre la posibilidad de revisión de oficio de actos tributarios sobre los que hubiese recaído previa sentencia firme, acudiendo a exponer la fundamentación y consecuencias del instituto de la revisión de oficio, y aclarando que, si existe prohibición de revisar en vía administrativa lo zanjado por sentencia firme, es para evitar reabrir reiterada e inútilmente la misma cuestión. En cambio, si la sentencia firme nada innova ni declara, más allá de pronunciarse sobre la inadmisibilidad del recurso o aspectos formales, nada impide que bien la propia Administración de oficio o a instancia del particular, acometa un procedimiento de revisión de oficio del acto que ya pasó por el control judicial, sin que eso afecte a la cosa juzgada.

La *STS de 3 de julio de 2023 (JUR 2023/281009)* afirma que ante la anulación de la base de una convocatoria de un proceso selectivo, la vía ajustada a derecho no es la revisión de oficio de actos nulos de las adjudicaciones realizadas con base en la convocatoria previa a la anulación de una de sus bases porque «no sólo no reduce sino que aumenta la desigualdad y, sobre todo, porque cambia *a posteriori* las condiciones del proceso selectivo y cambia, a voluntad de la Administración, aquellas en las que se entabló el litigio». En el mismo sentido, entre otras muchas sentencias, ténganse en cuenta, las *SSTS de 3 de julio de 2023 (JUR 2023/279925, JUR 2023/280909, JUR 2023/281185 y JUR 2023/281318)*.

Se pueden señalar las numerosas sentencias en relación con la revisión de oficio y la modificación de notas en procedimientos de acceso a la función pública. La *STS de 3 de noviembre de 2023 (RJ 2023/5710)*, de acuerdo con la jurisprudencia anterior de la Sala, afirma que resulta lesivo para la seguridad jurídica y a la igualdad en el acceso a la función pública la modificación, tras la revisión de oficio, de la nota mínima inicialmente establecida, por otra superior sin proporcionar una justificación razonable al respecto.

Señala que se ha de estar a la nota original de manera que, si, a partir de ella y con la correspondiente a la fase de concurso, se iguala o supera la del último aprobado debe reconocerse el derecho al nombramiento. Sobre esta cuestión, también, las *SSTS de 3 de noviembre de 2023 (RJ 2023/6063 y RJ 2023/5722)*. De igual manera, las *SSTS de 3 de noviembre de 2023 (RJ 2023/5827)*, de *13 de septiembre de 2023 (RJ 2023/4698, RJ 2023/4689, RJ 2023/4690, RJ 2023/4691, RJ 2023/508 y RJ 2023/5090)* y de *21 de septiembre de 2023 (RJ 2023/4695, RJ 2023/5089, RJ 2023/5081 y RJ 2023/4701)*.

Sobre los límites o imposibilidad de revisión, la *STS de 21 noviembre de 2023 (RJ 2023/6101)* responde, a la cuestión que plantea interés casacional, que el transcurso de un periodo prolongado de tiempo entre el acto administrativo y el momento en el que se formula la solicitud de revisión de oficio, no es por sí sólo motivo suficiente para impedir la revisión de oficio de actos nulos, pero sí en atención a las circunstancias concurrentes. Partiendo de que la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho se puede realizar en cualquier momento y, por tanto, se trata de una acción imprescriptible, el Tribunal recuerda que hay que tener en cuenta que el art. 106 de la hoy derogada LRJPAC establece una cláusula de cierre que limita la posibilidad de revisión en supuestos excepcionales. Esta previsión legal permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio que puede ejercer la Administración, confiriéndoles un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y/o en terceros se considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o la equidad, entre otros factores. Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, el actual art. 110 LRJSP permite que puedan ser atemperados los efectos de la revisión de oficio de los actos nulos, manteniendo estos, cuando por el tiempo transcurrido el ejercicio de la revisión pueda ser contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. La seguridad jurídica que propugna el art. 9.3 CE permite entender aplicable en este caso la salvedad que el legislador, antes en el art. 102 LRJPAC y ahora en el art. 110 LRJSP, ha previsto como límite a la revisión de oficio de actos nulos por el tiempo transcurrido.

La *STS de 5 de octubre de 2023 (RJ 2023/5112)* considera improcedente la inadmisión de solicitud de revisión de oficio. Eso sí, no procede reconocer directamente lo que reclama el recurrente porque no instó el procedimiento que debía seguir. Por último, el Tribunal concluye que los efectos temporales de esa revisión han de ser los propios de la apreciación de una nulidad de pleno Derecho y proyectarse desde la fecha de la resolución viciada por la misma, sin perjuicio de los límites derivados del plazo de prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública.

Sobre rectificación de errores materiales o de hecho, en el supuesto que analiza la *STS de 26 de octubre de 2023 (2023/5752)* observa que la pretensión se deduce al amparo del procedimiento de rectificación de errores materiales o de hecho, aunque, en realidad, la defensa letrada de la parte demandante está impugnando extemporáneamente la validez y eficacia de un acto administrativo. Recuerda que el error debe ser ostensible, patente, manifiesto o evidente por sí mismo, de modo que su apreciación

no comporte o implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.

De igual forma, la *STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2023 (JUR 2023/413183)* recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual, las bases de la convocatoria de un concurso o pruebas selectivas constituye la ley a la que ha de sujetarse el procedimiento y resolución de la misma, de tal manera que una vez firmes y consentidas vinculan por igual a los participantes y a la Administración, no pudiéndose modificar sino de acuerdo con las previsiones establecidas en la LPAC. Sin embargo, ello no significa que la mera publicación de la convocatoria sitúe a la Administración ante la necesidad de que cualquier modificación de la misma deba sujetarse al procedimiento de revisión de los actos declarativos de derechos. En este caso, los motivos por lo que se procedió a la modificación es simplemente el error cometido en la publicación de la resolución de convocatoria del curso. Siendo entonces posible que la Administración lleve a cabo una mera rectificación de la convocatoria, al haber advertido un error en la misma y no haberse generado todavía derecho alguno en favor de los sujetos que se encontraban en condiciones de acceder a la convocatoria. Y, por tanto, dicha modificación no requería sujetarse a los procedimientos de revisión administrativos.

Y, entre la jurisprudencia relativa a los recursos administrativos, destaca la *STS de 21 de febrero de 2023 (RJ 2023/1255)* que afirma el incumplimiento por parte del Ministerio de Fomento del art. 40.2 LPAC, al notificar una resolución a un ayuntamiento sin la indicación de recursos que dicho precepto establece. Sin embargo, al existir constancia del conocimiento íntegro del acto por parte del ayuntamiento, no cabe considerar que dicha omisión de la indicación de recursos haya ocasionado indefensión al ayuntamiento que, a pesar de disponer de asistencia letrada técnica, interpuso el recurso en un plazo superior al establecido por la ley. En este caso, el ayuntamiento no actuó con el mínimo de diligencia exigible a quien trata de hacer valer sus pretensiones. Concluye el Tribunal afirmando que los requisitos de indicación de recursos del art. 40.2 LPAC son exigibles en todas las notificaciones, cualquiera que sea su destinatario, si bien, a la hora de determinar las consecuencias de la omisión de la indicación de recursos, no es irrazonable, ni ilógico, reconocer que las Administraciones Públicas se encuentran en este punto en una posición diferente a la de la generalidad de los ciudadanos, pues disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, de manera que cabe exigirles una mayor diligencia en la articulación y presentación de sus escritos y recursos.

Por su parte, la *STS de 7 de marzo de 2023 (JUR 2023/116078)* hace referencia a la admisibilidad de un recurso contencioso-administrativo frente a una solicitud de devolución de ingresos indebidos en casos de silencio administrativo. En concreto, el Tribunal afirma que no procede oponer la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo [art. 69.c) LJCA], por falta de agotamiento de la vía previa en tales casos, ya que el silencio crea una ficción de acto en que no cabe suponer una notificación correcta de los recursos procedentes frente a la denegación que se trata de recurrir.

La *STS de 27 de junio de 2023 (RJ 2023/3587)* anula la inadmisión de un recurso de alzada formulado por un funcionario expedientado, por considerarlo extemporáneo, pues la Administración entendió que el funcionario expedientado había presentado su recurso de alzada a una dirección electrónica del órgano disciplinario que era distinta de la única expresamente indicada como idónea. En esta sentencia del TS se impone flexibilidad a la Administración: «Ciertamente la parte recurrente no utilizó el cauce legalmente adecuado para la presentación del recurso de alzada (... Pero) a dicha regla general debe añadirse excepciones derivadas por los principios y garantías constitucionales que están en juego, con más intensidad en el ámbito sancionador, en concreto el de tutela judicial efectiva, en tanto que una resolución de extemporaneidad impide el acceso a la jurisdicción. [...] en estos supuestos de relación de sujeción especial, en que las comunicaciones entre el personal interesado y la Administración de la que depende, se han llevado a cabo mediante un medio o dirección electrónica ajena a las legalmente dispuestas, se crea la confianza legítima de que dicho medio utilizado en la concreta actuación es el cauce natural de contacto [...] pues lo realmente importante es llegar a conocimiento efectivo de la comunicación cursada, siendo evidente, como así expone la parte recurrente, que la dirección electrónica a la que dirigió el recurso de alzada, sin ser la prevista legalmente, sí era la que constaba en la comunicación de la Comisión disciplinaria con él». Y por ello, concluye la sentencia que así se «salvaba el vicio de no haberse presentado en alguno de los medios dispuestos legalmente al efecto». Y en consecuencia se estima el recurso y se declara que el recurso de alzada fue temporáneo. Finalmente, la sentencia añade una valiosa consideración general, fijando un criterio generoso para los casos en que la Administración sopesa una posible inadmisión de algún recurso.

La *STS de 27 de octubre de 2023 (RJ 2023/5546)* recuerda la obligación de remisión del expediente administrativo completo en el plazo de un mes al que se refiere el art. 235.3 LGT. El órgano administrativo que haya dictado el acto reclamable tiene la obligación de remitir al órgano económico-administrativo el expediente administrativo completo en dicho plazo. Es un plazo de remisión que tiene naturaleza preclusiva para la Administración tributaria, de modo que no resulta posible la remisión espontánea de complementos al expediente administrativo inicialmente remitido y que no hayan sido solicitados por el Tribunal Económico-Administrativo, de oficio o a instancia de parte. En este sentido, también, las *SSTS de 24 de noviembre de 2023 (RJ 2023/5837)* y *de 2 de noviembre de 2023 (RJ 2023/6055)*. También en términos similares, la *STS de 17 de noviembre de 2023 (JUR 2023/428697)*.

En cuanto al recurso extraordinario de revisión, la *STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2023 (JUR 2023/144674)* afirma que, en el caso enjuiciado, no concurre ninguna de las causas enumeradas en el art. 125 LPAC para la interposición del recurso extraordinario de revisión, además de recordar que dichas causas son de interpretación restrictiva. La mera presentación de documentos adicionales no basta, por sí sola, para su toma en consideración de la procedencia de la revisión. No se trata de documentos que evidencien error alguno de la resolución recurrida y cuya aportación no constituye ninguna de las causas contempladas para la admisibilidad del recurso extraordinario de revisión. Es necesario que exista un error

de hecho que no implique una interpretación de las normas legales o reglamentarias aplicables en el supuesto de que se trate y, además, que dicho error resulte de la simple confrontación del acto impugnado con los documentos incorporados al expediente administrativo, sin necesidad de acudir a elementos ajenos al expediente para apreciar el error.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1. Procedimientos administrativos locales: doctrina y legislación

En general, sobre el procedimiento administrativo, destacan los trabajos de L. COSCULLUELA MONTANER, «El procedimiento administrativo común. Vicios procedimentales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 228; L. PAREJO ALFONSO, «Doctrina jurisprudencial sobre la relación entre los procedimientos administrativo común y de aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística; inaplicabilidad del primero, salvo remisión al él del segundo», *Práctica Urbanística*, núm. 184; L. MEDINA ALCOZ, «La cultura del procedimiento administrativo: Orígenes y razones de fondo», y R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Procedimiento administrativo», ambos en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62.

Sobre buena administración y buen gobierno, se ha aprobado el Código de Buenas Prácticas del Ayuntamiento de Madrid por Acuerdo de 23 de marzo de 2023 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, como instrumento específicamente diseñado para identificar, documentar y difundir buenas prácticas realizadas en el seno de Administración municipal. A tales efectos, el Código establece unos criterios sobre la orientación que ha de guiar las buenas prácticas que se incluyan, así como una metodología que permitirá documentar, con criterios comunes de clasificación, todas las que hayan sido puestas en marcha por los distintos servicios municipales.

Vinculado con el principio de buena administración: G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30; J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos: A propósito de la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo 1421/2020, de 28 de mayo de 2020, recurso de casación 5751/2017», *Revista de Administración Pública*, núm. 221; L. TECHERA TEALDI y F. PEREIRA, «Buena administración y procedimiento administrativo: ¿la inexistencia de procedimientos administrativos claros y uniformes en algunas Administraciones públicas es acorde al estándar del “buen administrador”?»; M. J. ECHEVARRÍA, «Buena administración y procedimiento administrativo», ambos trabajos en *Estudios de Derecho Administrativo*, núm. 25.

Sobre acceso a la información, J. TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, «¿Existe derecho de acceso a la información relativa a todas las sanciones impuestas a personas jurídicas?», *Revista de Administración Pública*, núm. 221.

En relación con la gestión de los fondos NextGenerationUE, M. A. BERNAL BLAY, «El control de los conflictos de interés en los procedimientos administrativos que ejecutan fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*.

Sobre administración y procedimiento electrónico, C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ, «La experiencia española en el reconocimiento jurídico de los derechos de los ciudadanos ante la administración electrónica: hacia el humanismo tecnológico», *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, núm. 3; G. MARTÍNEZ ATIENZA, «Comunicación electrónica entre administraciones públicas y con los ciudadanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 228; J. D. GALLEGO ALCALÁ, «Aproximación a la finalidad del expediente administrativo electrónico en el contexto de las innovaciones tecnológicas», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1; A. SÁNCHEZ LAMELAS, «La reciente jurisprudencia sobre la obligación de utilizar medios electrónicos en las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, núm. 220; R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, «Reforma para una Administración de datos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 67; DELGADO BAÍDEZ, «La pasarela digital única de la UE y el sistema técnico para el intercambio automatizado transfronterizo de información. Herramientas para la aplicación del principio de “solo una vez” a escala europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 60; M. SÁNCHEZ VALLE, «Desafíos de la administración electrónica para la inclusión de las personas mayores en la sociedad digital», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16; C. RODRÍGUEZ ILÁRRAZ y R. J. PALOMO ZURDO, «Transparencia, ciberseguridad e identidad digital en el entorno 5G», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 18; T. LOMO CASANUEVA, «Administración electrónica. El derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con la administración», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 11; A. J. GANGA FERRIZ, «El Esquema Nacional de Seguridad y los Proveedores tecnológicos de la Administración», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 7; M. LORENTE MARTÍNEZ, *El papel de las diputaciones provinciales en el impulso del gobierno del dato en las entidades locales*, CEMCI; R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ y J. FONDEVILA ANTOLÍN, *La gestión digital no presencial en las entidades locales. Teletrabajo y órganos colegiados electrónicos*, CEMCI.

Durante 2023, vinculado con la potestad y el procedimiento sancionador, destaca la aprobación de la nueva Ley 2/2023, de 20 de febrero, sobre la protección de los informantes y su afectación al sector público. En relación con esta ley, se han publicado numerosos trabajos, algunos con referencia a su impacto en la Administración local. Así, *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, A. GALÁN GALÁN y P. MAHILLO GARCÍA (dirs.), Fundación Democracia y Gobierno Local; L. MÍGUEZ MACHO, «Obligaciones para las entidades locales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 2/2023, de protección del informante»; y J. RIBA CIURANA, «La nueva Ley 2/2023 de 20 de febrero sobre la protección de los informantes y su afectación al sector público», ambos en *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. extra 2; J. VEGA FELGUEROSO y M. A. CARBAJO DOMINGO, «Novedades en el procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo a la luz de la Ley

2/2023 y de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo»; también relacionado, «Intervención del denunciante en el procedimiento. Plazos de audiencia y de prueba», ambos en *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 4; J. A. TARDÍO PATO, «La protección del informante en la Ley española 2/2023, de transposición de la Directiva 2019/1937», núm. 226; C. AYMERICH CANO y M. PARAJÓ CALVO, «La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

También vinculados con el procedimiento sancionador, A. C. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «Apuntes sobre las especialidades de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora», *Actualidad Administrativa*, núm. 1; J. M. CHAMORRO GONZÁLEZ, «Procedimientos administrativos disciplinarios por infracciones cometidas por funcionarios públicos», *Actualidad Administrativa*, núm. 2. Y relacionado con la potestad sancionadora local, J. M. ROIG MESTRE, «Las medidas alternativas a la sanción económica, una herramienta incipiente para los municipios pero sin habilitación legal expresa», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 10; G. M. DÍAZ GONZÁLEZ, «Legalidad, proporcionalidad y márgenes de apreciación en la determinación de las sanciones administrativas: Una crítica de la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62.

Sobre la legitimación en el procedimiento administrativo, F. ARADAS GARCÍA, «Legitimados en vía contenciosa e interesados en el procedimiento administrativo: Auto del Tribunal Supremo 19/2022 de 10 de enero de 2022. Diferentes apuntes en relación a la notificación y publicación de actos administrativos», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1.

En relación con la tramitación del procedimiento, J. R. CHAVES GARCÍA, «Las medidas provisionales: una válvula de seguridad para salvaguardar el interés general», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5; J. P. PERE LÓPEZ PULIDO, «Municipalización y precario, cuando los vicios del procedimiento no se sancionan con la nulidad ni la anulabilidad», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 5; J. M. BEJARANO LUCAS, «El requerimiento de subsanación de solicitudes en el procedimiento administrativo», *Actualidad Administrativa*, núm. 12. Sobre mecanismos de prueba, S. M. MARTÍN VALDIVIA y S. MARTÍN ROS, «El discutivo valor probatorio de los informes técnicos de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 224; F. J. DURÁN GARCÍA, «¿Es determinante el certificado metrológico del radar en un procedimiento sancionador en materia de tráfico?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9.

3.2. Jurisprudencia sobre procedimiento administrativo

A lo largo de 2023, en relación con los procedimientos administrativos, junto a los pronunciamientos jurisprudenciales específicos del ámbito local, también pueden rese-

ñarse sentencias que se refieren a la interpretación y aplicación de preceptos que también han de ser aplicados por la Administración local y, por esta razón, son aquí enunciadas a continuación.

Sobre el inicio del procedimiento, el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias que califican como acto iniciador de procedimiento administrativo (con relevancia a efectos del cómputo de caducidad de dicho procedimiento) una solicitud de comprobación de valores cursada a otra Administración. Así, la *STS de 8 de marzo de 2023 (JUR 2023/173581)*, con interpretación del art. 134.1 y 3 LGT, en relación con el art. 104.1 y 4 de la misma norma. Como doctrina jurisprudencial, la Sala establece que, «en las circunstancias del caso, una actuación administrativa con trascendencia *ad extra* como es la solicitud de comprobación de valores cursada a otra Administración, excede del propio ámbito interno de la Administración actuante, y tiene el carácter de acto iniciador del procedimiento, en este caso de comprobación limitada» (FJ 7.º). Sobre la misma cuestión, *SSTS de 8 de marzo de 2023 (JUR 2023/173461, JUR 2023/173787 y JUR 2023/174982)*.

Sobre solicitudes de iniciación y subsanación, la *STS de 2 de marzo de 2023 (JUR 2023/125850)* confirma la conformidad a Derecho de la desestimación presunta de una solicitud de autorización administrativa. Sobre un supuesto similar, la *STS de 31 de marzo de 2023 (JUR 2023/180303)*.

En relación con la solicitud de comprobación de valores cursada a otra Administración como acto que da inicio a un procedimiento, en la *STS de 29 de mayo de 2023 (RJ 2023/3378)* el Tribunal confirma pronunciamientos anteriores y afirma que «una actuación administrativa con trascendencia *ad extra* como es la solicitud de comprobación de valores cursada a otra Administración, excede del propio ámbito interno de la Administración actuante, y tiene el carácter de acto iniciador del procedimiento».

Y, sobre la legitimación activa, la *STS de 8 de enero de 2023 (RJ 2022/5719)* afirma la legitimación de una Orden religiosa titular de un centro docente para recurrir las resoluciones que le afecten directamente. Por su parte, la *STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2023 (JUR 2023/107935)* niega la legitimación del recurrente en la impugnación del proyecto de obras de otro concesionario. Se ha pronunciado sobre la condición de interesado en actuaciones previas a la incoación de un expediente disciplinario, la *STS de 25 de septiembre de 2023 (RJ 2023/4723)*. Se aborda la cuestión de interés casacional del alcance del acceso a la información reservada cuando no forma parte del expediente disciplinario. La Sala afirma que «el funcionario denunciado respecto al que se ha incoado una información previa, aunque luego no fuere sancionado, tiene derecho a acceder a dicho expediente» (FJ 8.º).

En relación con la tramitación del procedimiento, entre las sentencias de este periodo merece ser destacada la *STS de 12 de septiembre de 2023 (JUR 2023/358578)*, sobre la omisión de la valoración de las alegaciones del contribuyente en el trámite correspondiente de audiencia previa al acta y de alegaciones previas a la liquidación en el procedimiento de inspección, a la luz del derecho al procedimiento adminis-

trativo debido y del principio a la buena administración, como pauta interpretativa irrenunciable del derecho al proceso debido. En tales circunstancias, señala la Sala que se constata «un verdadero desprecio al trámite procedimental, una abrogación funcional del procedimiento» y debe presumirse la existencia de una indefensión material, incumbiendo acreditar a la Administración, en consecuencia, que la misma no se produjo.

Del mismo modo, debe resaltarse la *STS de 11 de julio de 2023 (JUR 2023/290668)* que determina que no es ajustada a derecho la obligación de relación electrónica con la Administración tributaria, por general e injustificada. También se considera muy relevante la *STS de 5 de junio de 2023 (RJ 2023/3445)*, en la que se establece que se pueden aportar en vía contencioso-administrativa pruebas silenciadas deliberadamente en vía administrativa. Esta sentencia introduce una importantísima doctrina casacional, que podría suponer un replanteamiento sobre la utilidad de los procedimientos administrativos sancionadores y no sancionadores, así como un replanteamiento del modelo jurisdiccional contencioso-administrativo.

La *STS de 26 de enero de 2023 (RJ 2023/849)* confirma en el caso concreto la innecesariedad del trámite de audiencia al interesado para resolver el recurso de alzada en aplicación del art. 82.4 LPAC, que permite la omisión del citado trámite cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En relación con un procedimiento concreto, la *STS de 31 de enero de 2023 (RJ 2023/1086)* analiza si son aplicables los principios y garantías propios del procedimiento administrativo sancionador a la revocación de una licencia municipal de autotaxi. Para ello, se pronuncia sobre la naturaleza no sancionadora de la revocación por incumplimiento, también llamada «sanción rescisoria», que se inscribe en la propia relación bilateral con el aditamento de la autotutela de la Administración, reconocida por el ordenamiento jurídico. La diferente naturaleza conlleva un régimen jurídico diverso. La sanción se rige por los principios y garantías de la potestad sancionadora, el procedimiento administrativo sancionador y un régimen concreto de prescripción. Mientras que, en el caso de la revocación por incumplimiento de las condiciones esenciales del título administrativo, basta el acto declarativo que aprecie adecuadamente dicho incumplimiento después de un procedimiento que permita la defensa del titular a través del correspondiente trámite de audiencia. En el caso de autos, la revocación de la licencia de autotaxi, por incumplimiento de una de las condiciones con que se había otorgado aquella, se adoptó tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo con información de la conducta atribuida al recurrente y oportunidad de audiencia, cumpliendo así con la finalidad de esclarecer la realidad del incumplimiento de la condición al que se anuda la revocación.

Y, sobre el cómputo en la suspensión de plazos administrativos por la normativa excepcional de la crisis sanitaria provocada por la covid-19, la *STSJ de Madrid de 30 de marzo de 2023 (JUR 2023/186303)* declara que se ha producido la caducidad del

procedimiento de legalización de actos de edificación que fue rechazada en la instancia. En el cómputo del plazo máximo para resolver se da la particularidad de que resulta directamente afectado por la normativa excepcional aprobada con ocasión de la crisis sanitaria. Siguiendo la jurisprudencia anterior de la misma Sala, con una interpretación sistemática de las normas que rigen el cómputo de los plazos señalados por meses, que han de computarse de fecha a fecha, señala que no procede el fraccionamiento del cómputo del plazo descontando los días transcurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, por lo que debe acudir al mecanismo del reinicio del plazo y no al de reanudación. En aplicación al caso, se estima el recurso de apelación, dado que transcurrió un plazo muy superior a los diez meses que disponía la Administración —según la legislación del suelo de la Comunidad de Madrid— para dictar y notificar la resolución finalizadora del expediente entre la fecha de alzamiento de la suspensión de los plazos normativamente acordada y aquella en que tuvo lugar la notificación de la orden de demolición.

La *STS de 11 de julio de 2023 (JUR 2023/290668)* sienta doctrina casacional sumamente importante en relación con la obligación de relación electrónica con la Administración tributaria, en los siguientes términos: «No es ajustada a Derecho la imposición a los obligados tributarios de relacionarse electrónicamente con la Administración, recogida en la Orden HAC/277/2019, de 4 de marzo, pues se establece de manera general para todos los obligados tributarios sin determinar los supuestos y condiciones que justifiquen, en atención a razones de capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, que se imponga tal obligación, que constituye una excepción al derecho de los ciudadanos a ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento, reconocido en el art. 96.2 LGT».

La *STS de 8 de mayo de 2023 (RJ 2023/2756)* sienta una relevante doctrina en relación con cómo el principio de proporcionalidad puede modular el incumplimiento de requisitos formales dependiendo de la naturaleza de estos y de las circunstancias concurrentes.

La *STS de 5 de junio de 2023 (RJ 2023/3445)* introduce una importante doctrina sobre si se pueden aportar en vía contencioso-administrativa pruebas silenciadas deliberadamente en vía administrativa. El debate se centra en si el propio Tribunal sentenciador puede hacer una ponderación al momento de dictar sentencia y examinar la legalidad de la resolución sancionadora, conforme a la totalidad de las pruebas que hayan sido aportadas al proceso o su expediente, con independencia de que la Administración no dispusiera de ese material probatorio. En suma, declara que la ponderación de las circunstancias ha de realizarse por la misma Administración en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, sin perjuicio de que los Tribunales, al revisar dicha resolución, puedan revisar también ese juicio de ponderación, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente.

La *STS de 5 de diciembre de 2023 (JUR 2023/438601)* analiza la posibilidad de acordar la ampliación del alcance del procedimiento de comprobación limitada de forma simultánea a la propuesta de liquidación y apertura del plazo de alegaciones. La Sala reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la *STS de 3 de mayo de 2022*: «La Administración tributaria sólo podría ampliar el alcance de sus actuaciones de comprobación limitada, con motivación singularizada al caso, en el caso de que lo comunicara con carácter previo —no simultáneo, ni posterior— a la apertura del plazo de alegaciones, siendo nulo, por tanto, el acto final del procedimiento de gestión de tal clase en que se haya acordado esa ampliación en momento simultáneo, o posterior, a la comunicación al comprobado de la concesión del plazo para puesta de manifiesto y para efectuar alegaciones a la propuesta de liquidación». Sobre el alcance de las actuaciones de comprobación limitada, la *STSJ de Madrid de 4 de octubre de 2023 (JUR 2023/381991)* que permite a los órganos de gestión ejercer su actuación de comprobación mediante el examen de los registros y demás documentos exigidos por la normativa tributaria e incluso de cualquier otro libro, registro y documento de carácter oficial, con excepción únicamente de la contabilidad mercantil, así como de las facturas o documentos justificativos de las operaciones incluidas en dichos libros, registros o documentos.

Por último, la *STS de 18 de octubre de 2023 (RJ 2023/5822)* realiza una interpretación en sentido amplio del concepto de requerimiento previo a efectos de la aplicación del recargo por presentación extemporánea.

En relación con la terminación del procedimiento, la *STS de 11 de abril de 2023 (JUR 2023/180431)* se pronuncia sobre la caducidad del procedimiento de gestión tributaria y fija unos criterios interpretativos.

Sobre el archivo improcedente de solicitud de licencia de actividad de apartamento turístico, la *STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2023 (JUR 2023/116321)* señala que el documento requerido consistente en el acta de la comunidad de propietarios de la no existencia de impedimento para realizar la actividad de apartamento turístico solicitada no es un documento necesario para resolver según la normativa aplicable, por lo cual tras la no aportación del citado documento la demandada no debió declarar la caducidad del procedimiento y subsiguiente archivo de las actuaciones. Tras considerar improcedente la declaración de caducidad y archivo, la Sala ordena la retroacción de las actuaciones, para resolver sobre el ajuste urbanístico de lo pretendido.

Y, por último, en relación con el silencio administrativo, por su singularidad, destaca la *STS de 25 de septiembre de 2023 (JUR 2023/358890)* que afirma que no hay silencio positivo en una consulta popular local sobre la conversión del municipio de La Línea de la Concepción (Cádiz) en comunidad autónoma. La Sala comienza subrayando que la consulta pretendida no es de las que contempla el art. 71 LBRL: erigir un municipio en comunidad autónoma afecta directamente al ordenamiento estatal y autonómico, pues incide en la organización territorial del Estado (art. 137 CE), altera la composición territorial de la comunidad autónoma, en ese caso la de Andalucía, y,

por tanto, a su Estatuto de Autonomía (art. 1), y es ajeno a la competencia municipal. Según la Ley andaluza 2/2001, que regula el procedimiento de las citadas consultas populares, acordada por el pleno municipal la celebración de una consulta popular, la solicitud de autorización del Gobierno se debe cursar a través de la Junta de Andalucía, de forma que la Presidencia de la Junta deberá trasladar la solicitud junto con su informe al Gobierno, en un plazo no superior a veinte días hábiles desde la recepción del acuerdo. En el supuesto de hecho, el traslado de la solicitud entre la Administración andaluza y la estatal se efectuó simplemente por correo electrónico y no por Registro, y lo procedente hubiera sido, según la Sala, que al llegar el correo electrónico se solicitara a la Junta de Andalucía que presentara la documentación en el Registro o remitir directamente a este la recibida, y en ningún caso, la pasividad en la actuación de la Administración, que no es conforme con los arts. 53.1 y 68 LPAC. Por ello, ante la duda sobre la fecha de presentación y de inicio del procedimiento en la Administración General del Estado, señala la Sala que el procedimiento se inició en la fecha del citado correo electrónico. Finalmente, la Sala rechaza la alegación sobre estimación por silencio administrativo positivo porque media una intervención administrativa preceptiva de la Junta de Andalucía. No puede aplicarse, además, porque la consulta que propone el ayuntamiento es absolutamente ajena al art. 71 LBRL y a la autonomía local que reconoce y protege la Constitución. La utilización que ha hecho del art. 71 desnaturaliza absolutamente el procedimiento e impide darle el tratamiento que se dispensa a aquellas solicitudes que sí se inscriben en el marco que la ley asigna a las consultas populares locales y, en particular, junto a la singularidad procedimental, impide que juegue el silencio positivo.

La *STS de 7 de marzo de 2023 (RJ 2023/1558)* recuerda la doctrina reiterada sobre la naturaleza de la desestimación presunta por silencio administrativo. La Administración no puede obtener ventaja de sus propios incumplimientos ni invocar, en relación con un acto derivado de su propio silencio, la omisión del recurso administrativo debido. En palabras del Tribunal, «no hay un derecho subjetivo incondicional de la Administración al silencio» (FJ 5.º).

La *STS de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023/1122)* analiza la inadmisión del recurso presentado frente la inactividad del ayuntamiento demandado consistente en no haber dado respuesta a la solicitud presentada para la emisión de los informes previstos en la normativa específica aplicable. Citando jurisprudencia anterior, señala la Sala que dicho supuesto no puede calificarse de silencio administrativo, ni positivo ni negativo. En este marco, sostener que el silencio administrativo puede operar cuando lo solicitado es que la Administración informe sobre una situación de hecho resulta conceptualmente muy complicado. Sobre la misma cuestión, las *SSTS de 21 de febrero de 2023 (RJ 2023/1124)* y de 28 de abril de 2023 (*JUR 2023/198157*).

La *STSJ de Madrid de 9 de enero de 2023 (JUR 2023/48670)* analiza el sentido del silencio administrativo en la solicitud de aplazamiento de un curso selectivo para ingreso en un cuerpo de la Administración. La Sala recuerda que el efecto positivo del

silencio administrativo regulado en el art. 24.1 LPAC se aplica a procedimientos legalmente establecidos y no a meras solicitudes. Sobre el sentido positivo del doble silencio administrativo, la *STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2023 (JUR 2023/272793)* aclara que el art. 43 LPAC no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Por todo ello, el silencio regulado en los arts. 43 y 44 LPAC sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento.

Contratación local

Fernando DE LA PEÑA PITA

Letrado del Tribunal Constitucional. Abogado del Estado en servicios especiales

Tribunal Constitucional

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 EN EL CONTRATO.—4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN.—5. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN: 5.1. Pago del precio y otras cuestiones relativas a la extinción del contrato. 5.2. Revisión de precios. 5.3. Modificaciones contractuales. 5.4. Reequilibrio económico del contrato. 5.5. Las autopistas y las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19.

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este informe sectorial es exponer las principales novedades legales, jurisprudenciales y doctrinales del año 2023 en el ámbito de la contratación pública y, en especial, aquellas que pueden ser de interés desde la perspectiva de las entidades locales.

En este sentido, a diferencia de ejercicios anteriores caracterizados por una auténtica hiperinflación normativa verdaderamente difícil de seguir, en el año 2023 las reformas legales en el ámbito de la contratación pública no han sido tan numerosas y su alcance ha quedado limitado a algunos aspectos concretos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP). Cabe destacar la reforma operada en el régimen de revisión de precios, a través de la DF 7.^a de la Ley 11/2023, de 8 de mayo.

Por otra parte, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Tribunal Supremo (TS) han dictado sentencias de indudable interés, siendo especialmente reseñable la serie de sentencias desestimatorias de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las sociedades concesionarias de autopistas en relación con la desestimación de sus solicitudes de reequilibrio económico por razón de la covid-19, con base en el art. 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19.

Igualmente ha de destacarse la importante labor consultiva desarrollada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) que, a lo largo del año, ha emitido multitud de informes, gran parte de los cuales respondían a consultas evacuadas por parte de corporaciones locales.

De todas estas cuestiones se da cuenta en este informe. En aras de la claridad, la exposición seguirá, en la medida de la posible, un orden sistemático similar a la estructura de la LCSP.

2. DISPOSICIONES GENERALES

Dentro de las disposiciones generales en materia de contratación pública, en el plano estatal, debe hacerse mención a la *Orden HFP/1352/2023, de 15 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2024*. Una vez que la Comisión Europea ha publicado los nuevos umbrales aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos, se ha procedido a incorporar dichos umbrales a la LCSP, así como al 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, y a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Por su parte, a nivel autonómico, existen novedades legislativas a destacar tanto en la Comunidad Foral de Navarra como en la Comunidad Autónoma de Aragón.

En relación con la primera, la *Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Navarra para en año 2023*, a través de su DF 2.^a, ha modificado algunos aspectos puntuales de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, en relación con la reserva a favor de Centros Especiales de Empleo, la protección de los subcontratistas, los contratos relacionados con actividades docentes y la adquisición pública de medicamentos. Contra algunos de estos preceptos, cabe mencionar que el presidente del Gobierno ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad núm. 6245-2023, fundado en la invasión de las competencias estatales.

Mucho más trascendente resulta la reforma llevada a cabo por la *Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Esta norma, en vigor desde el 17 de mayo de 2023, deroga la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón y, tal y como declara su preámbulo, tiene un triple objetivo: actualizar la normativa aragonesa en materia de contratos, tras la experiencia práctica de más de cuatro años de aplicación de la LCSP; proporcionar mayor seguridad jurídica a los operadores económicos y los órganos de contratación; y desarrollar el potencial estratégico de la contratación pública en Aragón. Se trata de una norma muy extensa, por lo que su análisis desbordaría por completo el objetivo de este trabajo, pero para una panorámica general, y a la vez crítica, de la reforma puede consultarse el trabajo de J. M. GIMENO FELIÚ, «A propósito de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón: luces y sombras», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, mayo de 2023.

En relación con el *ámbito de aplicación de la normativa de contratos del sector público*, no puede dejar de citarse la STJUE de 7 de septiembre de 2023 (asunto C-601/21) que estima parcialmente un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra la República de Polonia. El núcleo de la controversia se refería a que la Ley de Contratación Pública polaca excluye de su ámbito de aplicación determinados contratos de servicios relativos a la producción de documentos oficiales que, por razones de seguridad nacional, se adjudican directamente a una empresa pública sin recurrir a un procedimiento de adjudicación. La sentencia afirma que, conforme al art. 15.2 de la Directiva 2014/24, esta no se aplica a los contratos públicos en la medida en que la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro no pueda garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia. Ahora bien, esta excepción, en cuanto que tal, debe ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que no podrán eludirse los procedimientos de adjudicación cuando la seguridad nacional pueda garantizarse de manera suficiente mediante el establecimiento de un deber de secreto o de confidencialidad o mediante especificaciones técnicas o criterios de selección dentro del marco de la Directiva. La sentencia declara el incumplimiento de Polonia, salvo en lo relativo a la producción de los siguientes documentos públicos: «Los documentos personales de los militares y sus documentos de identidad, las libretas de servicio de funcionarios de Policía, guardias de fronteras, funcionarios de seguridad pública, funcionarios de la Oficina de Seguridad Interior, funcionarios de la Agencia de Inteligencia, funcionarios del Servicio de Contrainteligencia Militar y soldados profesionales nombrados para un puesto en el referido Servicio, funcionarios del Servicio de Inteligencia Militar y soldados profesionales nombrados para un puesto en este Servicio, así como de los miembros de la Policía militar». Respecto de los dichos documentos, el TJUE considera que presentan un vínculo directo y estrecho con el objetivo de protección de la seguridad nacional, por lo que pueden justificarse exigencias adicionales de confidencialidad (apdo. 107).

También en relación con el ámbito de aplicación de la LCSP, cabe mencionar el Informe 58/2022, de 18 de julio de 2023, de la JCCPE. Este informe resuelve una

consulta de un ayuntamiento que preguntaba si cabía considerar que los contratos de suministro de electricidad de las entidades del sector público acogidos al sistema de precios voluntarios para el pequeño consumidor (PVPC) quedaran excluidos de la LCSP. La consulta se resuelve en sentido negativo, en el sentido de considerar que se trata de contratos onerosos y, por tanto, están incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP, sin que se desvirtúe esta conclusión por el hecho de que en este sistema no exista margen para variar el precio único aplicable. Señala la JCCPE que, aunque el precio no pueda en este caso establecerse como criterio de adjudicación, cabe plantearse la posibilidad de incluir en los pliegos otras prestaciones adicionales en concepto de mejora (por ejemplo, servicios adicionales de mantenimiento) o criterios de desempate de ofertas. Es importante destacar que este sistema es una opción para el consumidor, de manera que cuando este sea una entidad pública deberá justificar la elección de este sistema de suministro como el más adecuado, atendiendo a las necesidades del órgano de contratación, con carácter previo a la licitación del contrato, o integrarlo como una posibilidad en el marco de un procedimiento a fin de obtener una mejor calidad-precio en el suministro de electricidad, pero no excluye la posibilidad de acudir a otros sistemas de retribución.

También en relación con cuestiones específicas relativas al ámbito de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, cabe destacar los trabajos de C. A. AMOEDO SOUTO, «De nuevo sobre el criterio de distinción entre convenios y contratos público», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 188, 2023; y J. M. GIMENO FELIÚ, «Sobre el procedimiento de contratación de los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota litis», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 82-99.

Por otro lado, en relación con la *duración de los contratos*, merece la pena mencionar dos informes de la JCCPE. El primero de ellos es el Informe 66/2022, de 25 de mayo de 2023, que declara que los contratos de seguros de salud, de asistencia sanitaria y de accidentes y los contratos de seguros de responsabilidad civil son servicios financieros y no son susceptibles de ser considerados como servicios a las personas conforme a la LCSP, por lo que no cabe la aplicación a este tipo de contratos del régimen excepcional de duración de los contratos de servicios previsto en el último párrafo del art. 29.4 LCSP.

El segundo es el Informe 19/2023, de 25 de mayo, en el que la JCCPE razona que los contratos para la gestión y depósito de los fondos de pensiones de promoción pública abiertos, regulados en el Capítulo XI del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, introducido por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, son contratos privados, conforme al art. 25.1.a).1.º LCSP, y están sujetos al plazo de duración máxima establecido en el art. 29.4 LCSP. Explica la JCCPE que ni las razones de interés general esgrimidas por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en su consulta ni la duración

de las inversiones incluidas en los planes de pensiones son circunstancias previstas en el art. 29.4 LCSP para justificar un plazo de duración de estos contratos superior a cinco años.

En materia de *invalidéz de los contratos administrativos* y, en particular, en relación con los efectos de la misma, debe destacarse la STS 1275/2023, de 17 de octubre (rec. de casación núm. 6316/2020), que ha venido a reiterar su jurisprudencia, ya conocida, en virtud de la cual es posible acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa para el pago de facturas por servicios en los casos de contratación irregular o no permitida, como la verbal, siempre que concurren los requisitos siguientes: la ganancia de uno; el correlativo empobrecimiento del otro; un nexo de causalidad entre ambas situaciones; la ausencia de causa justificativa; y la ausencia de mala fe, en el sentido de que el desequilibrio esté constituido por prestaciones del contratista que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración pública que hayan generado razonablemente en el particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con aquella Administración.

La cuestión relativa a la invalidez de los contratos y, en especial, las consecuencias de la contratación irregular han sido examinados por la doctrina científica en A. M. GONZÁLEZ SANFIEL, «Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, pp. 99-137; J. MARTÍNEZ HELLÍN, «La contratación administrativa irregular en las entidades locales. La utilización indebida de la revisión de oficio como mecanismo de reacción», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 35, 2023, pp. 170-259; J. D. GALLEGO ALCALÁ, «Aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa a la contratación pública irregular (verbal) con ocasión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local Y Justicia Municipal*, núm. 1, 2024; I. CALATAYUD PRATS, «Efectos de la nulidad de los contratos verbales del sector público: acción restitutoria o responsabilidad patrimonial. ¿Es posible evitar el pago de la prestación realizada?», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023 pp. 198-237; *id.*, «Nulidad de contratos del sector público e indemnización de lucro cesante», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023; B. SESMA SÁNCHEZ, «Los procedimientos de reacción frente a la contratación menor irregular y los efectos de la invalidez del contrato menor», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023, pp. 159-197; C. YÁÑEZ DÍAZ, «La revisión de oficio en la contratación de las sociedades mercantiles públicas. De nuevo los límites entre el Derecho público y el privado», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 44, 2023, pp. 89-112.

Por otro lado, en relación con el *recurso especial en materia de contratación*, debe hacerse referencia a la STJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-303/22), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Regional de Brno (República Checa) en relación con los efectos suspensivos de los mecanismos de impugnación de los

actos de adjudicación de contratos conforme a la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras. Explica el TJUE que la Directiva 89/665 permite a los Estados miembros optar por dos sistemas de control de los contratos públicos: el que residencia la competencia para conocer de los recursos en órganos de naturaleza jurisdiccional y el que la atribuye a un órgano administrativo, en cuyo caso sus resoluciones deben poder ser objeto de un recurso jurisdiccional. En este segundo sistema, los Estados miembros deben prever la suspensión de la adjudicación del contrato público de que se trate, bien hasta que dicho órgano se pronuncie sobre el fondo del recurso o bien, al menos, hasta que se pronuncie sobre una solicitud de medidas provisionales que tenga por objeto dicha suspensión. Pero el art. 2.3 de la Directiva 89/665 no exige que la suspensión continúe una vez finalizado el procedimiento ante el órgano de recurso no jurisdiccional, por ejemplo, hasta que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el recurso que pueda interponerse contra la resolución del órgano de recurso no jurisdiccional. Por ello, concluye que el Derecho de la UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que prohíbe al poder adjudicador celebrar un contrato público únicamente hasta la fecha en que el órgano de primera instancia en el sentido del art. 2.3 de la Directiva 89/665 se pronuncie sobre el recurso interpuesto contra la decisión de adjudicación de ese contrato, sin que resulte relevante a este respecto que dicho órgano de recurso tenga carácter jurisdiccional o no.

Continuando con el régimen de recursos, la STS 1397/2023, de 7 de noviembre (rec. de casación núm. 922/2021), en línea con pronunciamientos anteriores, ha reconocido legitimación a una de las empresas integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) para recurrir individualmente actuaciones administrativas adoptadas en la adjudicación de un contrato administrativa. En el caso resuelto, se trataba de la impugnación de la resolución administrativa que acordaba la incautación de la garantía definitiva. Sobre la siempre controvertida cuestión de la legitimación para recurrir, no puede dejar de citarse el trabajo de A. M. MUÑOZ PEDRAZ, «La problemática de la legitimación en los recursos en materia de contratación pública», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.), *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, Civitas, 2023, pp. 483-504.

Antes de finalizar este apartado de cuestiones generales, ha de mencionarse la STS 727/2023, de 1 de junio (rec. de casación núm. 3191/2021), que ha declarado que el art. 10 del Decreto 200/2005, de 7 de julio, por el que se regula la autorización administrativa y la inscripción en el registro administrativo de Centros Especiales de Empleo de Galicia ha quedado desplazado en su aplicación por la nueva redacción dada al art. 43.4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por medio de la DF 14 LCSP. En el caso examinado, se manifestó la contradicción entre estos preceptos autonómico y estatal, en lo relativo a los requisitos de acceso al registro administrativo de Centros Especiales de Empleo y ello porque, en

función de la naturaleza jurídico-formal de la entidad solicitante, la norma autonómica veda el acceso al registro a determinadas sociedades mercantiles que, con ciertos requisitos, sí podrían acceder a tales registros conforme a la normativa estatal. En su sentencia, el TS afirma que el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad se dicta con base en la competencia estatal *ex art.* 149.1.1.^a CE, en virtud de la cual corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Con cita de la STC 173/1998, FJ 9.º, afirma la sentencia que «si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas estas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquellas». Y, por tanto, «una vez que el Estado ha establecido las condiciones básicas en lo relativo a la configuración de los Centros Especiales de Empleo, *ex art.* 149.1.1.^a CE, el Decreto autonómico de Galicia en cuanto contradice la legislación estatal pierde su eficacia y resulta desplazado por la legislación estatal».

En el ámbito doctrinal, a lo largo de 2023, se han publicado algunas obras de carácter transversal que no podemos dejar de mencionar: J. PINTOS SANTIAGO (dir.), *Cinco años de la Ley de contratos del sector público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023; J. M. GIMENO FELIÚ, «Cinco años de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP): reflexiones retrospectivas, prospectivas y propositivas», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, febrero de 2023; J. A. MORENO MOLINA, «Cinco años de reformas de la LCSP», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, marzo de 2023; A. PALOMAR OLMEDA (dir.), R. TEROL GÓMEZ y A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO (coords.), *Situación y problemática actual de la contratación administrativa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023; S. DÍEZ SASTRE, «Desafíos de la contratación pública en el Estado autonómico: actores y agentes intervinientes», en J. HERNÁNDEZ MORENO y C. ARES CASTRO-CONDE (coords.), *Gobernanza y Administraciones territoriales para la próxima generación*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2023, pp. 253-274.

En relación con cuestiones más concretas, cabe hacer referencia a J. M. GIMENO FELIÚ, «Modelos colaborativos en obras públicas y su viabilidad jurídica en España con el marco normativo vigente», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 60, 2023, pp. 13-64; *id.*, «La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 61, 2023, pp. 198-272; I. RUIZ OLMO y R. GALÁN VIOQUE (dirs.), *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2023. Y, más específicamente, se ha abordado la necesidad de profesionalizar la contratación pública en los trabajos de J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y E. DÍAZ BRAVO (dirs.), *La profesionalización de la contratación pública estratégica*, Tirant lo Blanch, 2023; C. DE GUERRERO MANSO, «¿Es la profesionalización en la contratación pública un propósito de Año Nuevo? Propuestas de la OCDE para hacerlo realidad», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, febrero de 2023.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon) ha publicado, conforme a lo dispuesto en el art. 332.9 LCSP, su informe anual de supervisión del año 2023. De entre las recomendaciones de este informe, conviene destacar aquellas que inciden en la necesidad de mejorar la calidad de la información publicada a través de las plataformas de contratación del sector público, incrementar la publicidad en relación con los encargos a medios propios y apostar por una estrategia de profesionalización en la contratación pública.

3. LAS PARTES EN EL CONTRATO

Las modificaciones normativas de este año, en lo que atañe a las partes en los contratos del sector público, se refieren a las *prohibiciones de contratar*. En este sentido, 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, dio 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. Posteriormente, esta previsión quedó 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 fue corregido finalmente por la DF 7.^a de la Ley 11/2023, de 18 de mayo, de manera que la redacción vigente del art. 71.1.*b*) LCSP ya contempla ambas prohibiciones de contratar.

Siguiendo con las prohibiciones de contratar, cabe traer a colación la STJUE de 21 de diciembre de 2023 (asunto C-66/22), que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TS portugués, en relación con la exclusión de licitadores por la celebración de acuerdos destinados a falsear la competencia. La sentencia concluye que el art. 57.4.*d*) de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que: i) se opone a una normativa nacional que limita la posibilidad de excluir una oferta de un licitador cuando existan indicios serios de conductas de este que pueden falsear las normas sobre competencia en el procedimiento de adjudicación de un contrato público en cuyo marco se ha producido este tipo de conductas; ii) se opone a una normativa nacional que atribuye únicamente a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia, y iii) la decisión del poder adjudicador sobre la fiabilidad de un operador económico adoptada con arreglo a este motivo de exclusión debe estar motivada.

Esta sentencia ha sido comentada, desde la perspectiva de la regulación que el art. 72 LCSP hace de la «apreciación de las prohibiciones de contratar», en S. SOLDEVILA FRAGOSO, «La autonomía del poder adjudicador del contrato público», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2024.

En el ámbito doctrinal, la cuestión relativa a las prohibiciones de contratar ha sido tratada en F. J. VÁZQUEZ MATILLA, «Efectos de las condenas penales y prohibición de contratar», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.) *Anuario de Derecho Administrativo* 2023, Civitas, 2023, pp. 473-482; M. GUERRERO RODRIGÁLVAREZ, «La exclusión de prohibiciones de contratar mediante la adopción de medidas de *self-cleaning*», en M. A. RECUERDA GIRELA (dir.) *Anuario de Derecho Administrativo* 2023, Civitas, 2023; A. CARPINTERO RODRÍGUEZ, «El reconocimiento de la posibilidad de justificación de la fiabilidad del licitador en los casos de prohibiciones de contratar de apreciación directa», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2023; R. CASTILLO BADAL, «Las prohibiciones de contratar y la CNMC», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2023; *id.*, «Prohibición de contratar por infracciones de competencia ¿son aplicables los criterios del art. 64 LDC referidos a la graduación de la sanción a la prohibición de contratar de la LCSP?», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2023; N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, «¿Es legal que la CNMC delimite el alcance de las prohibiciones de contratar derivadas de sanciones de competencia?», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2023; M. PÉREZ DELGADO y R. P. RODRÍGUEZ PÉREZ, «Es necesaria la aportación documental del plan de igualdad y de su inscripción en el registro de convenios y acuerdos colectivos a fin de demostrar que no se está incurso en la prohibición de contratar del art. 71.1.d) LCSP», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 184, 2023; J. C. MORÓN URBINA, «El fundamento de las prohibiciones para contratar con el Estado entre la prevención y la razonabilidad», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023.

Por otro lado, acerca de la *aptitud para contratar* y los *requisitos de solvencia*, el TS ha dictado algunas sentencias de interés a lo largo de 2023.

Sin duda, la más relevante ha sido la STS 1208/2023, de 2 de octubre (rec. de casación núm. 787/2021), que ha fijado como doctrina casacional que: i) las empresas que reciben fondos públicos pueden participar en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público, concurriendo con otras entidades privadas sin que ello lesione, en principio, la libre concurrencia; ii) únicamente resulta posible excluir a una entidad que recibe financiación pública de un procedimiento de licitación en caso de que realice una oferta anormalmente baja debido a la obtención de una ayuda de Estado o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a Derecho, y iii) el hecho de que dicha entidad pública mantenga una contabilidad separada entre sus actividades realizadas como operador económico en el «mercado privado» y sus restantes actividades es un elemento relevante a los efectos de descartar la existencia de ayudas que desvirtúen la competencia. Esta sentencia ha sido comentada por I. GALLEGUO CÓRCOLES, «¿Puede adjudicarse un contrato público a una entidad de Derecho público?», *Contratación*

Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas, núm. 189, 2024.

Por otro lado, la STS 1209/2023, de 2 de octubre (rec. de casación núm. 825/2021) ha dado respuesta a la cuestión de si las empresas prestadoras de servicios de terapia respiratoria domiciliaria que incluyan el suministro de gases medicinales a los usuarios finales, sin posibilidad de subcontratación, precisan o no tener la condición o las autorizaciones previstas en los arts. 52 y 63 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, para poder llevar a cabo dicho suministro. Para ello, el TS diferencia entre la dispensación de medicamentos por las oficinas de farmacia autorizadas y la administración de ese medicamento al paciente previa prescripción de los facultativos competentes, concluyendo que para poder administrar este tipo de medicamentos deben adquirirse de un dispensador o suministrador autorizado para ello, pero ello no implica que el servicio médico a domicilio deba contar con autorización para suministrar medicinas ni que la adquisición de dichos medicamentos implique la subcontratación del servicio al que se concurre. Ha sido objeto de comentario en I. GALLEGO CÓRCOLES, «Contrato de servicio de terapia respiratoria domiciliaria: capacidad para contratar», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 189, 2024.

Por su parte, la STS 911/2023, de 4 de julio (rec. de casación núm. 1259/2021), ha resuelto dos importantes cuestiones en relación con los requisitos de solvencia:

i) En primer lugar, analizó si resultaba proporcional y vinculado al objeto del contrato, de conformidad con los arts. 74 y 87.3.b) LCSP, exigir como acreditación de la solvencia económico-financiera un seguro de responsabilidad civil por importe de 1.000.000 euros y por un plazo de diez años, cuando el contrato de servicios de proyección urbanística tiene un valor estimado es de 104.878,54 euros. Concluyó que el importe de 1.000.000 euros no necesariamente debe considerarse desproporcionado, pues dicha solvencia trata de cubrir la ejecución del contrato —la prestación del servicio— y las consecuencias derivadas del incumplimiento, que pueden tener una trascendencia e implicar unos perjuicios por un importe muy superior al coste de la redacción del plan. Además, toma en consideración que la prima anual de un seguro de estas características se movía entre los 900 y los 2.000 euros, por lo que podía incluirse en el precio de la oferta, sin que pudiera constituir un elemento disuasorio y distorsionador de la competencia, ni considerarse desproporcionado. Por el contrario, la sentencia rechaza que la duración de ese contrato de seguro pueda extenderse más allá del plazo de ejecución del contrato, una vez extinguido este, durante diez años más para asegurar la responsabilidad decenal prevista en el art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE). La sentencia concluye que el plazo del mantenimiento del seguro ha de entenderse referido a la ejecución del contrato y que, siendo el objeto del contrato de servicios licitado la redacción de un instrumento de planeamiento urbanístico y no la ejecución de una edificación o construcción, no puede entenderse aplicable la responsabilidad decenal prevista en el art. 17 LOE.

ii) En segundo lugar, la sentencia concluye que es posible utilizar la cualificación y experiencia profesional del encargado de la ejecución del contrato no sólo como criterio de adjudicación, sino que también se pueden establecer sus conocimientos técnicos y experiencia en la realización de contratos similares como criterio para acreditar la solvencia técnica y profesional del licitador.

Esta sentencia ha sido analizada por I. GALLEGO CÓRCOLES, «Solvencia económica y financiera: exigencia de seguro de responsabilidad civil», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023.

En el plano consultivo, el Informe 6/2023, de 25 de mayo, de la JCCPE, se ha pronunciado acerca de la acreditación de las condiciones de aptitud para contratar por parte de las empresas extranjeras no comunitarias, concluyendo que: i) en el caso de licitadores extranjeros que no pertenecen a la UE ni a un país signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, el informe al que alude el art. 84 LCSP tiene un contenido específico y diferente del informe de reciprocidad a que se refiere el art. 68 LCSP; ii) este contenido se contrae a la constatación de la capacidad de obrar de la entidad extranjera licitadora, sin que pueda acreditar la concurrencia de la solvencia necesaria para ejecutar el contrato ni la inexistencia de prohibiciones de contratar, y iii) en estos casos, la solvencia deberá acreditarse mediante la aportación de los documentos exigidos conforme al anuncio de licitación y al pliego del contrato, mientras que la ausencia de prohibición de contratar deberá acreditarse mediante la presentación de la correspondiente declaración responsable del licitador.

En relación con la acreditación de solvencia y la exigencia de clasificación del contratista, cabe traer a colación el Informe 29/2023, de 26 de octubre, de la JCCPE, en el que se concluye que en los contratos del sector público en los que la clasificación de los licitadores resulta obligatoria, conforme al art. 77.1.a) LCSP, el licitador puede hacer uso de lo previsto en el art. 75 LCSP mediante la aportación del documento correspondiente a la clasificación de la entidad cuyos medios externos contribuyen a integrar su solvencia, pero siempre que esté clasificado como contratista de obras y que vaya acompañado de un compromiso de poner los medios necesarios para la ejecución del contrato a disposición del posible adjudicatario del mismo.

Finalmente sobre esta materia, en el ámbito doctrinal, no puede dejar de mencionarse el trabajo de M. C. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, «Los derechos de los contratistas en la normativa contractual», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 228, 2023, pp. 181-230.

4. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

En el plano normativo, en relación con la preparación y adjudicación de los contratos del sector público, cabe destacar, en primer lugar, la aprobación de la *Orden PCM/818/2023, de 18 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros*

de 27 de junio de 2023, por el que se aprueba el Plan de Incorporación de la Metodología BIM en la contratación pública de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Cabe recordar que el uso de herramientas de modelado digital de la información de la construcción (BIM) está contemplado como posibilidad en el apartado 6 de la DA 15 LCSP para los contratos de obras, concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos. El objetivo del plan es que, en el caso de las entidades incluidas en su ámbito de aplicación, el uso de BIM se solicite gradualmente en los expedientes de contratación conforme al calendario de implantación y los umbrales de aplicación que en el mismo se establecen.

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, ha introducido un nuevo apartado 3 *bis* en el art. 122 LCSP, en virtud del cual 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, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato. En línea con esto, la cuestión relativa a la problemática de incorporación de cláusulas sociales o ambientales en los contratos públicos ha sido tratada por la doctrina, pudiendo mencionarse los trabajos de D. GORDO CANO, «Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 127, 2023, pp. 63-115; J. I. HERCE MARZA, «Buena administración y cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos: hacia el interés general desde la compra pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 59, 2023, pp. 77-118.

Por su parte, el *contrato menor* ha sido nuevamente objeto de examen por parte de la JCCPE. Desde la perspectiva local, es particularmente interesante el Informe 7/2023, de 25 de mayo, en el que la JCCPE da respuesta a una consulta sobre la posibilidad de utilizar sucesivos contratos menores para la adquisición de alimentos para una residencia de mayores gestionada por un ayuntamiento. En primer lugar, la JCCPE comienza recordando sus criterios ya conocidos sobre la utilización del contrato menor para señalar que corresponde al órgano de contratación asegurar que no se produzca un fraccionamiento artificial del objeto del contrato destinado a soslayar las normas relativas a la publicidad y procedimiento de adjudicación. Partiendo de esta premisa, examina las razones expuestas en la consulta para justificar el recurso al contrato menor y concluye que el hecho de que las compras de alimentos deban ser paulatinas en el tiempo, dado el carácter perecedero de algunos productos o la necesidad de adaptarse a la época propia de los productos de temporada, es una circunstancia que un órgano de contratación diligente tiene capacidad para prever, definir y cuantificar en los pliegos de tal manera que se determine, de forma genérica, la cantidad, la calidad, el tipo y la temporada de los distintos alimentos que se vayan a adquirir a lo largo de un periodo largo de tiempo. Por ello, estima la JCCPE que no existen razones que justifiquen acudir a la contratación menor y que la compra de alimentos para una residencia de ancianos debería hacerse a través de un procedimiento abierto sometido a libre competencia.

A su vez, conviene citar el Informe 56/2022, de 25 de mayo de 2023, de la JCCPE que se pronuncia sobre los informes que resultan preceptivos en el caso específico de los contratos menores de obras.

El contrato menor ha sido objeto de estudio doctrinal en A. B. CASARES MARCOS, «El contrato menor en el ámbito local: crónica de una muerte imposible», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023, pp. 14-66; X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «Las vicisitudes de la ejecución del contrato administrativo menor y del contrato de menor cuantía de los PANAP», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023, pp. 93-112; S. DíEZ SASTRE, «El fraccionamiento del objeto del contrato menor: directrices y límites en la contratación menor», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 62, 2023, pp. 112-158; J. GAVILÁN LÓPEZ, «Los últimos problemas prácticos del contrato menor», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023.

En el plano consultivo, se han dictado informes relevantes sobre la *instrucción de los expedientes de contratación*. El primero a destacar es el Informe 61/2022, de 25 de mayo de 2023, de la JCCPE, que, a raíz de una consulta de una entidad local, se pronuncia sobre la necesidad o no de nombrar instructor para la tramitación de los expedientes de contratación, concluyendo que la LCSP no contiene ninguna disposición que obligue al órgano de contratación a que tramiten estos expedientes las personas pertenecientes a un servicio de contratación, pudiendo asumir la tramitación del expediente, en todo o en parte, las personas adecuadas de cualquier dependencia del órgano de contratación, según la organización de medios materiales y personales de que este disponga y conforme a lo que decida el órgano de contratación.

Por su parte, el Informe 18/2023, de 26 de octubre, de la JCCPE, se pronuncia sobre si el procedimiento abierto simplificado ordinario (art. 159.1 LCSP) y el procedimiento abierto simplificado abreviado (art. 159.6 LCSP) se pueden utilizar para la adjudicación de los contratos mixtos. El informe razona que la no inclusión expresa de los contratos mixtos en la redacción de los arts. 159.1 y 159.6 LCSP no puede interpretarse como la exclusión de la aplicación del procedimiento abierto simplificado ordinario o del procedimiento abierto simplificado abreviado a este tipo de contratos, sino que deberán seguirse las reglas del art. 18 LCSP. Esto significa que la adjudicación de un contrato mixto podrá llevarse a cabo a través de estos procedimientos cuando, una vez determinada la prestación principal del mismo, se compruebe que la suma de las prestaciones contenidas no exceda los límites contemplados en los arts. 159.1 y 159.6 LCSP para los contratos de obras, servicios y suministros, dependiendo del tipo contractual que resulte de la determinación de la prestación principal, siempre que se cumplan el resto de limitaciones contenidas en el art. 159 LCSP respecto a la ponderación de los criterios de adjudicación evaluables por juicio de valor o los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter individual.

De mayor interés para las entidades locales puede resultar el Informe 8/2023, de 18 de julio de 2023, de la JCCPE relativo a la *contratación de eventos musicales con artistas*. Este dictamen concluye que: i) resulta posible acudir al procedimiento negociado sin

publicidad por la causa prevista en el art. 168.a).2.º LCSP con cualquier operador económico al que se haya cedido la exclusividad del artista o conjunto musical en cuestión para un lugar y la fecha concretos de la celebración del evento artístico o musical (aunque no sea otorgada de forma directa y se trate de una concatenación de exclusividades) siempre que se justifique, además de la exclusividad artística, que la actuación debe realizarse necesariamente en la fecha y lugar para la que goza de exclusividad y se acredite la misma; ii) sólo las prestaciones que dotan de carácter único a la actuación son las que deben ser objeto de contratación por el procedimiento negociado sin publicidad por la causa prevista en el art. 168.a).2.º LCSP sin que puedan añadirse otras prestaciones adicionales. Estas últimas sólo pueden incorporarse dentro del contrato tramitado por este procedimiento si resultan imprescindibles para el desarrollo de la actuación artística de una determinada forma y manera, y iii) no resulta procedente la utilización del procedimiento abierto para la contratación de la organización de un evento musical en el que de forma previa a la licitación la Administración preselecciona a un artista o conjunto musical concreto cuya contratación se exige en el pliego.

Y, por último, cabe mencionar el Informe 26/2023, de 18 de julio, de la JCCPE, que concluye que no se puede establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicios de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado en un tanto alzado.

Por otro lado, interesa detenerse en la STJUE de 11 de mayo de 2023 (asunto C-101/22), que se pronuncia sobre el alcance de la obligación de motivación que incumbe al órgano de contratación en relación con las *ofertas anormalmente bajas*. En el caso examinado, una vez evaluadas las ofertas y adjudicado el contrato, uno de los licitadores se dirigió al órgano de contratación para que confirmara si había comprobado que la oferta del adjudicatario no incurría en el riesgo de ser anormalmente baja, y todo ello a la vista de las dudas expuestas en relación con el precio muy inferior de la oferta seleccionada respecto de las restantes. La Comisión respondió que un análisis financiero detallado de la oferta seleccionada ponía de manifiesto que se ajustaba a las condiciones del mercado de los países desde los cuales los contratistas y subcontratistas prestarían los servicios solicitados.

La sentencia explica que, en relación con esta cuestión, cabe distinguir dos fases. En la primera fase, el órgano de contratación debe determinar si las ofertas presentadas contienen algún indicio de que podrían ser anormalmente bajas. Si no hay indicios en ese sentido, el órgano de contratación puede continuar con la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato. Si existen indicios, se debe dar audiencia al licitador para que exponga las razones por las que considera que su oferta no es anormalmente baja y, seguidamente, el órgano de contratación decidirá motivadamente lo que proceda, excluyendo la oferta, si efectivamente confirma que presenta un carácter anormalmente bajo. Ahora bien, en la primera fase, el control *prima facie* del órgano de contratación basado en indicios o apariencias sólo está sujeto a una obligación de motivación de

alcance limitado, admitiéndose una motivación implícita. Pero es importante señalar que este control sumario es de uso interno del órgano de contratación, de manera que si un licitador no adjudicatario formula por escrito y de manera razonada una solicitud para que se expongan las razones por las que no se consideró que la oferta seleccionada no resultó anormalmente baja, el órgano de contratación está obligado a efectuar un análisis detallado de la oferta seleccionada y a comunicar los puntos principales de dicho análisis al licitador no adjudicatario que efectuó la petición. Por último, merece la pena reseñar que esta obligación del órgano de contratación debe realizarse en vía administrativa, rechazando el TJUE que se explique por primera vez ante el órgano judicial, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo justifiquen, y ello porque permitir «diferir la obligación que le incumbe de motivar su decisión de considerar que la oferta seleccionada no es anormalmente baja afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva de los licitadores no adjudicatarios, en la medida en que estos deben conocer la motivación de un acto, no sólo para defender sus derechos en las mejores condiciones posibles, sino también para decidir, con pleno conocimiento de causa, si les conviene someter el asunto al órgano jurisdiccional competente» (apdo. 89).

Sobre el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas, cabe también hacer mención a los trabajos de I. GALLEGO CÓRCOLES, «Ofertas anormalmente bajas: concepto de empresas del mismo grupo», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 184, 2023; F. M. BASTARDO YUSTOS, «¿Las ofertas con valores anormales deben ser excluidas y no clasificadas?», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 183, 2023; J. PINTOS SANTIAGO y M. D. FERNÁNDEZ UCEDA, «El juicio de viabilidad de la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, pese a la discrecionalidad técnica, no puede convertirse en un acto de fe ciega», *Gabílex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 33, 2023, pp. 479-290.

Por otro lado, en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos, la experiencia de los años de pandemia ha seguido motivando estudios dedicados especialmente a la contratación de emergencia: P. CANALES MENÉS, «España tiene un serio problema con la contratación de emergencia», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 184, 2023; J. M. GIMENO FELIÚ, «Contratación pública en tiempos excepcionales», en J. C. TEJEDOR BIELSA, A. BOIX PALOP y A. NOGUEIRA LÓPEZ (coords.), *Derecho Administrativo para la Excepción*, 2023, pp. 261-286.

Finalmente, en relación con la fase de preparación y adjudicación de contratos, en el ámbito doctrinal, cabe hacer mención a los trabajos de: J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, «El precio en la adjudicación de los contratos públicos», *Boletín del Observatorio de Contratación Pública*, febrero de 2023; S. SOLDEVILA FRAGOSO, «Relevancia del DEUC en la contratación pública», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2023; A. C. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La viabilidad práctica de la subsanación o aclaración de las ofertas en la adjudicación de contratos del sector público», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2023;

J. PINTOS SANTIAGO y M. D. FERNÁNDEZ UCEDA, «El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador no supone una exclusión automática», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 34, 2023, pp. 391-400; A. ROMÁN MÁRQUEZ, «La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre etiquetas sociales y ambientales a través de sus últimos pronunciamientos: una síntesis y algunas reflexiones», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 183, 2023; M. PÉREZ DELGADO y R. P. RODRÍGUEZ PÉREZ, «Los criterios de arraigo territorial sólo caben como condición de ejecución y siempre previa justificación», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023; X. LAZO VITORIA, «El tsunami del “producto local” llega a la contratación pública en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023; I. GALLEGO CÓRCOLES, «¿Pueden imponer los pliegos la subrogación de los trabajadores cuando no concurren los requisitos legales ni está prevista en el convenio colectivo aplicable?», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 184, 2023; A. M. MUÑOZ PEDRAZ, «Las obligaciones laborales de la Ley de Contratos del Sector Público: análisis crítico del artículo 130 LCSP y las obligaciones que contiene; riesgos y consecuencias», en A. CODES CALATRAVA *et al.* (coord.) y E. ORTEGA BURGOS y F. PASTOR RUIZ (dirs.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 465-482.

5. EFECTOS, CUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN

5.1. Pago del precio y otras cuestiones relativas a la extinción del contrato

En relación con la fase de *cumplimiento del contrato*, cabe hacer mención, en primer lugar, a la STS 464/2023, de 11 de abril (rec. de casación núm. 229/2021), que ha interpretado el art. 217 TRLCSP (actual art. 199 LCSP) en el sentido de que la medida cautelar de pago inmediato de la deuda es aplicable tanto si se solicita el abono del principal más los intereses de demora como si se solicitan únicamente estos últimos de forma autónoma.

Por otro lado, en relación con el cómputo de los intereses de demora, la STS 910/2023, de 4 de julio (rec. de casación núm. 5688/2020), ha concluido que el inicio del cómputo de los intereses de demora no se vincula a la recepción de la obra y la emisión de la certificación final, sino que aparece vinculado a la presentación por el contratista de las facturas en tiempo y forma por los servicios prestados o la obra realizada. De modo que sólo cuando el contratista cumpliera su obligación de presentar las facturas de forma correcta comienza el cómputo del devengo de intereses. Además, añade la sentencia que la Administración podrá fiscalizar y, en su caso, deberá aprobar que la factura esté correctamente emitida y se corresponda con los servicios prestados o la obra realizada. Esta cuestión ha sido abordada por I. GALLEGO CÓRCOLES, «Aprobación

de la certificación final de la obra transcurridos más de tres meses desde la recepción. ¿Cuándo comienza el devengo de los intereses de demora?», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023.

Cabe también citar, la STS 1465/2023, de 16 de noviembre (rec. de casación núm. 1331/2021), que fija como doctrina casacional que el certificado final de las obras ejecutadas, en lo que se refiere a las prestaciones económicas derivadas del contrato, es un acto provisional o a cuenta de la liquidación definitiva del contrato y, por tanto, los pagos derivados de la certificación final de las obras son susceptibles de regularización o ajuste en la liquidación final del contrato, sin necesidad de acudir para ello a la declaración de lesividad de la certificación final de las obras ejecutadas.

Por su parte, la STS 867/2023, de 26 de junio (rec. de casación núm. 5769/2020), ha vuelto a reiterar su jurisprudencia sobre los efectos de la cesión de los derechos de crédito frente a la Administración, señalando que hasta que la Administración no constata la correcta ejecución de la prestación del contrato por parte del contratista no surge el llamado derecho de cobro y, por ende, carece de efecto traslativo la cesión de un derecho de crédito frente a la Administración hasta que no se consolida el derecho de cobro.

Debe, a su vez, hacerse mención a la STS 1200/2023, de 29 de septiembre (rec. de casación núm. 567/2021), que da respuesta a una cuestión ciertamente compleja e interesante: si es conforme a derecho que la Administración concedente de un servicio público de transporte imponga al concesionario del servicio, con el único fundamento del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos y de la prohibición del enriquecimiento injusto, que soporte el reintegro de las cantidades que en su día la Administración le abonó como ingreso de la concesión, en la parte correspondiente al Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (céntimo sanitario), con base en la posibilidad de la concesionaria de instar un procedimiento administrativo de devolución de ingresos indebidos o de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por la disconformidad de dicha modalidad impositiva con el Derecho de la UE. La cuestión se resuelve de manera negativa, declarando que la acción de resarcimiento o restitución, basada en el principio general del Derecho Administrativo que prohíbe el enriquecimiento injusto o sin causa, no resulta directamente aplicable a aquellos supuestos en que la Administración concedente de un servicio exige a la empresa concesionaria el reintegro de aquellas cuantías que fueron previamente satisfechas en concepto de compensación por el incremento de los costes de los carburantes, con base en las cláusulas del propio título concesional, como consecuencia de soportar el gravamen del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, cuyo establecimiento fue declarado incompatible con el Derecho de la UE, invocando como fuente de la obligación de restituir la presunción consistente en la mera posibilidad de carácter aleatorio de que la concesionaria podría instar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos frente a la Hacienda Pública o ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, si no se acredita el presupuesto de la existencia de aumento patrimonial o la transferencia o desplazamiento del valor patrimonial en favor del presuntamente enriquecido sin justo título.

En relación con la *extinción de los contratos*, resulta de especial interés para las CCAA y las entidades locales la STS 138/2024, de 29 de enero (rec. de casación núm. 1028/2021), que se pronuncia sobre el plazo de caducidad de los expedientes de resolución contractual. En este sentido, toma en consideración que la STC 68/2021, de 18 de marzo, declaró que el art. 212.8 LCSP era contrario al orden constitucional de distribución de competencias, de manera que el plazo de ocho meses allí regulado no resulta aplicable a las Administraciones de las CCAA y las entidades locales. Por tanto, a estas Administraciones, a falta de otra previsión legal específica, les será de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el art. 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por último, debe destacarse la STS 1097/2023, de 25 de julio (rec. de casación núm. 2831/2021), que se ha pronunciado sobre los casos en los que cabe el *rescate de la concesión por motivos de interés público*. Afirma el TS que: i) el interés público que ha de concurrir para justificar el rescate de una concesión ha de concurrir en el momento en que se adopta una resolución de rescate, ha de ser adecuado para justificar esta decisión y debe estar debidamente motivado; ii) además, debe tratarse de un interés público diverso respecto del que se tuvo en consideración para acordar la concesión, bien porque se trate de un interés público distinto y posterior que ha surgido de forma sobrevenida y exija la recuperación de la gestión, bien porque el interés público inicialmente existente ha desaparecido o se ha transformado de modo que ya no sea posible seguir manteniendo la concesión sin dañar el interés público actualmente existente; iii) tras la modificación operada por la LCSP, el vigente art. 279 de la misma exige no sólo la existencia de un interés público sino que, además, se acredite por la Administración que la gestión directa del servicio es más eficaz que la concesional, y iv) corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo ejercer un control sobre si las razones esgrimidas por la Administración para fundar el rescate cumplen con las exigencias reseñadas respecto del interés público invocado.

En el ámbito consultivo, debe destacarse el Informe 3/2023, de 25 de mayo, de la JCCPE, que aborda la cuestión de si la *garantía definitiva* puede ser incautada en caso de impago de facturas por parte del contratista a sus subcontratistas y suministradores. Explica la JCCPE que: i) la LCSP desvincula la relación jurídica que se establece entre la Administración y el adjudicatario y aquellas que eventualmente este establezca con los subcontratistas y suministradores, que pertenecen al ámbito privado, por lo que la Administración no queda vinculada con los suministradores del adjudicatario y no responde frente a estos de las deudas contraídas por el contratista, y ii) la garantía definitiva responde únicamente a los conceptos previstos en el art. 110 LCSP y no puede, con carácter general, ser incautada por impago de suministros atribuyéndoles la condición de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, salvo que así figure expresamente en el contrato o en el pliego de cláusulas administrativas particulares o, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada o cuyo valor estimado sea igual o superior a dos millones de euros, se hayan iniciado por parte del subcontratista o suministrador

acciones judiciales o arbitrales dirigidas al abono de las facturas pendientes, en cuyo caso procedería la retención provisional de la garantía definitiva en los términos establecidos en el art. 216.4 LCSP.

Finalmente, en el ámbito doctrinal, han abordado el estudio de cuestiones diversas sobre el cumplimiento y la extinción de contratos: T. CANO CAMPOS, «Los costes excepcionales de ejecución de los contratos públicos entre el *ius variandi* y el riesgo imprevisible», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 100-224; A. HUERGO LORA, «Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023, pp. 6-30; *id.*, «¿Continuidad del servicio o prórroga irregular de contratos públicos?», en J. SUAY RINCÓN (dir.), F. J. BAUZÁ MARTORELL (dir.), *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho: Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, vol. 2, t. 2, Atelier, 2023, pp. 935-951; I. GALLEGÓ CÓRCOLES, «Suspensión de obras no imputable al contratista: cálculo de la indemnización», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023; L. FRANCO BETEGÓN, «Gastos generales en contratos de obra del sector público: tendencias jurisprudenciales y análisis práctico para enfrentarse a la quimera de su reclamación judicial», en A. CODES CALATRAVA *et al.* (coords.) y E. ORTEGA BURGOS y F. PASTOR RUIZ (dirs.), *Derecho Administrativo 2023*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 465-482.

5.2. Revisión de precios

Como se advertía en la introducción, el cambio normativo más relevante en la LCSP durante el año 2023 se ha producido en relación con el régimen de revisión de precios.

La DF 7.^a de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, ha modificado los apartados 2 y 5 del art. 103 LCSP, sobre la «Procedencia y límites» de la revisión de precios. La reforma se debe a que la experiencia del incremento de la inflación de los últimos años, y su impacto sobre el coste de las materias primas y los suministros de energía, ha puesto de manifiesto la necesidad de flexibilizar los casos en los que los pliegos pueden contemplar la revisión de precios. En este punto, por aportar un poco de contexto a la reforma, no está de más recordar que el alza extraordinaria e inesperada del coste de las materias primas, como consecuencia de la guerra de Ucrania, ya había obligado el año anterior a regular, por vía de urgencia, un mecanismo excepcional de revisión de precios, a través del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

De esta manera, se añade un nuevo párrafo 3.º al art. 103.2 LCSP, como excepción a las reglas generales de los dos párrafos anteriores. En virtud de esta nueva regla, previa justificación en el expediente, en contratos que no sean de obras, suministros de fabri-

cación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas o de suministro de energía, y aunque el periodo de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años, se podrá admitir la revisión de precios siempre que «la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por 100 de dicho presupuesto». En estos casos, continúa diciendo el art. 103.2 LCSP, «la revisión sólo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por 100 y su respectivo índice oficial de revisión de precios». Por último, se añade que «no será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado».

Por lo que se refiere al apartado 5 del art. 103 LCSP, si antes de la reforma, para poder proceder a la revisión de precios, en los casos en que esta fuera procedente, era necesario que hubieran transcurrido dos años desde su formalización, ahora este plazo queda reducido a un año desde la formalización.

En el ámbito consultivo, cabe destacarse el Informe 11/2023, de 26 de octubre, de la JCCPE, que aborda cómo ha de procederse ante una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato cuando se aprecia que se incurrió en defectos en su tramitación. Concluye el informe que: i) para dejar sin efecto una cláusula de revisión de precios incluida en un contrato por la concurrencia de un defecto en la tramitación del expediente de contratación será necesario proceder a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos; ii) incluida en un contrato una cláusula de revisión de precios vinculada a la evolución determinadas variables, dicha cláusula resulta obligatoria para las partes, tanto para el contratista como para la Administración, debiendo soportar estas tanto el riesgo como la ventura derivada de la evolución de dichas variables, y su influencia sobre el precio del contrato; iii) la cláusula de revisión de precios a abonar por la Administración en un contrato de concesión de servicios no se puede modificar conforme a lo dispuesto en el art. 290 LCSP, y la excesiva onerosidad para la Administración provocada por la evolución de los precios no es susceptible de encuadrarse dentro de los supuestos previstos en el art. 290.4 LCSP para restablecer el equilibrio económico (*factum principis* y fuerza mayor), por lo que la Administración deberá soportar los efectos que resulten de su aplicación, y iv) el derecho al desistimiento de contrato cuando resulta extraordinariamente oneroso únicamente es posible en los supuestos a que hace referencia el art. 290.6 LCSP, para las circunstancias allí previstas, y no para la Administración pública contratante. En sentido similar, se pronuncia el Informe 28/2023, de 26 de octubre de 2023, de la JCCPE.

En el ámbito doctrinal, han tratado la cuestión A. GARCÍA JIMÉNEZ, «La revisión de precios de los contratos públicos en un escenario inflacionista», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 207-230; R. CASTILLO BADAL, «Revisión de precios y cálculo de intereses», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2023.

5.3. Modificaciones contractuales

En relación con las modificaciones del contrato y, en particular, con las no previstas en los pliegos, la STJUE de 7 de diciembre de 2023 (asuntos acumulados C-441/22 y C-443/22) puede resultar esclarecedora para interpretar el concepto de «*circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*» [art. 205.2.b) LCSP]. Explica el TJUE que sólo pueden considerarse como imprevisibles aquellas circunstancias ajenas que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. También afirma la sentencia que, si existen circunstancias previsibles para un poder adjudicador diligente, éste podrá contemplarlas expresamente en los pliegos y en el contrato mediante cláusulas de revisión en virtud de las cuales pueda adaptarse la ejecución del contrato en caso de que sobrevenga alguna de tales circunstancias. Y, en este caso, al establecer expresamente la facultad de modificar esas condiciones y determinar el modo de llevarla a cabo, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos que deseen participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta. Por todo ello, concluye que la diligencia de la que debe haber dado muestra el poder adjudicador para poder llevar a cabo modificaciones no previstas en los pliegos exige, en particular, que haya tomado en consideración, en la preparación del contrato los riesgos de sobrepasar el plazo de ejecución de dicho contrato derivados de causas de suspensión previsibles como, en el caso analizado, las condiciones meteorológicas habituales y las prohibiciones reglamentarias de ejecución de obras publicadas con antelación y aplicables durante un periodo incluido en el periodo de ejecución de dicho contrato, dado que tales condiciones meteorológicas y prohibiciones reglamentarias no pueden justificar, cuando no están previstas en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato público, la ejecución de obras más allá del plazo fijado en dichos documentos y en el contrato inicialmente formalizado.

En la jurisprudencia nacional, cabe destacar la STS 1451/2023, de 16 de noviembre (rec. de casación núm. 1057/2021), que ha venido a reiterar el criterio jurisprudencial en virtud del cual la decisión acerca de la procedencia de la indemnización al contratista por los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de las obras, debida a la tramitación y aprobación de una modificación del contrato, ha de ser necesariamente casuística, atendiendo a las circunstancias que concurran en cada supuesto, sin que quepan automatismos en el sentido de entender que todo modificado conlleva siempre indemnización, ni que la aceptación del modificado por el contratista equivale a la renuncia a la indemnización, pues la indemnización por los daños causados es compatible con la aceptación del modificado.

A nivel doctrinal, debe destacarse el trabajo de C. SEMPERE GELARDO, «La modificación de los contratos públicos», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 34, 2023, pp. 179-226.

5.4. Reequilibrio económico del contrato

Durante el año 2023, se han dictado algunas sentencias por parte del TS que han aclarado algunos aspectos del régimen jurídico del reequilibrio económico de los contratos de concesión.

La primera a destacar es la STS 1452/2023, de 16 de noviembre (rec. de casación núm. 1339/2021). Esta sentencia resuelve un supuesto en el que, una vez adjudicado y formalizado un contrato de concesión del servicio municipal de abastecimiento de agua y saneamiento, el ayuntamiento, por razones que ahora carecen de relevancia, decide no exigir el pago de los recibos correspondientes a un polideportivo, cuando dicho consumo había sido tenido en cuenta a la hora de determinar el precio del canon y las condiciones de la propuesta económica por parte de la empresa adjudicataria y el resto de licitadores que concurren en su día. La cuestión de interés casacional que se plantea es si producida una modificación unilateral de la concesión por el *ius variandi* de la Administración local, el examen de una posible compensación debe analizarse en virtud del principio del equilibrio económico, teniendo en cuenta la globalidad del contrato, o la indemnización es automática, siendo suficiente el hecho de haber generado un aumento de costes o una disminución de los ingresos en la concesión, conforme al art. 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. La sentencia se decanta por esta segunda posibilidad. Concluye que se trata una modificación directa de las características del servicio por parte de la Administración contratante, que ha de conceptuarse como un ejercicio del *ius variandi* de la Administración por razones de interés público. Considera el TS no ofrece dudas que, por su naturaleza y relevancia, se trata de una alteración de las características del servicio contratado que obliga a la Administración a indemnizar al concesionario y restablecer el equilibrio concesional, sin necesidad de cuantificar la pérdida ocasionada y hacer un balance para comprobar si se ha roto dicho equilibrio.

Por otro lado, y teniendo en cuenta la cambiante normativa en materia tributaria, resulta interesante detenerse en la STS 912/2023, de 4 de julio (rec. de casación núm. 5965/2020), que analiza la cuestión de si la sobrevenida sujeción al pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) por parte del concesionario comporta inexorablemente la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato o si, por el contrario, la desaparición de la exención al pago de dicho impuesto local se inscribe en el principio de riesgo y ventura y no determina derecho a compensación alguno a cargo de la Administración contratante.

Explica la sentencia que nuestro ordenamiento jurídico consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, en virtud del cual concurre un elemento de aleatoriedad

que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir a la celebración del contrato no le libera de cumplir con lo pactado ni le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación. Este principio de riesgo y ventura tiene excepciones, tasadas y de interpretación restrictiva, en las que se permite reequilibrar la ecuación económico-financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que se consideran extramuros del normal «*alea*» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Expuesta así la doctrina general, la sentencia considera que el cambio legislativo en la regulación de un impuesto durante la ejecución del contrato no tiene cabida en ninguno de estos supuestos: i) no estamos ante un ejercicio del *ius variandi*, porque la Administración no ha llevado a efecto la modificación de las condiciones de explotación de la obra; ii) tampoco se trata de un supuesto de *factum principis*, porque no cabe subsumir los cambios normativos llevados a cabo por el legislador autonómico dentro del concepto de «actuaciones de la Administración», y iii) no es un supuesto de fuerza mayor ni de riesgo imprevisible. Esta sentencia ha sido comentada en I. G. CÓRCOLES, «Reequilibrio económico del contrato: sujeción al pago del Impuesto de Bienes Inmuebles sobrevenida», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023.

A idéntica conclusión llega, por cierto, el Informe 13/2023, de 18 de julio, de la JCCPE, sobre una cuestión análoga. Si la mencionada STS 912/2023 se refería a un cambio normativo en el IBI, la JCCPE se pronuncia sobre el incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social prevista en la LPGE 2023. En virtud del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución del contrato, esa subida debe ser asumida por el contratista.

Por último, cabe citar la STS 954/2023, de 11 de julio (rec. de casación núm. 1701/2021), aborda los límites del riesgo asumible por una concesionaria de explotación de un servicio de aparcamiento en el supuesto de una modificación viaria por una Administración distinta de la contratante. Dado que no se acreditó en el caso concreto la ruptura del equilibrio económico de la concesión, concluye la sentencia que la Administración contratante no responde de las decisiones de modificación de la configuración viaria adoptadas por una Administración distinta y que, a falta de previsión en las cláusulas del contrato, no cabe la compensación de la ruptura del equilibrio de una concesión con los beneficios que genere otra perteneciente a la misma empresa concesionaria. Esta sentencia ha sido comentada en I. G. CÓRCOLES, «Concesión de aparcamiento subterráneo: reducción de la demanda derivada de la ejecución de unas obras por parte de otra Administración», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023.

La doctrina jurídica ha abordado la problemática del reequilibrio económico de los contratos J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, «La naturaleza contractual del hecho del príncipe en los contratos administrativos», en J. SUAY RINCÓN (dir.), F. J. BAUZÁ MARTORELL (dir.), *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho: Libro*

homenaje al profesor José Eugenio Soriano García, vol. 2, t. 2, Atelier, 2023, pp. 907-934; N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ y A. ARAUJO BARCELÓ, «Revisión crítica de la negativa a modificar los contratos del sector público por el incremento extraordinario de precios», *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2023.

5.5. Las autopistas y las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19

Por último, a pesar de que se trata de una cuestión que no afecta a las entidades locales, este informe sectorial no estaría completo si no hiciera una breve referencia a la serie de sentencias de la Sala 3.^a del TS desestimatorias de los recursos interpuestos por las concesionarias de autopistas contra la denegación de sus solicitudes de reequilibrio económico por razón de la covid-19. Nos referimos a las SSTS 1034/2023, de 18 de julio (rec. ordinario núm. 159/2022); 1719/2023, de 18 de diciembre (rec. ordinario núm. 99/2022); 1728/2023, de 19 de diciembre (rec. ordinario núm. 773/2022); 1775/2023, de 21 de diciembre (rec. ordinario núm. 158/2022) y 1778/2023, de 22 de diciembre (rec. ordinario núm. 789/2022), entre otras. Como notas comunes a todas estas sentencias cabe destacar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, el TS emite un juicio positivo sobre la constitucionalidad de los arts. 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020. De esta forma, descarta que la normativa especial dictada para hacer frente a las consecuencias económicas de la pandemia, en este ámbito, vulnere los principios de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), vinculado al argumento de que se trata de una ley singular, y del derecho de propiedad (art. 33 CE).

En segundo lugar, aplica este régimen excepcional (previsto para la vigencia del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020) y concluye que no procede el reequilibrio. En concreto razona el TS que «no se puede confundir la imposibilidad con la dificultad de ejecutar un contrato, máxime en este tipo de contratos en los que la duración de la concesión se prolonga durante años y el periodo tomado en consideración queda reducido a unos pocos meses, pues el reequilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación». En todo caso, aprecia el TS que durante el estado de alarma y una vez finalizado el mismo las autopistas estuvieron abiertas al tráfico y que tuvieron un margen bruto de explotación positivo, lo que impide la compensación con arreglo a estas normas especiales.

En tercer lugar, en lo que se refiere a los daños que quedan fuera del periodo de vigencia de esta normativa excepcional, el TS razona la improcedencia de acceder al

reequilibrio económico de la concesión, considerando que no concurren los requisitos para la aplicación de la doctrina del *factum principis* o del riesgo imprevisible. A decir del TS, no es posible considerar que la momentánea pérdida de ingresos durante un periodo breve altere sustancialmente la economía de la concesión o impida la continuidad de la misma.

Y, por último, rechaza la compensación por la vía del art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, incidiendo en que esta disposición sólo reconoce el derecho de indemnización «de acuerdo con lo dispuesto en las leyes», lo que en este caso se concreta en la normativa excepcional aprobada para este periodo a través de los ya citados decretos-leyes.

En fin, ha analizado la cuestión I. GALLEGO CÓRCOLES, «Autopistas: solicitud de reequilibrio económico para paliar los efectos del covid», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 183, 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 Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-2887-4039

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Técnica de Gestión de Servicios Jurídicos de Hacienda
Ayuntamiento de Girona
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

Aunque 2023 ha sido un año en que no se han producido grandes avances normativos en el ámbito de las Haciendas locales, más allá de las necesarias modificaciones en el régimen del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana derivados de los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC en adelante) acerca de su compatibilidad con el principio de capacidad económica recaídos en los últimos años y de la nueva definición de inmueble desocupado a efectos de la aplicación del recargo en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el ejercicio sí ha contado con un importante número de pronunciamientos judiciales, especialmente de nuestro Tribunal Supremo (TS), que han permitido avanzar y aclarar algunos extremos de la aplicación de los tributos locales. En el presente informe se analizan las principales novedades en los tributos locales analizando tanto los impuestos locales como otros tributos y otros ingresos, así como las novedades en materia de los procedimientos tributarios en el ámbito local.

2. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DE LAS HACIENDAS LOCALES

No se han producido modificaciones relevantes en el ámbito de los principios de ordenación de las Haciendas locales en 2023. En este sentido, el TC sólo ha tenido que pronunciarse en el *Auto 2/2023, de 24 de enero*, acerca de la pérdida sobrevenida de objeto de una cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de la STC 133/2023 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2022*, pp. 336-337) y, de modo indirecto, en la STC 124/2023, de 26 de septiembre, en que se considera la vulneración de la autonomía provincial por las reglas de distribución del fondo de cooperación municipal previsto en la Ley 5/2021, de 5 de noviembre, reguladora del fondo de cooperación municipal de los municipios y entidades locales menores de la Comunitat Valenciana.

En relación con la actividad de la doctrina, pueden destacarse, en primer lugar, estudios acerca de la suficiencia financiera local, como pueden ser los trabajos de A. VÁQUERO GARCÍA y M. BASTIDA DOMÍNGUEZ, «Situación actual y líneas de mejora en los impuestos locales en atención a su recaudación», *Crónica Tributaria*, núm. 187, 2023, pp. 107-137, y A. M. PONS GUINOT y M. PONS REBOLLO, «Estudio cuantitativo de los ingresos corrientes de los Ayuntamientos para el periodo 2010-2021», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 6, 2023. También se han publicado algunos estudios comparados que pueden resultar de interés: N. BOSCH ROCA «Algunas reflexiones sobre la hacienda local española a la luz del sistema comparado», *Retos de la financiación territorial en tiempos de postpandemia: un homenaje a Alfonso Utrilla de la Hoz*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2023, pp. 265-285; M. G. ÁBALOS, «Federalismo y potestades tributarias locales: evolución y desafíos», *Revista Política Austral*, vol. 2, núm. 1, 2023, pp. 53-69; G. ESTIMA GIACOBBO y R. HERMANY, «Reforma tributaria e autonomía lo-

cal no Brasil: perspectivas de uma gestão bipartite de tributos de competência mista», *Questões Atuais de Direito Local*, núm. 39, 2023, pp. 79-94; Á. TRAINA, «Autosuficiencia Financiera en Ciudades Capitales Iberoamericanas», *Divulgatio*, vol. 7, núm. 21, 2023, pp. 49-66.

Por último, deben destacarse dos trabajos colectivos que incluyen propuestas acerca de reformas en materia ambiental de nuestras Haciendas locales, que, aunque no son propiamente principios de ordenación de las Haciendas locales, tienen cada vez una mayor relevancia en la configuración de los tributos locales. Se trata de los trabajos VVAA, «Incidencia de la regulación europea y autonómica sobre una reforma ambiental de las haciendas locales», en P. M. HERRERA MOLINA (coord.), Aranzadi, 2023; y VVAA, «II Jornadas sobre la Reforma Ambiental de las Haciendas Locales: La reforma en el marco jurídico europeo, estatal y autonómico», en B. GARCÍA CARRETERO (coord.), *Documentos Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023.

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 2023, se han producido algunas modificaciones legislativas relevantes en el ámbito del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI). En concreto, la *DF 3.^a de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda* modifica el *art. 74.4 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* (TRLRHL) relativo al recargo aplicable a viviendas desocupadas e introduce la definición de bien inmueble desocupado con carácter permanente como «aquel que permanezca desocupado, de forma continuada y sin causa justificada, por un plazo superior a dos años, conforme a los requisitos, medios de prueba y procedimiento que establezca la ordenanza fiscal, y pertenezcan a titulares de cuatro o más inmuebles de uso residencial». Añade la posibilidad de modular el recargo aplicable a la cuota líquida del IBI en función del tiempo de desocupación y del número de inmuebles desocupados dentro de un mismo término municipal. Por tanto, este recargo podrá ser del 50 por 100 para aquellas viviendas desocupadas con carácter permanente durante más de dos años, siempre que el propietario tenga, como mínimo, cuatro viviendas. Asimismo, se prevén diversas causas justificadas de desocupación temporal, por lo que, si concurren las mismas, no puede exigirse el mencionado recargo. Además, los ayuntamientos pueden prever, en sus ordenanzas fiscales, que el citado recargo sea del 100 por 100 cuando el inmueble se encuentre desocupado más de tres años o, incluso, del 150 por 100 si el titular tiene dos o más viviendas en el mismo municipio.

De hecho, esta reforma ha sido ampliamente estudiada por la doctrina. Por ello, debemos destacar los trabajos de S. DE HUERTA HERNÁNDEZ, «El recargo en el IBI por las casas vacías tras la modificación operada por Ley 12/2023, de 24 de mayo por el Derecho a la Vivienda», *Cuaderno de Arrendamientos Urbanos*, núm. 358, 2023, pp. 26-28; J. M. BENGOCHEA SALA, «Análisis de la repercusión en el IRPF y en el IBI de la Ley por el derecho a la vivienda (L 12/2023)», *Actum Fiscal*, núm. 195, 2023, pp. 36-46; N. L. RODRÍGUEZ PEÑA, «Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda [BOE-A-2023-12203]: Beneficios fiscales en el IBI y en el IRPF destinados a la protección del derecho a la vivienda», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 161-162; L. URBANO SÁNCHEZ, «La vivienda en la imposición Local (II): El recargo del IBI sobre las viviendas vacías», en J. F. SEDEÑO LÓPEZ (coord.) y M. M. SOTO MOYA (dir.), *Régimen jurídico de la vivienda. En especial, algunos aspectos jurídico-tributarios*, Atelier, 2023; A. NAVARRO GARCÍA, «La vivienda en la imposición local (I): IBI, ICIO e IIVTNU», en J. F. SEDEÑO LÓPEZ (coord.) y M. M. SOTO MOYA (dir.), *Régimen jurídico de la vivienda. En especial, algunos aspectos jurídico-tributarios*, Atelier, 2023.

Además, para dicho ejercicio 2023, como ya expusimos en el *Anuario de Derecho Municipal 2022* (p. 329), la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (en adelante, LPGE 2023) 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 (TRLCI).

Por su parte, el art. 12 del Real Decreto-Ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas prevé una exención de las cuotas del IBI del ejercicio 2023 relativas a los bienes inmuebles que sean propiedad de los titulares de explotaciones agrícolas o ganaderas y que estén afectos al desarrollo de tales explotaciones, siempre que, en ese ejercicio, hayan sufrido una reducción del rendimiento neto de las actividades agrarias de, al menos, un veinte por 100 respecto a la media de los últimos tres años en zonas con limitaciones naturales o específicas [art. 31 del Reglamento (UE) núm. 1305/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre] y de un 30 por 100 en las demás zonas. En este sentido, la Consulta vinculante de la DGT núm. V2134/2023, de 20 de julio, analiza los requisitos que deben producirse para que sea de aplicación la exención de inmuebles afectos a explotaciones agrarias o ganaderas. En relación con la aplicación de esta exención y la compensación derivada de los menores ingresos a percibir por los Ayuntamientos, se ha publicado la Resolución de 9 de junio de 2023, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se regula el procedimiento de compen-

sación de la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza rústica para el ejercicio 2023, prevista en el art. 12 del Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo.

Por su parte, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogran determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea prorroga para 2023 los beneficios fiscales establecidos en el IBI por el Real Decreto-ley 20/2021 en relación con los daños ocasionados por las erupciones volcánicas en la isla de La Palma.

De hecho, un aspecto tratado por la doctrina son los beneficios fiscales. A este respecto, se ha pronunciado la *Consulta vinculante de la DGT núm. V2784/2023, de 13 de octubre*, que reconoce que no es necesario que una fundación comunique al Ayuntamiento su opción de aplicación del régimen fiscal especial previsto en la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, a efectos del reconocimiento de la exención prevista en el art. 15.1 de esa Ley. Asimismo, debemos destacar los trabajos de A. MOLINA LEBRÓN y F. A. VEGA BORREGO, «La bonificación para familias numerosas en el IBI: el requisito de la convivencia», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 15-38; D. CABEZUELO VALENCIA, «Tributos (IBI). Expediente de concesión de una bonificación en la cuota íntegra de impuesto sobre Bienes Inmuebles a un inmueble», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 2, 2023, pp. 215-226; J. CALVO VÉRGEZ, «El IBI en los inmuebles destinados a la enseñanza», *Tributos Locales*, núm. 160, 2023, pp. 15-58; L. GIL MACIÁ, «Parámetros empleados por los municipios para regular las bonificaciones del IBI y del ICIO por la instalación de sistemas para el aprovechamiento de la energía solar», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; R. CASTILLO BADAL, «La exención del IBI y el derecho de superficie: un problema de dimensión europea», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2023; Á. ANTÓN ANTÓN, «4.5.5. Análisis de las exenciones al IBI de la Iglesia católica y su posible inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa sobre ayudas de estado», en R. BENEYTO BERENGUER (dir.), *Las relaciones Iglesia-Estado en la actualidad: una lectura transversal*, Aranzadi, 2023, pp. 773-821.

En cuanto a sentencias relevantes relativas al IBI, debemos destacar la *STS de 17 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3308)* que considera que el valor catastral constituye la base imponible del IBI, sin que sea posible substituir ese valor por el valor comprobado en un procedimiento de comprobación ajeno al citado impuesto. En relación con la base imponible, debemos destacar el trabajo de C. XIOL RÍOS, «Necesidad de notificar correctamente las notificaciones catastrales, como condición para la posterior exigencia del IBI. Sentencia que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial por falta de motivación», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 8, 2023, pp. 111-116.

Por su parte, una sentencia que ha tenido una gran repercusión mediática este año 2023 ha sido la *STS de 31 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:412)*. En la misma, el TS interpreta que la aplicación de los tipos de gravamen diferenciados en el IBI (previstos en el *art. 72.4 TRLRHL*) debe realizarse tomando en consideración los usos catastrales contenidos en la *DT 15 TRLRHL*, por tanto, no es exigible el tipo de gravamen diferenciado relativo al subuso catastral «almacén-estacionamiento», pues no constituye un uso catastral según el precepto anteriormente mencionado.

En el plano de la doctrina administrativa, resulta de interés la *Consulta vinculante de la DGT núm. 2111/2023, de 19 de julio*, que analiza la posible compatibilidad entre la afección al pago del IBI y la hipoteca legal tácita. Así, en el supuesto de transmisión del bien inmueble, la Administración tributaria puede exigir, mediante la garantía de la hipoteca legal tácita, la deuda derivada del IBI relativa al ejercicio de la transmisión y el inmediatamente anterior al nuevo titular, sin la necesidad de realizar previa declaración de deudor fallido ni declarar la responsabilidad del citado deudor. Las cuotas del IBI del resto de ejercicios anteriores pueden exigirse al titular inicial del inmueble mediante el derecho de afección, mientras dichos ejercicios no estén prescritos.

Además, durante el ejercicio 2023, el TS ha admitido a trámite diversos recursos de casación relativos a la regulación del IBI. A este respecto, debemos incidir en el *ATS de 14 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:8141A)*, que se cuestiona quién es el sujeto pasivo del IBI cuando existe una discrepancia entre los datos de titularidad de un inmueble contenidos en el padrón catastral y los consignados en el Registro de la Propiedad. Asimismo, también debemos mencionar el *ATS de 8 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5775)* que se plantea si es posible instar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos de las liquidaciones firmes del IBI afectadas por la reducción del valor catastral de un bien inmueble en el seno de un procedimiento de subsanación de discrepancias.

Finalmente, debemos destacar diversos trabajos doctrinales publicados a lo largo del ejercicio 2023 en relación con este impuesto. En concreto, debemos citar los trabajos de B. GARCÍA CARRETERO y Á. GARCÍA DEL BLANCO, «Diseño de un nuevo impuesto sobre las emisiones de CO₂ de los Bienes Inmuebles», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023 (ejemplar dedicado a: II Jornadas sobre la Reforma Ambiental de las Haciendas Locales: La reforma en el marco jurídico europeo, estatal y autonómico); J. M. GARCÍA ASENSIO, «El impuesto sobre bienes inmuebles de los bienes patrimoniales municipales cedidos mediante contraprestación», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2023; I. GALLEGO CÓRCOLES, «Reequilibrio económico del contrato: sujeción al pago del impuesto de bienes inmuebles sobrevenida», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 188, 2023; A. MARTÍNEZ LAFUENTE, «El Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Análisis jurisprudencial. Parte I», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 104, 2023; A. MARTÍNEZ LAFUENTE, «El Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Análisis jurisprudencial. Parte II», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 105, 2023. Asimismo, respecto de las Áreas

Metropolitanas, debemos hacer referencia a los trabajos de M. T. MORIES JIMÉNEZ, «El alcance de la habilitación legal a favor de las áreas metropolitanas para regular el recargo sobre el Impuesto sobre bienes inmuebles», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2023, pp. 289-305; R. PÉREZ SÁEZ, «La ordenanza que regula el recargo metropolitano sobre el IBI no puede introducir discriminaciones entre municipios ni entre clases de bienes sujetos, ni introducir reducciones no previstas en la ley», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 8, 2023, pp. 117-124.

3.1.1.2. Impuesto sobre Actividades Económicas

No se han producido modificaciones normativas en el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) en 2023. Solamente el ya citado *Real Decreto-ley 5/2023* ha previsto la prórroga de los beneficios fiscales en el IAE derivados de los daños causados por las erupciones volcánicas en la isla de La Palma para 2023.

No obstante lo anterior, la ausencia de modificaciones normativas no ha supuesto una ausencia de actividad de nuestros tribunales en relación con este impuesto. En este sentido se han de destacar varias sentencias de nuestro TS. En primer lugar, como ya apuntamos en la anterior edición del *Anuario* (p. 333), en su *Sentencia de 30 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2292)*, el TS se ha pronunciado acerca de los efectos que se derivan de la paralización de actividades que tuvo lugar como consecuencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia de la covid-19 en marzo de 2020. El TS ha descartado que no se produzca el hecho imponible del IAE durante el periodo de paralización total de la actividad al haberse producido previamente el devengo del impuesto. Es por ello por lo que el TS entiende que es de aplicación el régimen «de paralización de industrias que establece el apartado 4 de la regla 14 del Real Decreto Legislativo 1175/1990, con rebaja de la parte proporcional de la cuota, según el tiempo que la industria, comercio o actividad hubiera dejado de funcionar». A efectos probatorios, el TS señala que «[n]o es preciso, a tal efecto, ni probar en especial la paralización o cierre de la empresa, ni poner en conocimiento de la Administración tal cierre o inactividad, pues ambas circunstancias derivan directamente de la ley. En particular, para las actividades de hostelería o restauración, la única prueba exigible es la de la inexistencia de entrega a domicilio, aquí no controvertida». Este mismo razonamiento se ha reiterado en otra sentencia de misma fecha (ECLI:ES:TS:2023:2291).

De modo similar, en otra *Sentencia de este 30 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2314)*, el TS analiza si la aplicación de una reducción de la cuota municipal del IAE prevista en una modificación de la Ordenanza del IAE puede servir como mecanismo para compensar por la paralización de actividades derivadas de la declaración del estado de alarma. El TS entiende que, al existir una compensación similar a la que resultaría de aplicar el régimen de paralización de industrias, no corresponde su aplicación al supuesto de hecho, entendiendo que la reducción prevista en la Ordenanza sirve para compensar por la paralización de actividades. También ha de reseñarse en relación con

este asunto la *Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de enero de 2023 (00/08916/2022/00/00)*, en que excluye la aplicación de estas reducciones en aquellos casos en que la actividad pudiera realizarse si quiera de forma parcial.

La aplicación de estas reducciones en el marco de la paralización de actividades derivadas de la pandemia de la covid-19 también ha sido objeto de un especial análisis de la doctrina durante 2023, así como otros aspectos de la pandemia que tienen relevancia en la aplicación del IAE. En este sentido, destacan los trabajos de: B. MORENO SERRANO, «Reducción de la cuota del IAE por la covid-19», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 7, 2023; J. CALVO VÉRGEZ, «A vueltas con la exigibilidad del IAE durante la declaración del estado de alarma por la covid-19», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 266, 2023, pp. 62-77; M. RODRÍGUEZ RAMOS, «La reducción del IAE por la inactividad derivada del estado de alarma del covid-19», *Revista Jurídica Colex*, ISSN 2603-6355, núm. 31, 2023, pp. 32-34; J. DE JUAN CASADEVALL, «La depuración constitucional del principio de capacidad económica: La onda expansiva de la STC 182/2021 y los efectos colaterales del estado de alarma sobre la imposición objetiva», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, núm. 127, 2023, pp. 287-315; J. DE JUAN CASADEVALL, «El beneficio medio presunto del sector económico como límite negativo del IAE: paisaje tras la pandemia», *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2023, pp. 123-144; J. M. ROYO CRESPO, «¿Cabe la devolución del Impuesto de Actividades Económicas en tiempos de covid?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 2, 2023; J. I. RUBIO DE URQUÍA, «El TS forma jurisprudencia en relación al IAE y las reducciones covid-19», *Tributos Locales*, núm. 163, 2023, pp. 1-5.

También es de interés reseñar la *STS de 11 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:113)*, en que se analiza el encuadramiento en las Tarifas del IAE de la transmisión de inmuebles realizada directamente por entidades financieras que han adquirido dichos inmuebles como consecuencia de la ejecución de garantías hipotecarias. A este respecto, se había cuestionado si dichas transmisiones debían tributar en el epígrafe 811 (Banca. Actividades empresariales) o en el 833 (Promoción de edificaciones) de la Sección 2.^a de las Tarifas del IAE. El TS concluye que el epígrafe relevante es el 811 «puesto que no se reconoce la existencia de una actividad separada e independiente a su actividad financiera». Esta misma interpretación se ha reiterado en la Sentencia de 24 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1823). Sobre estos aspectos se puede consultar el trabajo de J. I. RUBIO DE URQUÍA, «Miscelánea. Tributación por IAE que corresponde a la enajenación de bienes inmuebles embargados por entidades financieras. Efectos en las Ordenanzas fiscales de la falta de consulta previa. Constitucionalidad del RDL 26/2021 regulador del IIVTNU», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 5-14.

Por otro lado, el TS ha tenido la oportunidad de reiterar su jurisprudencia emanada en la STS de 14 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3080) (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2022*, p. 33) en relación con la consideración del IAE como canon a efectos

de la Directiva 2002/20/CE en otra sentencia de 2023. Se trata de la STS de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4491). De acuerdo con esta jurisprudencia, el epígrafe 761.2 de las tarifas del IAE es considerado contrario al Derecho de la Unión Europea. Sobre estos aspectos puede consultarse el trabajo de F. ALONSO MURILLO, «La consideración del IAE como un “canon” a los efectos de las directivas sobre comunicaciones electrónicas», *Tributos Locales*, núm. 163, 2023, pp. 6-13. Esta jurisprudencia ha sido ya aplicada por la Audiencia Nacional (AN en adelante) en sus Sentencias de 6 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:2961) y de 12 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3209).

También se ha reiterado la jurisprudencia emanada de la STS de 12 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2011) relativa al encuadramiento de las actividades de comercialización de energía eléctrica previamente a la inclusión del epígrafe 151.6 en las SSTS de 21 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2313) y de 19 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3439). A aquella sentencia ya nos referimos en la edición de 2021 de este *Anuario* (p. 278).

En relación con la actividad de nuestros tribunales inferiores, cumple destacar dos sentencias de la AN. Se trata de las *SSAN de 17 de octubre de 2023* (ECLI:ES:AN:2023:5306) y de *18 de octubre de 2023* (ECLI:ES:AN:2023:5306), en que se plantea la inclusión de un establecimiento comercial en el epígrafe correspondiente a gran almacén o su tributación por las actividades acumuladas realizadas en el establecimiento previamente a la inclusión del epígrafe 661.1 en las Tarifas del IAE. En la medida en que el establecimiento únicamente se ofertaba una categoría de productos con un nivel elevado de especialización, la AN excluye que se pueda considerar aplicable el epígrafe correspondiente a los grandes almacenes, sino que se tributará por los epígrafes correspondientes a las actividades realizadas de forma acumulada.

En lo que respecta a la doctrina administrativa, deben destacarse tres Consultas vinculantes de la DGT. En la primera, de *16 de febrero de 2023* (V0306-23), se aclara que los protésicos dentales deben entenderse incluidos en el grupo 837 de la sección segunda de las Tarifas pudiendo realizar dentro de dicho grupo también las actividades de la preparación, elaboración, fabricación y reparación de los productos para los que se hallan habilitados (prótesis dentales, férulas dentales y demás elementos utilizados en odontología), mediante la utilización de los productos, materiales, técnicas y procedimientos ordenados por el estomatólogo, odontólogo o cirujano maxilofacial que las haya prescrito. En la *Consulta de 9 de febrero de 2023* (V0213/23) se excluye la sujeción al IAE de la mera tenencia o la compraventa de criptomonedas para uno mismo, ya que no tiene la finalidad de intervenir en el mercado. Finalmente, en la *Consulta de 18 de abril de 2023* (V0890/23) se aclara que las actividades de producción y realización de vídeos y fotografías realizadas por un creador de contenido erótico audiovisual se deben considerar como actividades empresariales y no profesionales, aun cuando se realicen por una persona física.

Por último, en relación con la actividad de la doctrina, además de los trabajos anteriores, cumple reseñar los trabajos de: A. GARCÍA MARTÍNEZ, «Las exenciones en el

IAE por inicio de actividad e importe neto de cifra de negocios, con especial referencia a su aplicación en los grupos societarios», *Tributos Locales*, núm. 164, 2023, pp. 49-78; J. CALVO VÉRGEZ, «La tributación de los grupos de empresas en el Impuesto sobre Actividades Económicas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023; M. ALONSO GIL, «Apología contracorriente de un impuesto sobre actividades económicas reformado», *Tributos Locales*, núm. 160, 2023, pp. 59-118.

3.1.1.3. Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica

No se han producido modificaciones normativas en el ámbito del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM en adelante) en 2023. Tampoco nuestros tribunales han emitido pronunciamientos de relevancia en relación con este impuesto en 2023.

En relación con la doctrina administrativa, sólo puede destacarse la Consulta general de la DGT de 24 de febrero de 2023 (0012-23). En esta consulta se aclara que, en los casos de baja temporal de vehículos no derivados de la sustracción o robo del vehículo, no cabe el prorrateo por trimestres de la cuota del IVTM, de modo que sólo si la baja temporal se extiende durante todo el ejercicio no se producirá el hecho imponible del IVTM, excluyendo la obligación de su pago.

La doctrina, por su parte, sí ha prestado mayor atención al IVTM, destacando los trabajos de R. OLAÑETA FERNÁNDEZ-GRANDE, «La lucha contra el fraude en el Impuesto sobre Vehículos», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 129-146; J. F. GARCÍA DE PABLOS, «El futuro del Impuesto sobre circulación de vehículos», *Quincena Fiscal*, núms. 15-16, 2023; D. CABEZUELO VALENCIA, «Expediente de declaración de la exención del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica de una ambulancia», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 8, 2023, pp. 195-202; E. RIVAS NIETO, «Los beneficios fiscales y financieros a los vehículos eléctricos y a los puntos de recarga», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 14, núm. 2, 2023.

3.1.1.4. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

A diferencia del IVTM, en el ámbito del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), sí se han producido modificaciones normativas y pronunciamientos de nuestros tribunales de relevancia. En primer lugar, cumple destacar la Orden HFP/1193/2023, de 31 de octubre, por la que se deroga la *Orden de 5 de junio de 2001, por la que se aclara la inclusión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras en la letra B) del apartado 1 del art. IV del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos, de 3 de enero de 1979*. A través de esta Orden se excluye la exención en el ICIO para la Iglesia católica de conformidad con lo previsto en el Acuerdo entre

Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Económicos y tras el previo canje de notas. Debe tenerse en cuenta que esta exención ha sido muy controvertida, no sólo a efectos domésticos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que la calificó como ayuda de Estado en el asunto C-74/16 al extenderse a actividades económicas. Al excluirse la exención del ICIO en el marco del Acuerdo sobre Asuntos Económicos, se aplica la exención a la Iglesia católica en los mismos términos que al resto de entidades sin fines lucrativos, de modo que no se pueda extender a supuestos en los que se realicen actividades económicas en el inmueble en que se realicen las construcciones u obras.

Sobre estos aspectos ha tenido la oportunidad de pronunciarse nuestro TS excluyendo que se pueda denegar la exención en el ICIO a las rentas procedentes del alquiler de inmuebles por parte de una congregación religiosa sobre la base de la prohibición de las ayudas de Estado al no tener un carácter selectivo en la *STS de 13 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5705)*. Sobre la aplicación de esta exención pueden consultarse los trabajos de T. CALVO SALES, «¿A qué renuncia la Iglesia católica con respecto al ICIO?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 7, 2023; M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, «Tributación de la iglesia católica en la imposición local e indirecta estatal», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 140, 2023, pp. 59-91; A. MOTILLA DE LA CALLE, «La supresión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, y de las contribuciones especiales a través del intercambio de notas de 29 de marzo de 2023», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 62, 2023.

En relación con la actividad de nuestros tribunales, debemos comenzar haciendo referencia a dos sentencias del TS en que se analizan las consecuencias de la STC 133/2022. Se trata de las *SSTS de 19 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:163)* y *de 20 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4982)*. Como es sabido, la citada STC declaró la inconstitucionalidad de la normativa canaria que establecía un régimen de equivalencia a efectos de la realización del hecho imponible del ICIO de una autorización especial autonómica respecto de la licencia municipal prevista en el art. 100.1 TRLRHL. El TS declara la nulidad de las liquidaciones dictadas al amparo de la normativa autonómica declarada inconstitucional señalando que la «interpretación extensiva del hecho imponible, mediante el gravamen de un hecho ajeno a la tipificación que recoge el art. 100.1 TRLHL, al establecerse que las obras o instalaciones sometidas a una autorización autonómica de instalación, actividad o funcionamiento, deben quedar incluidas en el ámbito objetivo de ese precepto, es indebida y está aquejada de inconstitucionalidad, conforme ha establecido al respecto el TC en respuesta al auto de planteamiento de cuestión, promovido por esta Sala». Sobre estos aspectos puede consultarse el trabajo de M. J. GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, «La equiparación de una autorización especial autonómica a una licencia urbanística municipal, a los efectos del devengo del ICIO, es inconstitucional: STC 133/2022, de 25 de octubre de 2022», *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2023.

También debe destacarse la *STS de 23 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4356)* en que se reitera la jurisprudencia emanada de la STS de 4 de noviembre de 2020 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2021*, p. 317) en relación con la determinación del *dies a quo* para el cómputo de la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos en aquellos casos en los que las obras no se ejecutan por desistimiento del solicitante. A estos efectos es necesario que «exista un acto expreso de desistimiento o renuncia por el solicitante de la licencia de obras, o un acto formal de declaración de la caducidad de la licencia por parte del ayuntamiento, pues tales actos suponen la constancia de que la obra no se va a ejecutar y que, por tanto, no se va a realizar el hecho imponible del citado impuesto». Esta jurisprudencia ha sido aplicada por el TSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:1323). Sobre estos aspectos puede consultarse el trabajo de H. CEBALLOS REVILLA, «¿Hay que devolver la tasa por renuncia a la licencia de obra, después de haber devuelto el ICIO por no haberse construido lo autorizado?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 9, 2023.

En relación con la actividad de nuestros tribunales inferiores, debe destacarse la *sentencia del TSJ de Aragón de 23 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TSJAR:2023:267)*, en que se analiza la coincidencia de la base imponible del ICIO y de la tasa por expedición de licencia urbanística. El TSJ excluye que puedan incluirse en la base imponible de la tasa elementos que se encuentran excluidos de la base imponible del ICIO.

Finalmente, en lo que respecta a la actividad de la doctrina, debemos destacar los trabajos de: L. GIL MACIÁ, «Parámetros empleados por los municipios para regular las bonificaciones del IBI y del ICIO por la instalación de sistemas para el aprovechamiento de la energía solar», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; J. M. GONZÁLEZ DONA, «La regulación jurídica del ICIO como tributo ambiental: necesidades de reforma y sus diferentes repercusiones», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; R. J. SANZ GÓMEZ, «Una revisión ambiental del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; H. M. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, «Procedimiento aplicable a la ordenanza fiscal reguladora del ICIO», *Actualidad Administrativa*, núm. 11, 2023; D. CABEZUELO VALENCIA, «Posibilidad de que las Ordenanzas Fiscales puedan fijar diferentes tipos de gravamen del ICIO para distintos tipos de suelo», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 9, 2023, pp. 159-162; *id.*, «Métodos a utilizar para la comprobación de valores en el ICIO. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO)», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 4, 2023, pp. 155-160.

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) no ha sufrido modificaciones relevantes durante el ejercicio

2023. Únicamente debemos mencionar que el *art. 24 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía*, recoge los nuevos importes máximos de los coeficientes para el cálculo del método objetivo de cálculo de la base imponible del IIVTNU (conforme al art. 107.4 TRLRHL), aplicables a partir del 1 de enero de 2024.

Por su parte, el *Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo* ha modificado el art. 15.3 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 con el objeto de aclarar las condiciones para la aplicación de la exención en el IIVTNU de los incrementos de valor de las transmisiones de terrenos o de la constitución o transmisión de derechos reales, señalando que los requisitos para la aplicación de la exención deben cumplirse en el momento del devengo y con independencia del destino al que los adscriba el adquirente.

No obstante, como ya adelantamos en el *Anuario de Derecho Municipal 2022* (pp. 340-341), 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. Pues bien, merece una especial mención la *STC de 9 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TC:2023:17)* que desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la citada normativa. Así, el TC considera que existía una situación económica problemática explícita y razonada que permitía apreciar una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Además, considera que no se han vulnerado los límites materiales para la utilización del decreto-ley en materia tributaria y que se recogen en los *arts. 86.1 y 31.1 CE*. A este respecto, debemos destacar el trabajo de J. I. RUBIO DE URQUÍA, «Miscelánea. Tributación por IAE que corresponde a la enajenación de bienes inmuebles embargados por entidades financieras. Efectos en las Ordenanzas fiscales de la falta de consulta previa. Constitucionalidad del RDL 26/2021 regulador del IIVTNU», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 5-14.

Como ya expusimos en los *Anuarios de Derecho Municipal 2021* (pp. 284 y ss.) y *2022* (pp. 341-342), en los años 2021 y 2022, fue especialmente relevante la *STC 182/2021, de 26 de octubre (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). Sin embargo, esta sentencia establecía una limitación de efectos respecto de los expedientes consolidados con anterioridad a su emisión. No obstante, esta fue una cuestión bastante controvertida, por lo que ha sido analizada por la *STS de 12 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3100)* que interpreta que los citados efectos

se producen a fecha de emisión de la sentencia y no de su publicación, pues así deriva de la voluntad del TC. En consecuencia, las liquidaciones de IIVTNU que no se hubieran impugnado a fecha de dictarse la sentencia (26 de octubre de 2021) no pueden recurrirse, aún estando en plazo, con fundamento a esta declaración de inconstitucionalidad, aunque las impugnaciones pueden basarse en otros motivos. Además, la *STS de 28 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1205)* considera que no constituyen situaciones consolidadas, respecto de la limitación de efectos de la *STC 182/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:182)*, las liquidaciones impugnadas en tiempo y forma. Esta limitación de efectos también fue objeto de estudio en la *Consulta no vinculante de la DGT núm. 1/2023, de 8 de febrero*, que determina que no puede revisarse una cuota de IIVTNU cuya revisión no se había instado antes de la fecha en la que se dictó la *STC 182/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:182)*.

Además, en relación con esta declaración de inconstitucionalidad, debemos mencionar la *STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2223)*, que condena a un ayuntamiento en costas por haberse opuesto a la rectificación de la autoliquidación del IIVTNU cuando se había publicado la nota informativa de la citada la *STC 182/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:182)*. Asimismo, la *STS de 28 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1419)* reconoce la legitimación para solicitar la rectificación de la cuota de IIVTNU del obligado al pago en virtud de un pacto o un contrato. En consecuencia, habilita a este sujeto a solicitar la correspondiente devolución de ingresos indebidos como consecuencia de la *STC 182/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:182)*.

También resulta de interés la *Consulta vinculante de la DGT núm. V3111/2023, de 29 de noviembre*, que resuelve que un ayuntamiento no puede regularizar la cuota de IIVTNU ante la pérdida de una bonificación fiscal aplicada a una autoliquidación devengada con anterioridad a la *STC 182/2021, de 26 de octubre (ECLI:ES:TC:2021:182)*, pues el *Real Decreto-ley 26/2021* no establece efectos retroactivos.

Por ese motivo, no es de extrañar que dicha sentencia haya sido ampliamente comentada por la doctrina en este ejercicio 2023. En concreto, podemos citar los trabajos de B. MORENO SERRANO, «El Tribunal Supremo se pronunciará sobre la proyección temporal de la *STC 182/2021*, sobre el IIVTNU», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 4, 2023; J. DE JUAN CASADEVALL, «La depuración constitucional del principio de capacidad económica: La onda expansiva de la *STC 182/2021* y los efectos colaterales del estado de alarma sobre la imposición objetiva», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023, pp. 287-315; J. CUDERO BLAS y J. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, «El Tribunal Supremo avala la limitación de efectos contenida en la *STC 186/2021* ¿un poder constituido no sujeto a la constitución?: SSTs de 10 de julio de 2023 rec. núms. 4701/2022 y 5181/2022», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 142, 2023, pp. 231-241; D. MARÍN-BARNUEVO FABO, «Nulidad de las liquidaciones de plusvalía impugnadas antes de dictarse la *STC 182/2021*: STS de 28 de marzo de 2023, rec. núm. 4254/2021», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 142, 2023, pp. 179-185;

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. 126/2022, de 5 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3, de Valencia», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 570-585; V. A. GARCÍA MORENO, «La devolución del Impuesto municipal de Plusvalía en las situaciones no consolidadas. Los efectos de la STC 182/2021: Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1092/2022, de 26 de julio de 2022 (rec. 7928/2020)», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 100, 2023.

Pese a la relevancia de esta última declaración de inconstitucionalidad, lo cierto es que, como viene siendo habitual los últimos años, la constitucionalidad y la configuración del IIVTNU han sido aspectos ampliamente estudiados por la doctrina. Así, debemos mencionar los trabajos de M. B. HERNÁNDEZ GARDE, «¿Tributos justos?: Sirva de (mal)ejemplo el Impuesto sobre Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)», en M. MORÓN PALOMINO (coord.) y T. V. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, D. MARRERO GUANCHE y A. GONZÁLEZ NAVARRO (dirs.), *La humanización del proceso: Homenaje al profesor Manuel Morón Palomino*, 2023, pp. 297-314; B. MORENO SERRANO, «¿Nulidad de las liquidaciones firmes del IIVTNU giradas con anterioridad a la STC 59/2017?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 11, 2023; J. I. GOMAR SÁNCHEZ, «La estimación directa de la base imponible del impuesto municipal de plusvalía», *Tributos Locales*, núm. 165, 2023, pp. 35-78; M. VILLALBA LAVA, «La devolución de ingresos indebidos derivados de la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma jurídica que los estableció, con especial referencia al impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2023, pp. 141-186; L. I. MOCHÓN LÓPEZ, «El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana: la problemática de un tributo definido erróneamente», *Tributos Locales*, núm. 162, 2023, pp. 7-56; I. JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, «Principios constitucionales en torno al impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana: la desidia del legislador estatal», *Revista de Derecho Político*, núm. 116, 2023, pp. 167-193; M. D. CARTAGENA JAVALOY, «La disminución de derechos y garantías de los contribuyentes y la digitalización de la administración local, en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana», en N. MIRAS MARÍN (coord.), M. MARCOS CARDONA y V. SELMA PENALVA (dirs.), *I Congreso Internacional: «El fraude fiscal en un entorno de digitalización»*, Laborum, 2023, pp. 21-30; J. I. GOMAR SÁNCHEZ, «El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 2, 2023; J. GALLEGOS CONTRERAS, «La recuperación de plusvalías para enfrentar la anoxia municipal y mejorar el desarrollo local», en J. M. JURADO ALMONTE y O. GARCÍA CHAVARRÍA (coords.), y J. A. MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ y M. PINEDA FALCONETT (dirs.), *Gobernanza, comunidades sostenibles y espacios portuarios*, 2023, pp. 359-378; M. BARRIO ANDRÉS, «La doctrina del Consejo

de Estado en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana», en E. ORTEGA BURGOS y F. PASTOR RUIZ (dirs.), *Derecho administrativo* 2023, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 711-720; M. R. VILLENA CERÓN, «La acción de responsabilidad patrimonial de los Ayuntamientos frente a la Administración del Estado, tras la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 1, 2023.

En relación con esta sentencia, la *Consulta vinculante de la DGT núm. V1909/2023, de 4 de julio*, analiza la forma de determinación de la existencia o no de incremento de valor en un supuesto en el que la adquisición del inmueble se llevó a cabo en varios momentos temporales. Asimismo, la *Consulta no vinculante de la DGT núm. 23/2023, de 24 de octubre*, analiza el supuesto de la adquisición hereditaria de una vivienda y la posibilidad de reconocer, en su caso, la no sujeción al impuesto, por inexistencia de incremento de valor del terreno en las fechas de transmisión y de adquisición.

Por último, hay que tenerse en cuenta otras aportaciones doctrinales. En concreto, deben citarse los trabajos de J. TIENZA FERNÁNDEZ, «Transmisiones *mortis causa*: ¿Cómo influye el cuaderno particional en la determinación del sujeto pasivo de la plusvalía municipal?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 1, 2023; L. M. SALAS GARCÍA-NEBLE, «Buena administración y confianza legítima: a propósito de las liquidaciones del IIVTNU en las transmisiones *mortis causa*», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 487, 2023, pp. 5-36; A. NAVARRO GARCÍA, «La vivienda en la imposición local (I): IBI, ICIO e IIVTNU», en J. F. SEDEÑO LÓPEZ (coord.) y M. M. SOTO MOYA (dir.), *Régimen jurídico de la vivienda. En especial, algunos aspectos jurídico-tributarios*, Atelier, 2023; E. BORRALLO BERJÓN y E. LORIDO GONZÁLEZ, «¿Existen diferencias entre sede electrónica y sistema de interconexión de registros (SIR) con motivo de la presentación de autoliquidaciones del IIVTNU?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 12, 2023; E. ÁLVAREZ MENÉNDEZ, «La legitimación en vía administrativa del que asume obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato: Análisis de la STS de 18 de abril de 2023, rec. núm. 2309/2021», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 488, 2023, pp. 121-137.

3.1.2. Tasas

En 2023, el TS ha dictado aproximadamente 25 sentencias en el ámbito de las tasas locales. A continuación, se reseñan las más relevantes junto con dos cambios normativos.

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 18 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2270)* se resolvió el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Altea (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 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 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), 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 que lo hacen en los de la telefonía fija y de los servicios de internet».

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 jurisprudencia: «[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 Sentencia del TJUE (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, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta procesal de ninguna de las partes. Debe advertirse que se ha

pronunciado en este mismo sentido —entre otras— la *STS de 22 de junio de 2023* (ECLI:ES:TS:2023:2880).

En cuanto al resto de las resoluciones del Alto Tribunal sobre este tipo de tributos, en primer lugar se debe hacer referencia a la *STS de 14 de febrero de 2023* (ECLI:ES:TS:2023:415), que resolvió el recurso de casación interpuesto por una mercantil, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que había desestimado el recurso formulado contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo de Madrid, relativa a la liquidaciones por la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros.

En esencia, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en determinar lo siguiente: «Si, en virtud de lo dispuesto en el art. 24.1.c) TRLRHL, deben integrar la base imponible de la tasa por utilización privativa y aprovechamientos especiales en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros, todos los ingresos brutos facturados por el sujeto pasivo en el municipio o, por el contrario, han de excluirse de este parámetro los servicios adicionales que se presten en el mismo y que no tengan una vinculación directa o no sean necesarios para la prestación de los suministros».

Tras analizar los argumentos de las partes y los diversos pronunciamientos que en relación a este tipo de tasas ha dictado el TS, se establece la siguiente doctrina: «A efectos del sistema de fijación de cuota tributaria de los suministros comprendidos en el art. 24.1.c) TRLRHL, han de excluirse del parámetro de ingresos brutos procedentes de la facturación a que hace referencia dicho precepto, el importe de facturación por los servicios adicionales o de valor añadido como los enunciados en el anterior fundamento jurídico séptimo (venta e instalación de equipos ajenos a los de recepción o medición del suministro, tales como calderas, termos, equipos de aire acondicionado, climatización etc, así como su revisión, inspección, mantenimiento y reparación; servicios de gestión integral de estos equipos instalados en el domicilio o instalaciones del usuario del suministro; venta e instalación de placas fotovoltaicas; estudios de eficiencia energética; intermediación de contratos de seguros de riesgo de impagos)» (FD 8.º).

En aplicación de la doctrina que se acaba de reseñar, se estimó el recurso interpuesto, sin imposición de costas, quedando anulada la sentencia impugnada al tiempo que se estimaba el correspondiente recurso de apelación.

Asimismo, se debe dar cuenta de la *STS de 30 de marzo de 2023* (ECLI:ES:TS:2023:1626), que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que había estimado parcialmente el recurso formulado por una mercantil contra la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, modalidad de paso de vehículos a través de aceras o calzadas.

En este caso, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en: «[p]recisar si la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local, modalidad paso de vehículos a través de aceras y calzadas, resulta compatible con el canon satisfecho en su día por la concesión municipal para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo mixto».

El fondo de la cuestión es un supuesto análogo al resuelto en la *STS de 12 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5353)*, por lo que la Sala resolvió con expresa remisión a la jurisprudencia en ella sentada, reafirmando la siguiente doctrina: «La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público local, modalidad paso de vehículos a través de aceras, no resulta compatible con el canon satisfecho en su día por la concesión municipal para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo mixto, dado que la entrada al aparcamiento subterráneo forma parte integrante de la concesión, ya que sin aquella no puede existir el aparcamiento, pues el acceso al aparcamiento obliga indefectiblemente a atravesar las aceras. Consecuentemente, se reafirma nuestra jurisprudencia [...] en el sentido de que, si bien la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público local pueden constituir el hecho imponible de diferentes tasas, sin embargo una cosa es que pueda distinguirse teóricamente el uso especial y el uso privativo del dominio público municipal, su diferente régimen jurídico y la posibilidad de sujeción a distintas tasas, y otra que no sea posible al otorgar la concesión por la utilización exclusiva que el correspondiente canon concesional englobe, en el correspondiente canon, ambos conceptos tributarios».

En consecuencia, se desestimó el recurso interpuesto, sin imposición de costas, quedando confirmada la sentencia impugnada. Debe advertirse que, en este mismo sentido aunque con un problema procesal diferente, se ha pronunciado —entre otras— la *STS de 9 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:15)*.

De igual modo, se ha de reseñar la *STS de 17 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1627)*, en la que se resolvió el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de la Guingueta D'Aneu (Lleida) contra la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, en la que se estimó el recurso presentado por una mercantil contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que, a su vez, había desestimado el recurso formulado contra la resolución que desestimó el recurso de reposición interpuesto frente a la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en reafirmar, reforzar o preservar la jurisprudencia del TS sobre la compatibilidad de la tasa general y la tasa especial prevista en el art. 24.1.a) y c) TRLHL.

El fondo del asunto era idéntico al resuelto en la *STS de 11 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3578)*, por lo que la Sección realiza una remisión *in toto* a la referida sentencia, de suerte que se reafirma la jurisprudencia sobre la compatibilidad de las formas de cuantificación previstas en el art. 24.1.a) y c) TRLHL, en el sentido de que «el régimen de compatibilidad entre ellas es el que resulta del propio art. 24.1.c), se-

gún el cual, las empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, a las que se cuantifica su tasa en el mencionado 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación obtenida anualmente en el municipio, han de ser excluidas de otras tasas derivadas de la utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, no así de otras modalidades de ocupación, como es el caso, del dominio público local. Ello determina la necesidad de declarar que ha lugar a la casación de la sentencia de apelación y la corrección de la de instancia, así como la de los actos administrativos enjuiciados en esa fase procesal, siendo de añadir que, aun cuando el ayuntamiento recurrente haya visto satisfecha su pretensión casacional, es errónea su deducción de lo que prescribe el art. 24.1.a) (TRLHL). Así, la locución del precepto «si los bienes afectados no fuesen de dominio público» no significa que el hecho imponible se refiera a la ocupación de bienes de otra naturaleza distinta —lo que haría inconcebible la tasa misma—, sino que es preciso leer la fórmula legal completa para advertir que lo que señala el precepto es que el cálculo de la cuota habrá de tomar como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes no fuesen de dominio público. Se trata de atribuir, pues, un valor de mercado presuntivo a bienes que son, por su protección constitucional, inalienables (art. 132 CE), que quedan fuera del comercio, *extra commercium* y, por tanto, no cabe hablar de valor de mercado respecto a ellos» (FD 4.º).

En consecuencia, se estima el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en apelación, que se anula y, a su vez, se desestima el recurso interpuesto por la mercantil, sin imposición de costas. Debe advertirse que, en este mismo sentido se han pronunciado —entre otras— las *SSTS de 21 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2130)* y *de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4607)*.

Asimismo, se ha de dar cuenta de la *STS de 17 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1597)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó el recurso de apelación formulado frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que, a su vez, desestimó el recurso contencioso-administrativo instado contra la liquidación de la tasa por utilización privativa y aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de la vía pública en favor de empresas explotadoras de servicios de suministros e, indirectamente, contra la ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Jerez de los Caballeros (Badajoz), reguladora de dicha tasa.

En el auto de admisión se determinó que la cuestión de interés casacional objetivo era determinar «si la previsión contenida en una ordenanza fiscal, posibilitando que el tipo de gravamen de una tasa exigida por el ayuntamiento en concepto de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local sea fijado de mutuo acuerdo entre la Corporación local y los contribuyentes, mediante la celebración de un convenio de colaboración, contraviene los principios de legalidad, seguridad jurídica y no disponibilidad del crédito tributario».

Para resolver el recurso, la sección se remite al litigio idéntico que fue resuelto en la *STS de 14 de junio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2427)*, de forma que se confirmó la doctrina jurisprudencial allí fijada: «1) La exigibilidad de una tasa municipal deriva de la ley y, en su desarrollo, de la ordenanza correspondiente, sin que sea admisible que su exigencia o no y, en el caso primero, su cuantificación, se haga depender de un convenio o acuerdo con el contribuyente. 2) Los tributos locales y, en especial, las tasas, dado su carácter potestativo como modalidad de financiación de servicios públicos de competencia local, requieren de la ordenanza correspondiente, que ha de respetar la Ley de Haciendas locales y la demás legislación que sea de aplicación, sin que, en caso de discordancia, sea posible prescindir de los términos de la ordenanza ilegal y girar el tributo conforme a las directas previsiones de la ley. 3) En caso de hechos imponible tipificados en el art. 24.1.a)TRLHL, la tasa se cuantifica, conforme a la ley, en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas, sin que sea lícito sustituir el importe por una tarifa basada en el número de metros lineales o cuadrados, según los casos, que se multiplica por una cantidad unitaria por cada metro».

En aplicación de dicha doctrina, se estimó el recurso de casación sin imposición de costas y, en consecuencia, se anuló la sentencia de apelación, al tiempo que se estimaron tanto el recurso de apelación interpuesto como el anterior recurso contencioso-administrativo, de modo que se anularon las liquidaciones impugnadas y se declaró la nulidad de los correspondientes artículos de la ordenanza fiscal reguladora de la tasa en cuestión. Debe advertirse que, en este mismo sentido se ha pronunciado —entre otras— la *STS de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2736)*.

Por último, cumple referirse a la *STS de 14 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3315)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por una mercantil contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó el recurso de apelación formulado frente a la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de energía eléctrica en el término municipal de Anguita (Guadalajara).

En esencia, la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en: «1. Aclarar si la determinación del hecho imponible, el sujeto pasivo, los responsables, las exenciones, las reducciones y bonificaciones, la base imponible y liquidable, el tipo de gravamen o cuota tributaria, el periodo impositivo y el devengo, deben constar en el texto de la ordenanza que se publica en el *Boletín Oficial* correspondiente, o alguno de esos elementos, en particular, el tipo de gravamen puede venir definido por remisión al Estudio Técnico-Económico. 2. Precisar si en los supuestos de aprovechamiento especial de bienes del dominio público, es lícito imponer un tipo de gravamen del 5 por 100 (CPA «coeficiente para determinar el precio de alquiler» del 0,05) sobre la base de la tasa que tomará, a su vez, como referencia, la utilidad que reporte el aprovechamiento referido al valor catastral del suelo y de las construcciones, utilidad a la que posteriormente se aplicará otro coeficiente corrector para determinar el grado de ocupación del suelo, el subsuelo o vuelo (CGO) que será del 1,0 para el suelo,

del 0,60 en caso del subsuelo y del 0,80 en caso del vuelo, y, en su caso, determinar cuál debería ser el tipo de gravamen aplicable al aprovechamiento especial de bienes del dominio público que debería reflejar la ordenanza».

Tras examinar pormenorizadamente las circunstancias del caso, la sección sintetiza su razonamiento fijando la siguiente doctrina jurisprudencial: «Sobre la primera cuestión de interés casacional: un elemento esencial de la tasa, como es el tipo de gravamen, que se aplica sobre otras magnitudes para el cálculo de la cuota tributaria, debe aparecer claramente determinado en la propia ordenanza o en los anexos publicados junto con la misma, conforme a los arts. 16.1.a) y 17.4 TRLHL. Y respecto a la segunda cuestión, y partiendo del dato cierto de que la Ordenanza no diferencia entre utilización privativa y aprovechamiento especial y que, por consiguiente, tanto una como otra forma de utilización del dominio público están sometidas a los mismos parámetros, se vulnera la obligada diferenciación entre la determinación de la carga impositiva a tenor de la diferente intensidad que implican utilización privativa y aprovechamiento especial».

En virtud de lo anterior, se estimó sin imposición de costas el recurso de casación, anulando en consecuencia la sentencia recurrida y, al mismo tiempo, se estimó el recurso contencioso-administrativo presentado y se anuló el artículo correspondiente de la ordenanza fiscal. Debe advertirse que, en este mismo sentido se ha pronunciado —entre otras— la *STS de 19 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3508)*.

En cuanto a las novedades doctrinales referidas a esta materia, se han de reseñar los siguientes trabajos: J. CALVO VÉRGEZ, «La tasa por aprovechamiento especial del dominio público local por empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil y las consecuencias derivadas de la STJUE de 27 de enero de 2021», *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 262, 2023, pp. 60-77; J. CARPIZO BERGARECHE y T. CHECA REGUEIRO, «Situación actual de las tasas por utilización y aprovechamiento del dominio público local», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 109-128; J. I. GOROSPE OVIEDO, «El Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible y la futura tasa de «circulación»», en B. GARCÍA CARRETERO (coord.), *II Jornadas sobre la Reforma Ambiental de las Haciendas Locales: La reforma en el marco jurídico europeo, estatal y autonómico*, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 3, 2023; A. MENÉNDEZ MORENO, «El alcance de la reserva de Ley en los tributos locales (I). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 1005/2023, de 14 de julio», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 18/2023; M. T. MORIES JIMÉNEZ, «Análisis de la nueva tasa por aprovechamiento especial del dominio público derivado de la distribución a destinos finales indicados por los consumidores de bienes adquiridos por comercio electrónico, la llamada «tasa amazon»», *Tributos Locales*, núm. 163, 2023, pp. 33-95; *id.*, «La fallida tasa por instalación de ventanillas o tornos en las farmacias: no todo es aprovechamiento especial del dominio público», *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2023, pp. 285-297; *id.*, «Ordenanzas fiscales y principio de legalidad: nulidad de «tasas pactadas» entre la corporación local y los contribuyentes», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2023, pp. 339-352; S. PEIRÓ MARTÍNEZ DE LA RIVA, «La tasa por utilización del do-

minio público local de las empresas explotadoras de servicios de suministros (tasa del 1,5)», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 2 (agosto), 2023.

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*, el año pasado se dio cuenta de la obligación legal 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.

Sin embargo, no se prestó atención a otra modificación legal de aplicación a este tipo de tasas. En particular, se olvidó señalar que, en virtud de lo dispuesto en la DF 1.^a de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, se ha añadido un nuevo apartado 6 al art. 24 TRLHL, con el siguiente tenor:

«6. Las entidades locales podrán establecer mediante ordenanza una bonificación de hasta un 95 por 100 de la cuota íntegra de las tasas o en su caso, de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, que se exijan por la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos para aquellas empresas de distribución alimentaria y de restauración que tengan establecidos, con carácter prioritario, en colaboración con entidades de economía social carentes de ánimo de lucro, sistemas de gestión que reduzcan de forma significativa y verificable los residuos alimentarios, siempre que el funcionamiento de dichos sistemas haya sido previamente verificado por la entidad local.

Las ordenanzas especificarán los aspectos sustantivos y formales de la bonificación regulada en este apartado».

Se trata del primer supuesto de bonificación para las tasas expresamente regulado en el TRLHL y, a pesar de que su alcance es ciertamente limitado, puede suponer un cambio de tendencia en lo que a los beneficios fiscales en las tasas se refiere.

Precisamente, en relación con esta cuestión, se debe llamar la atención sobre una segunda reforma legal relativa, esta sí, al año 2023. En particular, se trata de la reforma de la Norma Foral 11/1989, de 5 de julio, Reguladora de las Haciendas Locales de Gipuzkoa, operada por el art. 7 de la Norma Foral 1/2023, de 17 de enero, por la que se aprueban determinadas modificaciones tributarias para el año 2023, por medio de la que se ha añadido un apartado 3 al art. 9 con el siguiente tenor:

«Asimismo, las entidades locales podrán aprobar bonificaciones sobre la cuantía de las tasas municipales establecidas en virtud de la sección 3.^a del capítulo III de esta norma foral».

Se trata de una norma que innova completamente la regulación de los beneficios fiscales en las tasas y que abunda en la tímida apertura que la referida modificación en 2022 del TRLHL parece haber comenzado.

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 18 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2016)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó el recurso de apelación promovido 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 una mercantil frente a la liquidación de la tasa por prestación de servicios en galerías municipales, que había sido previamente confirmada en reposición.

Preparado el recurso, la cuestión que presentaba interés casacional objetivo era determinar «si las tasas exigidas por el Ayuntamiento de Madrid por los servicios públicos consistentes en la vigilancia, conservación o reparación prestados en relación con galerías municipales y que afecten a los usuarios de las mismas, resultan compatibles con las que gravan la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario».

Tras examinar las alegaciones de las partes y los pormenores del caso, la sección concluye que la tasa examinada, exigida por el 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, resulta compatible con la tasa que grava la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.

En virtud de lo anterior, la sección entiende que procede la estimación del recurso sin imponer las costas a ninguna de las partes, lo que supone la anulación de la sentencia de apelación y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, debiendo la Sala de instancia resolver, acordada la compatibilidad entre ambas tasas, sobre el resto de las cuestiones planteadas. Debe advertirse que en este mismo sentido se han pronunciado —entre otras— las *SSTS de 18 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2272)*, de *25 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2324)* y de *12 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2741)*.

Asimismo, se ha de dar noticia de la *STS de 20 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3567)*, que resolvió el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Bergara (Gipuzkoa), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por un particular, residente en un pueblo vecino, contra el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación de las ordenanzas fiscales referidas al epígrafe *k)*, tasas correspondientes a instalaciones polideportivas, piscinas y frontones municipales, por el que se establecía una reducción del 30 por 100 a las personas empadronadas en Bergara, de la que no gozan las personas no empadronadas.

La cuestión que presentaba interés casacional era determinar si «un ayuntamiento, en el marco de las competencias que emanan del principio de autonomía local, entre las que está la capacidad, en general, de determinación de su política tarifaria, y en el ámbito de su potestad para ofertar voluntariamente determinados servicios de prestación y recepción no obligatoria, puede establecer una diferenciación en el importe correspondiente a las tasas (en el presente caso gravando el uso de instalaciones deportivas) por razón de empadronamiento o, por el contrario, si la corporación municipal decide voluntariamente ofrecer dicho servicio, debe hacerlo en condiciones de igualdad para los usuarios, según resulta del art. 150 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y, en general, prestarlo conforme al mismo régimen jurídico que resultaría de aplicación a ese servicio cuando es de prestación obligatoria, sin que pueda incorporar discriminaciones injustificadas para los empadronados en otros municipios».

Llamativamente, el auto de admisión se refiere al Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales pero omite la norma de aplicación directa al caso: la Norma Foral 11/1989, de 5 de julio, Reguladora de las Haciendas Locales de Gipuzkoa. La explicación tiene que ver con el hecho de que si la norma foral hubiese sido el centro del debate habría procedido la inadmisión del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art.89.2.e) LJCA, tal y como ha reiterado el TS en diversas ocasiones (*v. gr. STS de 2 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:223*).

En cualquier caso, para la resolución del recurso, el TS comienza poniendo en duda que la calificación jurídica de tasa sea la más adecuada para este tipo de contraprestación local, a la luz de anteriores resoluciones como, por ejemplo, la *STS 856/2020, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2020:1839)*. Sin embargo, ante la ausencia de debate por las partes sobre la naturaleza de tales prestaciones, la Sala entiende que «debemos asumir la calificación de tasa reconocida por la ordenanza —así como por la sentencia recurrida y, en definitiva, por ambas partes—, abordando el recurso de casación en el marco en el que viene configurado».

Tras lo anterior, el TS aborda la bonificación impugnada desde el ámbito de la reserva de ley tributaria, concluyendo que el «establecimiento de bonificaciones o reducciones —en general, beneficios fiscales— por vía de reglamento es un tema polémico que hemos tratado en diversas ocasiones, conformando una jurisprudencia, en cuyo seno, la interpretación que mantiene la Sala de instancia del principio de reserva de ley tiene

difícil encaje», añadiendo a continuación que, en consecuencia, «al tener que existir una previsión normativa de rango legal, no cabría avalar, del modo que hace la sentencia de instancia, que las ordenanzas fiscales pueden fijar, establecer y, a la postre, regular, la aplicación de un beneficio fiscal —como el que el Ayuntamiento de Bergara conforma sobre el criterio del empadronamiento— en la medida que no esté previsto en una disposición legal».

A continuación, la Sala se plantea si el establecimiento de una bonificación por causa del empadronamiento es respetuoso del principio de igualdad. El TS comienza recordando su propia jurisprudencia, en la que ha habido pronunciamientos favorables a la consideración del empadronamiento como criterio válido para la determinación de una tarifa diferenciada en ámbitos de competencia local. En particular, esta fue la opinión del TS (*SSTS de 16 de julio de 1998, rec. 12211/1991, y de 15 de julio de 2002, rec. 7729/1997*) al enjuiciar las ordenanzas reguladoras del aparcamiento (ORA). En ellas, «se admitió el criterio de residencia, que exige normalmente el empadronamiento, para establecer diferenciaciones sustanciales en las tasas, con el argumento de que el residente, con domicilio en la zona ORA, merece la consideración de usuario especial y como tal puede convertirse en una circunstancia o elemento de diferenciación jurídicamente atendible, sin que ello suponga necesariamente una vulneración del principio de igualdad». Sin embargo, en contraste con lo anterior, entiende ahora el TS que «la consideración lógica y funcional que unas ordenanzas reguladoras del aparcamiento presentan con el criterio del empadronamiento, no se encuentra presente en este caso en el que, entendemos, no cabe otorgar relevancia jurídica a dicha circunstancia como elemento distintivo».

Sin embargo, el TS también tiene presente que, a diferencia de lo ocurrido en el caso de la zona ORA, en otros pronunciamientos la Sala consideró que no resultaba posible la diferencia tarifaria entre empadronados y no empadronados, como por ejemplo en un supuesto de suministro de agua (*STS de 12 de julio de 2006, rec. 3526/2001*). Asimismo, el TS entiende que la argumentación no se limita exclusivamente al ámbito de los servicios públicos obligatorios, toda vez que «la propia *ratio decidendi* de la sentencia reconoce la quiebra del principio de igualdad de los usuarios sin establecer distinción alguna. En cualquier caso, el establecimiento de tasas, diferenciadas en consideración al criterio del empadronamiento, supondría la introducción de beneficio fiscal —no contemplado por el legislador— que comprometería los principios de igualdad y de generalidad del sistema tributario (art. 31.1 CE)».

A mayor abundamiento, el TS recuerda que habría sido posible, de acuerdo con la Ley de Haciendas Locales, modular la cuantía de las tasas en virtud de la capacidad económica de los sujetos pasivos. Sin embargo, la Sala sostiene que «la motivación económica se encuentra ausente en el presente recurso de casación, toda vez que el argumento que al respecto se ofrece —que las personas empadronadas contribuirían por una doble vía al sostenimiento del servicio (abono de las tasas y contribución mediante el pago de los impuestos municipales)— no puede ser acogido, ante la circunstancia de que los no empadronados también pueden estar sometidos a los tributos locales».

En virtud del razonamiento anterior, se desestimó el recurso de casación planteado, estableciéndose la siguiente doctrina: «[u]n ayuntamiento no puede establecer diferencias cuantitativas en una tasa por la utilización de frontones, piscinas e instalaciones polideportivas municipales, atendiendo a que los usuarios estén o no empadronados en el municipio, al no erigirse el empadronamiento, en este caso, en un criterio razonable y objetivo a los efectos de justificar aquellas».

En consecuencia, se desestimó el recurso de casación interpuesto, sin imposición de costas.

En lo tocante a las novedades doctrinales acerca de la materia, cumple dar cuenta de la publicación de los siguientes trabajos: S. ARANA LANDÍN, «Consideraciones sobre la tasa de basuras o prestación económica por la gestión local de residuos en relación a la agenda 2030», *Tributos Locales*, núm. 163, 2023, pp. 96-122; I. BARBERENA BELZUNCE y P. M. HERRERA MOLINA, «La tarifa por el servicio de recogida y tratamiento de residuos domésticos de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona a la luz de las exigencias derivadas de la ley de residuos y suelos contaminados para una economía circular», *Tributos Locales*, núm. 162, 2023, pp. 89-106; R. I. FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El limitado alcance medioambiental de las tasas locales por suministro de agua y saneamiento», en P. M. HERRERA MOLINA (coord.), *Incidencia de la regulación europea y autonómica sobre una reforma ambiental de las haciendas locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 77-108; J. I. GOMAR SÁNCHEZ, «La tasa de reciclaje de residuos urbanos: ajuste al derecho local español y a la realidad tributaria municipal», en B. GARCÍA CARRETERO (coord.), *II Jornadas sobre la Reforma Ambiental de las Haciendas Locales: La reforma en el marco jurídico europeo, estatal y autonómico*, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 3, 2023; C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Evolución y situación actual de la calificación jurídica de las contraprestaciones por los servicios públicos locales», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 142, 2023, pp. 63-94; J. MOREIRA PELÁEZ, «Reflexiones en torno a la tributación asociada a los servicios locales de prevención y extinción de incendios al hilo de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2021», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 85-108; M. DE LA MORENA SÁNCHEZ, «Metodología de elaboración de los informes técnico económicos de las tasas por prestación de servicios y de los precios públicos municipales», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 2 (agosto), 2023; M. RUIZ GARIJO, «Cuenta atrás para el establecimiento de gravámenes por el servicio de gestión de residuos municipales (*pay as you throw*)», *Tributos Locales*, núm. 165, 2023, pp. 11-34; F. SERRANO ANTÓN, «El pago por generación en la tasa municipal de gestión de residuos no domiciliarios como incentivo para la reducción, reutilización, recuperación y reciclaje de residuos», en B. GARCÍA CARRETERO (coord.), *II Jornadas sobre la Reforma Ambiental de las Haciendas Locales: La reforma en el marco jurídico europeo, estatal y autonómico*, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, núm. 3, 2023; I. PUIG VENTOSA y A. LLABRÉS PAYERAS, «Elaboración de un modelo de tasa municipal sobre los residuos comerciales», *Crónica Tributaria*, núm. 186, 2023, pp. 79-96; M. R. VILLENA CERÓN, «Principales problemas prácticos derivados de la nueva tasa de residuos por generación», *Tributos Locales*, núm. 165, 2023, pp. 107-126.

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 11 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT: 2023:218)*, que resolvió el recurso interpuesto por una mercantil contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Barcelona, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra el acuerdo del Ayuntamiento de Granollers (Barcelona), deducido frente al acuerdo por el que se aprobó definitivamente la exigencia de contribuciones especiales para la financiación de las obras de urbanización de determinadas calles de la indicada población.

Junto con otras pretensiones menos relevantes, la cuestión central para la resolución del pleito tiene que ver con la naturaleza de las obras y, en particular, con la existencia de un beneficio especial que justifique la exacción del tributo al recurrente. En este sentido, la Sala recuerda que en un momento anterior ya se exigieron contribuciones especiales para la urbanización de los viales en cuestión y que las actuales obras respondían a la necesidad de reparar el deficiente estado en el que se encontraban, sin que se haya acreditado ningún tipo de beneficio específico para la mercantil recurrente.

En particular, la Sala pone de manifiesto que, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, «es la Administración la que ha de proporcionar la justificación clara y elocuente respecto al beneficio especial que la reurbanización de esos ámbitos va a proporcionar a la actora-apelante siendo que la misma fue incluida en otro Sector que en un periodo próximo en el tiempo la han dotado de todos los servicios, y se ha estimado que recibió un beneficio especial por tal actuación urbanística. Lo contrario supondría que la Administración podría objetivar la decisión de recepción de un beneficio especial o aumento de valor de la finca exclusivamente en parámetros genéricos y sin descender a la situación concreta que demanda la figura tal y como está regulada en los arts. 28 y 30 TRLHL» (FD 4.º).

En virtud de lo anterior, se estimó el recurso de apelación, ordenando la revocación de la sentencia de instancia en cuanto que realiza una valoración de la prueba aportada y practicada en la instancia de forma ilógica y, como tribunal de instancia, se estimó el recurso y se anuló la actuación administrativa recurrida por la parte actora por ser la misma disconforme a Derecho, sin imposición de costas.

Por otro lado, en lo que se refiere a las novedades doctrinales que se han publicado sobre la materia en 2023, cabe dar cuenta del siguiente trabajo: A. MOTILLA DE LA CALLE, «La supresión del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, y de las contribuciones especiales a través del intercambio de notas de 29 de marzo de 2023», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 62, 2023.

3.2. Otros ingresos

En lo referente a las novedades jurisprudenciales relativas a la materia, se ha de dar noticia de la *STS de 16 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5029)*, que resolvió 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».

Tras estudiar los argumentos de las partes, la sección de enjuiciamiento decidió establecer la siguiente doctrina: «[L]a consulta previa a la que se refiere el art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas es obligatoria respecto de las ordenanzas locales que, como las reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, no afecten a materias de la DA 1.ª LPACAP, salvo que pueda prescindirse de dicho trámite por causas legalmente previstas.

A efectos de una ordenanza local, son causas legalmente previstas para prescindir del trámite de consulta previa, las contenidas en el primer párrafo del apartado 4 del art. 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al tener carácter de legislación básica; y, en su caso, las que establezca la correspondiente legislación autonómica».

En aplicación de lo anterior, se estimó el recurso de casación, se anuló la sentencia impugnada y, una vez sentada doctrina con relación al art. 133 LPACAP y proclamada la existencia, de acuerdo con las específicas circunstancias del caso, de graves razones de interés público para prescindir del trámite de consulta previa, se ordenó la retroacción de actuaciones a los efectos de que por la sentencia de instancia aborde los restantes motivos esgrimidos por el ayuntamiento en su demanda.

Por último, en cuanto a las novedades doctrinales sobre la materia se ha de referir el siguiente trabajo: J. MOZO AMO, «La financiación de los servicios locales por los usuarios. Las prestaciones patrimoniales de carácter público: tasas, precios públicos y tarifas», *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 263, 2023, pp. 28-53.

4. PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS EN EL ÁMBITO LOCAL

Durante el ejercicio 2023, no ha habido modificaciones significativas en relación con los procedimientos tributarios. A nivel estatal, se han modificado diversas normas tributarias que pueden tener incidencia en la tributación local. En concreto, debemos referirnos a la *Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo, de 22 de marzo, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias*. Esta norma modifica diversas previsiones de la LGT, como las autoliquidaciones rectificativas o la ampliación de facultades en los procedimientos de comprobación limitada, entre otras medidas. Asimismo, también debemos citar el *Real Decreto 249/2023, de 4 de abril, por el que se modifican el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo; el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio; 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, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre; el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio*.

Además de la normativa anterior, debemos hacer mención especial a la *Resolución de 30 de enero de 2023, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se regula el procedimiento de compensación de los beneficios fiscales en las cuotas correspondientes al ejercicio 2022 del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y del Impuesto sobre Actividades Económicas, previstos en el art. 94 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, con motivo de los incendios forestales que tuvieron lugar durante los meses de junio, julio y agosto de 2022*. En el plano catastral, en el ejercicio 2023, se ha publicado unas 125 resoluciones que afectan a la suscripción, la modificación, la suspensión o la extinción de convenios de colaboración entre la Dirección General del Catastro y algunas entidades locales u otras administraciones e instituciones.

La gestión catastral ha sido una temática bastante tratada por los tribunales durante el año 2023. Una de las sentencias más relevantes este ejercicio 2023, ha sido la *STS de 21 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5775)* que determina que el ayuntamiento debe anular las liquidaciones del IBI e IIVTNU cuando comprueba su ilegalidad. Las liquidaciones objeto del procedimiento tenían firmeza condicionada, ya que estaban sujetas al resultado de un procedimiento de impugnación catastral que había iniciado el propio contribuyente. Por tanto, en virtud del principio de buena administración, el Ayuntamiento debió revocar de oficio las liquidaciones del IBI cuando tuviera constan-

cia de que la base imponible utilizada para girarlas era errónea, por haberse producido un error de hecho en la determinación de la superficie del que resulta un valor catastral inferior. En consecuencia, cabe proceder a la devolución de las cuantías abonadas en exceso en concepto de IBI e IIVTNU. Además, la *SAN de 26 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:4714)* determina que para inscribir una división horizontal en el Catastro Inmobiliario es suficiente con aportar el documento privado en el que se recoja, sin que sea necesaria su elevación a documento público.

Asimismo, diversos autores han estudiado aspectos interesantes que analizan la gestión catastral. Así, debemos citar los trabajos de G. MENÉNDEZ GARCÍA y J. C. MUÑOZ PÉREZ, «El catastro marítimo, herramienta fiscal y de protección ambiental», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; J. A. SOLÓRZANO MARTÍN, «El modelo colaborativo en la Dirección General del Catastro», *BIA: Aparejadores de Madrid*, núm. 316, 2023, pp. 40-43; E. BRANCÓS I NÚÑEZ, «Coordinación Catastro-Registro», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 109, 2023, pp. 54-61; F. LÓPEZ ALONSO, «Validez de la información dada por catastro sobre una finca agrícola», *Agricultura: Revista agropecuaria y ganadera*, núm. 1071, 2023, pp. 22-22; A. MEDRANO ARANGUREN, «La presunción de exactitud del catastro. Georreferenciación», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, núms. 271-272, 2023, pp. 121-128; F. DE ARAGÓN AMUNÁRRIZ, «De un catastro fiscal a un catastro de servicios», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 62, 2023, pp. 391-412.

En relación con el IAE, debemos destacar la *Orden HFP/396/2023, de 18 de abril, por la que se modifica la Orden HFP/1335/2022, de 28 de diciembre, sobre delegación de la inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas*, la *Orden HFP/1405/2023, de 26 de diciembre, sobre delegación de la inspección del Impuesto sobre Actividades Económicas*, la *Orden HFP/1390/2023, de 26 de diciembre, sobre delegación de la gestión censal del Impuesto sobre Actividades Económicas* y la *Resolución de 25 de mayo de 2023, 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 2023 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas*.

Por otro lado, respecto del procedimiento impugnatorio, una de las sentencias con mayor impacto ha sido la *STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:2084)* que declara inadmisibile por ser extemporánea una reclamación económico-administrativa relativa a una exención del IBI por no constar ningún sello de entrada en un registro público o en la oficina de Correos que acredite que, en realidad, se interpuso dentro del plazo previsto.

En cuanto a la tramitación y aprobación de ordenanzas fiscales, la *STS de 31 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:227)* argumenta que no es exigible el trámite previo de consulta pública anterior al inicio del procedimiento de su elaboración y aprobación, pues se trata de un procedimiento que se recoge en una legislación especial por razón de la

materia. También resulta de interés la *STSJ de Extremadura de 26 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJEXT:2023:946)* que anula una Ordenanza fiscal del Impuesto sobre Gastos Suntuarios, por no ajustarse la base imponible y el tipo de gravamen a los principios de jerarquía normativa y legalidad.

Finalmente, debemos citar diversas aportaciones doctrinales en relación con los procedimientos tributarios en el ámbito local. En concreto, nos referimos a los trabajos de R. ARENAS SÁNCHEZ, *La revocación tributaria local*, Atelier, Barcelona, 2023; M. T. MATA SIERRA, «La dación en pago en el ámbito de los tributos locales», *Tributos Locales*, núm. 162, 2023, pp. 57-88; I. BILBAO CASTRO, «¿Qué relación existe entre la reposición tributaria no preceptiva y el efecto útil del contencioso-administrativo?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. 5, 2023; A. MENÉNDEZ MORENO, «El alcance de la reserva de Ley en los tributos locales (I). A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 1005/2023, de 14 de julio», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2023; MENÉNDEZ MORENO, «El alcance de la reserva de Ley en los tributos locales (II)», *Quincena Fiscal*, núm. 20, 2023; M. SERRAT ROMANÍ, «Un punto y aparte al silencio administrativo negativo en aras de la buena administración», *Tributos Locales*, núm. 164, 2023, pp. 79-98; D. JASMIN, «Recurso de reposición contra la desestimación presunta de la solicitud de rectificación de una declaración-autoliquidación», *Economist & Jurist*, vol. 31, núm. 275, 2023, pp. 66-69; J. A. XIOL RÍOS, «Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en materia de autonomía local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39 63, 2023, pp. 310-332; M. DE LA MORENA SÁNCHEZ, «Metodología de elaboración de los informes técnico económicos de las tasas por prestación de servicios y de los precios públicos municipales», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 2, 2023; D. ORTIZ ESPEJO, «A vueltas con las consecuencias de no disponer de un órgano especializado para resolver las reclamaciones económico-administrativas en los municipios de “gran población”», *Tributos Locales*, núm. 160, 2023, pp. 139-162; ACÍN FERRER y P. C. ZURITA GUZMANM, «Litigiosidad en la tributación local», *Retos de la financiación territorial en tiempos de postpandemia: un homenaje a Alfonso Utrilla de la Hoz*, 2023, Ministerio de Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 305-332; R. NIEVES GONZÁLEZ, «El peso de los tributos de la ciudad de Madrid en el conjunto de la tributación local», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 2, 2023; M. GÓMEZ PUENTE, «La tutela administrativa efectiva: el Tribunal Económico-Administrativo Municipal de Madrid», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 1, 2023; J. GONZÁLEZ CORTADE y C. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, «La asistencia jurídica al organismo autónomo Agencia Tributaria del Ayuntamiento de Madrid», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 3, 2023; A. DELGADO MERCÉ, «Una aproximación a la inspección tributaria de la ciudad de Madrid», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 1, 2023; M. I. ROMERO IMBRODA, «El régimen económico y fiscal de Melilla. Una perspectiva histórica y su proyección europea», *Tributos Locales*,

núm. 165, 2023, pp. 203-244; J. L. LATORRE SILVESTRE, «Uso de la tributación local de Cullera como elemento de lucha contra la crisis de la covid-19», en J. APARICI, *XV Jornades d'estudis de Cullera: Cullera, 26, 27 i 28 de novembre de 2021*, Ayuntamiento de Cullera, Cullera, 2023, pp. 257-276; E. RIVAS NIETO, «Los beneficios fiscales y financieros a los vehículos eléctricos y a los puntos de recarga», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 14, núm. 2, 2023; A. ORENA DOMÍNGUEZ, «Las comunidades energéticas y los tributos locales en el País Vasco», *Documentos - Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 3, 2023; M. C. CÁMARA BARROSO, «La tributación local de las energías renovables en el contexto de transición energética española y europea», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39-61, 2023, pp. 82-111; A. VAQUERO GARCÍA y M. BASTIDA DOMÍNGUEZ, «Situación actual y líneas de mejora en los impuestos locales en atención a su recaudación: un análisis territorial», *Crónica Tributaria*, núm. 187, 2023, pp. 107-137; J. MOREIRA PELÁEZ, «Reflexiones en torno a la tributación asociada a los servicios locales de prevención y extinción de incendios al hilo de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2021», *Tributos Locales*, núm. 161, 2023, pp. 85-108; M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, «Tributación de la iglesia católica en la imposición local e indirecta estatal», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 140, 2023, pp. 59-91; R. R. SALASSA BOIX, «Retos del impuesto al depósito, incineración y co-incineración de residuos en el ámbito comunitario, autonómico y local», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 14, núm. 1, 2023; M. PÉREZ DELGADO, y R. P. RODRÍGUEZ PÉREZ, «No se puede alegar exención de IAE en vía de recurso si no se alegó en el expediente de adjudicación», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 186, 2023; J. PAGÈS I GALTÉS, «Fiscalidad local del agua», en Á. URQUIZU CAVALLE (dir.), *Tributación y objetivos de desarrollo sostenible*, 2023, pp. 65-104.

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

Técnica de Gestión de Servicios Jurídicos de Hacienda

Ayuntamiento de Girona

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 y 2022, en 2023 el principal protagonista ha seguido siendo el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), que aprobó España dentro del plan denominado *NextGenerationEU*.

En especial, sigue siendo muy relevante el desarrollo del CoFFEE-MRR (Plataforma Común de FFEE —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. En este sentido, cumple referirse a la publicación, por parte de la Secretaría General de Fondos Europeos, del «Manual de Usuario CoFFEE-MRR», de gran utilidad para los gestores locales.

Como ya se advirtió en las ediciones anteriores, 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, 2021 y 2022, 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

Aunque, como acabamos de señalar, en 2023 se ha mantenido la suspensión de las reglas fiscales, esta suspensión no se mantiene de cara a 2024. En las Orientaciones de la política presupuestaria para 2024 de la Comisión Europea [COM(2023) 141 final] de 8 de marzo de 2023 se ratificaba la desactivación de la cláusula de salvaguarda a finales de 2023 en línea con lo anticipado en su Comunicación Semestre Europeo de 2022 - Paquete de primavera [COM(2022) 600 final], de 23 de mayo de 2022. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en la reunión del ECOFIN de 21 de diciembre de 2023 se aprobó la propuesta de nuevas reglas fiscales que deberá ser examinada por el Parlamento en 2024.

Sin perjuicio de ello, en 2024 serán de aplicación las reglas fiscales actuales, estableciéndose por el Consejo de Ministros el Acuerdo por el que se fijan los objetivos de estabilidad y el techo de gasto no financiero para las Administraciones públicas en el periodo 2024-2026 el 12 de diciembre de 2023. De acuerdo con el Acuerdo, las entidades locales pasan de tener un objetivo del 0,2 por 100 de superávit al equilibrio presupuestario en el periodo 2024-2026. En relación con los objetivos de deuda, las entidades locales pasarán del 1,4 por 100 en 2024, al 1,3 por 100 en 2025 y 2026.

En relación con las novedades normativas que se han producido en 2023 debe destacarse en primer lugar el *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía*. Los arts. 25 a 27 de este Real Decreto-ley contienen previsiones relativas a la participación de las entidades locales en los tributos del Estado y el sistema de compensaciones. El art. 25 contiene las reglas para la revisión cuatrienal del ámbito subjetivo de aplicación de los modelos de financiación, mientras que el art. 26 contiene la liquidación definitiva de la participación en los tributos del Estado correspondiente a 2022. El art. 27, por su parte, contiene la actualización de las referencias relativas a la participación de las entidades locales en los tributos del Estado correspondiente al año 2024 y a determinadas compensaciones a favor de entidades locales.

Además, deben destacarse dos resoluciones de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local. Se trata, en primer lugar, de la *Resolución de 9 de febrero de 2023*,

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 2021 y su comprobación en las Delegaciones de Economía y Hacienda. Junto a la anterior, se publicó la Resolución de 15 de febrero de 2023, de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local, por la que se establecen instrucciones relativas al calendario de aplicación de los procedimientos para financiar la cancelación de obligaciones pendientes de pago a proveedores de determinadas Entidades Locales y al contenido de los planes de ajuste y su posible revisión en el ámbito de dichos procedimientos.

2.2. Novedades jurisprudenciales

En relación con la jurisprudencia recaída en 2023 en materia de presupuestos locales y estabilidad presupuestaria en el ámbito local, debemos comenzar haciendo referencia a la *Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 17 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3368)*. En esta sentencia el TS examina un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, contra el Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2022. El Consejo General recurrente planteaba dos pretensiones conexas: por un lado, que se declarara «no ser conforme a Derecho el Anexo IV del Real Decreto 407/2022, de 24 de mayo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2022, en cuanto omite el número total de plazas reservadas a la Escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional en las que se están ejerciendo las funciones mediante nombramiento interino» y, conectada con la anterior, que se reconociera «como situación jurídica individualizada el derecho del demandante a que la Administración del Estado modifique el real decreto incluyendo en la Oferta de Empleo Público para 2022 el número total de plazas reservadas a la Escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional en las que se están ejerciendo las funciones mediante nombramiento interino».

El TS desestima estas pretensiones argumentando, primero, que el régimen de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional no desplaza las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público. En segundo lugar, se examina si la normativa presupuestaria, en aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera imponen que todas las plazas que no estén cubiertas por funcionarios de carrera se incluyan en la oferta de empleo público. El TS afirma que «ni la confluencia de distintas Administraciones públicas territoriales en esta materia, ni los límites de las respectivas leyes de presupuestos, en este caso la correspondiente al año 2022, en aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, ni la aplicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que pretende fijar su incidencia por debajo del 8 por 100, permiten imponer la obligación absoluta de incluir todas y

cada una de las plazas que no estén cubiertas por funcionarios de carrera en la oferta de empleo público. Recordemos que el TC ya declaró, por todas, SSTC de 24/2002, de 31 de enero; 178/2006, de 6 de junio, y 194/2016, de 16 de noviembre, la inconstitucionalidad de la regulación de las normas legales autonómicas cuando rebasaban los límites fijados en las correspondientes leyes presupuestarias. Se trataba de corregir la de uno de los componentes esenciales del gasto público que son los gastos de personal». En este sentido, el TS concluye trayendo a colación sus conclusiones pronunciadas en la STS de 25 de septiembre de 2017, en que se señalaba que «el límite de reposición de efectivos establecido en la legislación presupuestaria impide la oferta y convocatoria por encima del mismo de procesos selectivos para la provisión de plazas aun en los supuestos en que se adujo que tenían la finalidad de promover la funcionarización de personal laboral y que, por eso, no implicaban realmente la incorporación de nuevo personal».

También en relación con los aspectos presupuestarios que afectan al empleo público, debe hacerse referencia a la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña de 16 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:9756)*. En esta sentencia se estima un recurso de apelación planteado por el Ayuntamiento de Vallgorguina contra una sentencia estimatoria de un recurso interpuesto contra la aprobación de su presupuesto municipal y la plantilla de personal en el marco del procedimiento de protección de derechos fundamentales al haberse considerado vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical. El TSJ considera que la impugnación del presupuesto únicamente puede realizarse ante el propio TSJ al tener naturaleza de disposición de carácter general. Por otro lado, en la instancia se reconoció que el sindicato demandante había visto vulnerado su derecho fundamental a la libertad sindical al no haberse negociado las condiciones de trabajo. Sin embargo, como recuerda el TSJ estas condiciones de trabajo se contienen, en su caso, en la relación de puestos de trabajo y no en el presupuesto o en la plantilla de personal, por lo que no se puede examinar si dicha libertad se puede entender vulnerada al impugnarse únicamente el presupuesto y la plantilla. De conformidad con lo anterior, el TSJ estima la apelación dejando sin efecto la sentencia de instancia.

En relación con otros aspectos presupuestarios, en el ámbito de los tribunales inferiores, debe destacarse la *STSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:10111)*. En esta sentencia se examina un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Alcobendas por el que se aprobaba el presupuesto de 2020, entre otros motivos, por vulnerar el principio de nivelación presupuestaria. La STSJ se refiere a otra sentencia anterior (de 25 de mayo de 2022) en que se analizó el informe del Tribunal de Cuentas sobre dichos presupuestos y el cumplimiento del principio de nivelación presupuestaria, señalando que «señalando el Tribunal de Cuentas que se cumplen las condiciones de nivelación presupuestaria efectiva a pesar de no haberse aprobado con superávit inicial por cuantía equivalente al Remanente de tesorería negativo de 2019 de la entidad Patronato Municipal de Deportes, al tratarse de una incidencia que carece de materialidad en el conjunto del presupuesto de la Corporación, el recurso contencioso-administrativo ha de ser desestimado, más aún cuando respecto a los efectos negativos derivados de la pandemia covid-19

sobre los ingresos, no constituye un dato cierto para entender que no se cumple el principio de nivelación presupuestaria, debiendo significarse que tal circunstancia podría ocurrir o no y de hecho aunque resulte intrascendente para la resolución del recurso contencioso-administrativo el presupuesto de 2020 se ha liquidado conforme a sus determinaciones con superávit».

De igual modo, es de interés destacar la *STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJAND:2023:8324)*. En dicha sentencia se examina también un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Santiponce por el que se aprobaba el presupuesto de 2021. Los argumentos que sustentaban el recurso provenían de la falta de inclusión de determinadas partidas en los presupuestos: de un lado, una partida comprometida por el Pleno para el otorgamiento de una subvención estatal y, de otro, una partida para proceder al pago de una deuda con una empresa derivada de una sentencia firme condenatoria. En el primer caso, el TSJ argumenta que «el proceder del ayuntamiento demandado no ha sido el correcto en cuanto que ha desatendido sus propios acuerdos de pleno en los que se comprometía de forma pura y simple a consignar el crédito correspondiente». En relación con la segunda cuestión, el TSJ señala que «nadie discute que el presupuesto municipal no incluyó ninguna partida para atender al pago de los más de 2,5 millones de euros que el Ayuntamiento adeuda a la empresa recurrente en la instancia en virtud de tres sentencias judiciales firmes anteriores a las cuentas impugnadas; como tampoco es discutido que esa deuda no está pagada, a pesar de estar reconocida en sentencias firmes. Por tanto, la simple lectura del art. 170.2.b) TRLHL conduce a entender que quien es titular de ese crédito tiene todo el derecho a recurrir los presupuestos para exigir la incorporación de esas partidas. Y que el presupuesto debe, efectivamente, incluirlas». De conformidad con ello, el TSJ procede a anular el presupuesto municipal de 2021.

Otra sentencia de interés es la *STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de septiembre de 2023*, en que se anulan unos presupuestos municipales por no haberse aportado toda la documentación prevista en los arts. 166 y 168 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) en la sesión extraordinaria para la aprobación del presupuesto municipal. Por último, en la *STSJ de Galicia de 21 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:5365)* se anula una modificación presupuestaria en forma de generación de créditos por aportación en la medida en que se había empleado para enmascarar una compensación de créditos que no reunía los requisitos de liquidez, vencimiento y exigibilidad, ni había sido abonado el precio con anterioridad.

2.3. Novedades doctrinales

En relación con los trabajos doctrinales en materia de presupuestos locales y el principio de estabilidad financiera, debemos comenzar haciendo referencia a algunos trabajos centrados en la vuelta a la aplicación de las reglas fiscales y las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el ámbito local. Así, cumple señalar los tra-

bajos de A. AGUERREA, «Los ayuntamientos con problemas de sostenibilidad: una nota», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 295, 2023, pp. 49-53; S. LAGO PEÑAS, «Las reglas fiscales europeas y su plasmación en las haciendas subcentrales españolas», *Papeles de Economía Española*, núm. 175, 2023, pp. 72-82; G. HURTADO LÓPEZ, «La reactivación de las reglas fiscales y la cuestión de la posible inclusión del remanente de tesorería en los presupuestos iniciales de las entidades locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12, 2023; B. FONTICIELLA HERNÁNDEZ, «La sostenibilidad financiera desde la óptica regulatoria: Compendio del panorama normativo actual», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, núm. 5, 2023, pp. 259-296; F. M. PEDRAJA CHAPARRO y C. LÓPEZ HERRERA, «El cumplimiento de la LOEPSF en el sector local: ¿disciplina fiscal o elementos estructurales e institucionales diferenciadores?», *Papeles de Economía Española*, núm. 175, 2023, pp. 97-107; M. C. LÓPEZ ARIAS, «La evaluación de las entidades locales por la AIREF en un contexto de suspensión de reglas fiscales. Herramientas habilitadas por la AIREF para visualizar y comparar la situación financiera de las entidades locales», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2023.

También deben destacarse los siguientes trabajos relativos a la elaboración de los presupuestos y aspectos contables en el ámbito local: R. ROQUETA BUJ, «La negociación salarial y los límites presupuestarios», en Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ y A. TODOLÍ SIGNES (dirs.), *La negociación colectiva en el sector público*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 17-41; D. SÁNCHEZ TOLEDANO, D. CARRASCO DÍAZ, J. SÁNCHEZ TOLEDANO e I. M. ÁLVAREZ JIMÉNEZ, «La contabilidad analítica y la transparencia en las entidades locales: Elementos esenciales para la delimitación del contenido de las memorias económicas recogidas en la Ley reguladora de las haciendas locales», *Revista Española de Control Externo*, núm. 73, 2023, pp. 116-137. Otros aspectos analizados, en este caso desde una perspectiva comparada, han sido los relativos a la elaboración de los presupuestos participativos, destacando los trabajos de G. RIVERA YÁNEZ y J. PARRA FONSECA, «Presupuesto participativo como estrategia de la gobernanza institucional. Perspectivas desde la gestión pública local», *593 Digital Publisher CEIT*, vol. 8, núm. extra 3-1, 2023, pp. 232-248; W. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Presupuestos participativos: características y calidad participativa en los diseños institucionales», *OBETS: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 18, núm. 1, 2023, pp. 133-154.

En relación con los aspectos competenciales se han publicado los trabajos de L. MEDINA ALCOZ, «La manifiesta incompetencia del Estado para ejercer la tutela financiera sobre los entes locales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023, pp. 47-86; C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las competencias locales en los derechos del niño y las reglas presupuestarias de las entidades locales», en P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA y C. MARTÍNEZ GARCÍA (coords.), *Presupuestos públicos y derechos de la infancia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2023, pp. 141-156. Finalmente en relación con el régimen de los municipios de gran población, destacan los trabajos de C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Evaluación del régimen económico-financiero de los municipios de gran población», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63,

2023, pp. 144-170; M. Á. RODRÍGUEZ MATEO, «Análisis del presupuesto de ingresos de Madrid 2019-2023», *TRIBUTUS: revista digital de la Agencia Tributaria Madrid del Ayuntamiento de Madrid*, núm. 1, 2023.

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 2023. A este respecto, a nivel estatal, únicamente se deben mencionar la *Resolución de 23 de mayo de 2023, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 27 de abril de 2023, por el que se modifica el de 30 de junio de 2016, sobre la sustitución de la remisión de las cuentas justificativas de gastos de funcionamiento como consecuencia de la celebración de procesos electorales por certificados remitidos por medios telemáticos* y la *Resolución de 27 de febrero de 2023, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 23 de febrero de 2023, por la que se modifica la Instrucción que regula la rendición telemática de la Cuenta General de las Entidades Locales y el formato de dicha Cuenta, a partir de la correspondiente al ejercicio 2015*.

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 2023. Sin embargo, se debe hacer mención a la *Resolución de 30 de marzo de 2023, del presidente de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, por la que se hace público Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, de 30 de marzo de 2023, por el que se modifica la instrucción que regula el formato de la cuenta general de las Entidades Locales y el procedimiento para su rendición*.

3.1.2. Tribunal de Cuentas

Entre la actividad fiscalizadora que el Tribunal de Cuentas ha desarrollado a lo largo del ejercicio 2023, se debe incidir en algunas fiscalizaciones que se refieren específicamente a las entidades locales. En este sentido, goza de especial relevancia el *Informe núm. 1.530, de 27 de julio de 2023, de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2021*, que recoge los resultados de los análisis realizados por el Tribunal de Cuentas sobre las cuentas generales correspondientes al ejercicio 2021 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 57 por 100 de las entidades locales rindieron su cuenta anual en el plazo legalmente establecido (pp. 14-22, *vid.* cuadros 3 y 4). Concretamente, un 62 por 100 de los ayuntamientos cumplieron con su obligación en ese plazo. Además, a fecha de 31 de diciembre de 2022, la rendición de cuentas de las entidades locales fue del 70 por 100, siendo del 75 por 100 en los ayuntamientos. El propio informe destaca que estos niveles de rendición son un poco más altos que en el ejercicio anterior, si bien el informe continua considerando que dicho porcentaje de rendición de cuentas es muy bajo (pp. 86-87). A este respecto, el Tribunal de Cuentas matiza que «[e]l nivel de rendición de las cuentas de 2021 de las entidades locales, en el plazo legalmente establecido, fue muy bajo, el 57 por 100 de las entidades, excluidas las del País Vasco y Navarra, rindieron la cuenta general al Tribunal de Cuentas dentro del plazo legal. A pesar de este reducido porcentaje de cumplimiento, se incrementó en dos puntos porcentuales respecto al ejercicio anterior. A 31 de diciembre de 2022, el nivel de rendición ascendía al 70 por 100 del total, superior en un punto porcentual en relación con los del ejercicio precedente» (pp. 86-87).

En relación con las principales magnitudes presupuestarias, concretamente respecto del análisis del gasto presupuestario del ejercicio 2021 (pp. 27 y 112, *vid.* gráfico 2 y cuadro 4), el mayor nivel de gasto de las entidades locales fue en gasto de personal (30 por 100 del gasto total) y en bienes corrientes y prestaciones de servicios (30 por 100), seguidos por el gasto en transferencias corrientes (19 por 100). Asimismo, el gasto en inversiones reales representó un 11 por 100 del gasto del ejercicio y los gastos por variación de pasivos financieros y los gastos por transferencias de capital absorbieron un 4 por 100 del gasto total, cada uno de ellos. Debe subrayarse que se trata de cifras parecidas a las de los ejercicios 2018, 2019 y 2020 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2020*, p. 350; *Anuario de Derecho Municipal 2021*, p. 314, y *Anuario de Derecho Municipal 2022*, p. 368).

Por áreas (pp. 34-35, *vid.* gráfico 4), 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 actuaciones de carácter general recibieron el 21 por 100 del gasto total. Asimismo, la producción de bienes públicos de carácter preferente se encontraba en una tercera posición con un nivel de gasto del 15 por 100, seguidos por las actuaciones de protección y promoción social con un 14 por 100 del gasto. Las actuaciones de carácter económico representaban un 11 por 100 del gasto y, finalmente, el área de deuda pública absorbió el 5 por 100 del gasto local en el ejercicio 2021. Curiosamente, estos porcentajes son muy similares a los del ejercicio 2020.

En cuanto al conjunto del gasto de las entidades locales, el informe remarca que «[l]os gastos realizados en el ejercicio 2021 de las entidades que rindieron cuentas de los tres últimos ejercicios, aumentaron un 8 por 100 respecto al ejercicio anterior, lo que supone un cambio respecto al ejercicio 2020, en donde las entidades disminuyeron su gasto respecto al ejercicio precedente en un 2 por 100» (p. 89).

Respecto del análisis de los ingresos, las transferencias corrientes supusieron el 40 por 100 de los ingresos de las entidades locales durante el ejercicio 2021 (p. 35, *vid.* gráfico 6). Por su parte, los ingresos de los impuestos directos ascendieron al 32 por 100 del total, seguido por las tasas y otros ingresos que supusieron un 13 por 100 del total. En este sentido, el Tribunal de Cuentas concluye que «[l]os ingresos de naturaleza tributaria suponían el 52 por 100 del total de los ingresos del ejercicio en los ayuntamientos, procedentes en su mayor parte de los impuestos directos, especialmente el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, y del conjunto de tasas municipales. Para los ayuntamientos de más de 1.000.000 de habitantes, los derechos procedentes del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana supusieron el 16 por 100 de sus ingresos tributarios» (p. 90).

En cuanto a otras magnitudes económico-patrimoniales, el informe advierte un resultado económico-patrimonial positivo. Si bien, el informe matiza que «[p]ese a estas cifras agregadas positivas, 133 entidades locales, desglosadas en un Área Metropolitana (la de Barcelona), 106 ayuntamientos, los más relevantes fueron los Murcia, Granada, Parla, Sagunto y Alcoy/Alcoi, seis mancomunidades y 20 EATIM, presentaron remanente de tesorería para gastos generales negativo en el ejercicio 2021. En el Anexo 7 se relacionan las entidades locales que registraron remanente de tesorería negativo en 2021» (p. 41). Sin embargo, destaca una disminución de los derechos de dudoso cobro para el ejercicio 2021 situándose en el 48 por 100 sobre los derechos reconocidos pendientes de cobro a 31 de diciembre de 2021 (p. 41). En este sentido, el informe incide en el hecho de que «[d]el análisis de los saldos de dudoso cobro resulta que un elevado porcentaje de los saldos de deudores de las entidades locales, el 48 por 100, tenían la consideración de dudoso cobro. Este porcentaje es estable en todos los ejercicios, en el ejercicio 2020 los saldos deudores de dudoso cobro representaban el 47 por 100 del total. En el conjunto de ayuntamientos sigue destacando el elevado importe del saldo de dudoso cobro, especialmente en los ayuntamientos de mayor dimensión. En el caso de los dos ayuntamientos con más de un millón de habitantes ven reducido su remanente total en un 56 por 100 así como los ayuntamientos de población comprendida entre 100.001 y 500.000 de habitantes que habían rendido la cuenta general de 2021, los cuales ven reducido dicho remanente en una media del 60» (p. 41).

Finalmente, debemos destacar que, a diferencia de los informes de años anteriores, se incluyen ocho recomendaciones (pp. 86-92). A este respecto, por ejemplo, se propone modificar la normativa para reducir los plazos de tramitación y aprobación de la cuenta general de las entidades locales, así como para homogeneizar los plazos de rendición de cuentas generales de las entidades locales al Tribunal de Cuentas y, en su caso, al órgano

equivalente de la comunidad autónoma. Asimismo, «[s]e recomienda adoptar las medidas oportunas para que el presupuesto de las entidades locales constituya un instrumento efectivo de planificación, gestión y control de la actividad económico-financiera de las entidades del sector público local, procurando su aprobación y liquidación dentro de los plazos previstos legalmente» (p. 88).

Por otro lado, se deben citar diversos informes relativos a la fiscalización de las entidades locales. Concretamente, entre otros, destacan el *Informe núm. 1.555, de 20 de diciembre de 2023, de fiscalización del cumplimiento de las entidades locales de las obligaciones de rendición de cuentas y remisión de información anual al Tribunal de Cuentas, ejercicio 2022*; el *Informe núm. 1.554, de 20 de diciembre de 2023, de fiscalización de las actuaciones realizadas por los ayuntamientos de municipios capitales de provincia en relación con las dotaciones económicas asignadas a los grupos municipales, ejercicio 2022*; el *Informe núm. 1.553, de 20 de diciembre de 2023, de fiscalización de los contratos adjudicados por las sociedades mercantiles municipales que gestionan el transporte colectivo urbano de viajeros en autobús, en los municipios con más de 300.000 habitantes, ejercicio 2021*; el *Informe núm. 1.552, de 20 de diciembre de 2023, de fiscalización del Plan de Reactivación económica y social, Diputación Suma+, de la Diputación Provincial de Badajoz, ejercicios 2020 a 2022*; el *Informe núm. 1.541, de 30 de noviembre de 2023, de fiscalización de la situación financiera de determinados ayuntamientos de municipios de más de 100.000 habitantes con un elevado nivel de endeudamiento en los ejercicios 2020 y 2021*; el *Informe núm. 1.539, de 26 de octubre de 2023, de fiscalización de seguimiento de las recomendaciones del Informe de fiscalización de la Mancomunidad de Los Alcores para la gestión de los residuos sólidos urbanos, ejercicios 2017 a 2019*; el *Informe núm. 1.529, de 27 de julio de 2023, de fiscalización del control municipal sobre la prestación de los servicios de limpieza viaria, recogida y tratamiento de residuos y mantenimiento de parques y jardines de los Ayuntamientos de municipios de población entre 50.000 y 100.000 habitantes de Comunidades Autónomas sin órgano de control externo propio, ejercicio 2021*, y el *Informe núm. 1.528, de 27 de julio de 2023, de fiscalización de los planes antifraude aprobados por las entidades locales que participan en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*.

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 2023 de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid*, aprobada por Acuerdo del Consejo de la Cámara de Cuentas de 31 de enero de 2024. En la misma, se recoge el Programa de Fiscalizaciones para el año 2023, 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 2023, se emitieron 14 informes, encontrándose en curso un total de 18 fiscalizaciones al término de este.

Resultan de especial interés, el *Informe de fiscalización de las Cuentas de las Corporaciones Locales, ejercicio 2021 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 2021*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 31 de mayo de 2023*. Este informe tiene por objeto fijar y analizar las Cuentas Generales del ejercicio 2021 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, el mencionado informe trata 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, pretende 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. 1.530, de 27 de julio de 2023, de fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2021*).

El citado informe pone de relieve que, en el ejercicio 2021, la rendición de cuentas es muy similar a la del ejercicio 2020 (pp. 10-11, gráfico 1, *vid. Anuario de Derecho Municipal 2021*, p. 373). Concretamente, en el ejercicio 2021, un total de 153 entidades locales (ayuntamientos, mancomunidades y entidades locales menores, incluyendo los entes dependientes y los entes adscritos) presentaron su cuenta dentro del plazo establecido, además 49 entidades locales la presentaron fuera de plazo y 22 cuentas generales seguían pendientes de presentación a fecha de 31 de diciembre de 2022 (*vid. cuadro II.1, pp. 9-10*). Todo ello supone que un 68,30 por 100 del total de las entidades locales remitió la cuenta anual en el plazo previsto, lo que se traduce un ligero aumento respecto del ejercicio anterior, en el que ese porcentaje alcanzó el 67,77 por 100 (*vid. Anuario de Derecho Municipal 2019*, p. 373). Asimismo, a fecha de cierre para la elaboración del informe, la cifra de presentación se elevaba hasta el 90,18 por 100 respecto del 84,89 por 100 del ejercicio anterior.

En consecuencia, a fecha de cierre del informe, debe destacarse que, en el ejercicio 2021, se mantiene el nivel de rendición de la cuenta general de las entidades locales respecto de los ejercicios precedentes (conclusiones, pp. 108-109). En concreto, en términos generales, se debe tener en cuenta 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, a 194 en 2020 y a 202 en 2021. 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)» (p. 109).

En cuanto a los aspectos más relevantes del informe, se debe hacer mención de los resultados de la fiscalización de las cuentas generales del ejercicio 2021 (pp. 84 y ss.). En total, cinco ayuntamientos y una mancomunidad no aprobaron la cuenta general por el Pleno de la Corporación, un ayuntamiento no remitió el documento debidamente rubricado por el cuentadante o la persona autorizada y nueve ayuntamientos y dos mancomunidades no enviaron el certificado de aprobación de forma correcta. En cuanto al

presupuesto, a fecha 1 de enero de 2021, 128 ayuntamientos y 20 mancomunidades no tenían su presupuesto general aprobado, pues el mismo fue aprobado fuera de plazo (art. 169.2 TRLRHL).

Respecto de las incidencias en los documentos contables de las cuentas generales del ejercicio 2021, el informe las clasifica, como en ejercicios anteriores, en diversas tipologías (pp. 89-95). 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 68 ayuntamientos, 14 organismos autónomos y cinco mancomunidades reflejaban saldo en las cuentas de amortización acumulada (p. 90). Además, el informe incide en el hecho de que «[n]o todos los ayuntamientos realizan la oportuna dotación a la amortización de los bienes amortizables y, en consecuencia, 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, p. 111).

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 conceptos desglosados (es decir, el total no cuadra con las partidas desglosadas) y la falta de coincidencia de los datos con los contenidos en otros estados, balance de situación y cuenta de resultado económico patrimonial (p. 90).

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. 90). En cuanto a las incidencias en el remanente de tesorería, se destaca 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. 90-91). Además, 27 ayuntamientos tenían en sus cuentas un resultado presupuestario ajustado negativo (p. 111). 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. 92-95).

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 la fiscalización de las tasas y precios públicos de los ayuntamientos de municipios de la Comunidad de Madrid de población comprendida entre 180.000 y 220.000 habitantes. Ejercicio 2021*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 28 de diciembre de 2023*; el *Informe de fiscalización de los planes antifraude aprobados por las entidades locales de la Comunidad de Madrid que participen en la ejecución de las medidas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo 30 de junio de 2023*; el *Informe de fiscalización del control interno de los ayuntamientos de la Comunidad de Madrid, ejercicios 2019 y 2020. Análisis del estado de las unidades de intervención y revisión de la muestra de acuerdos contrarios a reparos, omisiones de fiscalización y anomalías de ingresos para ayuntamientos con más de 20.000 habitantes*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 30 de marzo de 2023*; y el *Informe de fiscalización de determinadas áreas del Ayuntamiento de Coslada y sus entidades dependientes. Ejercicio 2020*, aprobado mediante el *Acuerdo del Consejo de 28 de febrero de 2023*.

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.º 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, no ha habido ningún pronunciamiento judicial del TS que se refiriera directamente a la responsabilidad contable. Sin embargo, sí se ha de reseñar la *STS de 28 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5524)*, indirectamente relacionada con este ámbito, en la que se resolvió el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Portuaria de A Coruña contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El origen del pleito se encuentra en una solicitud de información a la Autoridad Portuaria de A Coruña, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, referente a la actuación de la empresa Dragados. Ante la falta de respuesta, se formuló escrito de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que dictó resolución en la que estimó las reclamaciones presentadas. Ante esto, la Autoridad Portuaria de A Coruña interpuso recurso contencioso administrativo, que desestimó el Juzgado Central

de lo Contencioso-Administrativo. Frente a esta sentencia, se interpuso el recurso de apelación que también fue desestimado y cuya sentencia dio origen al presente recurso de casación.

Tras lo anterior, se dictó un auto por el que se apreció que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que presentaba este asunto consistía en determinar si la existencia de «normativa procesal que regula la petición y solicitud de prueba documental en los procedimientos judiciales supone un obstáculo para la aplicación de la Ley de Transparencia en relación con documentos solicitados a una Administración por el interesado y parte procesal en un procedimiento judicial, con la finalidad de aportados a dicho proceso en defensa de sus pretensiones contra dicha Administración». El citado auto consideró igualmente de interés casacional, en caso de que la respuesta a la cuestión anterior fuera negativa, «interpretar el límite del derecho de acceso a la información contemplado en el art. 14.1.f) de la Ley de Transparencia, en relación con solicitudes de información cuya finalidad es su aportación a procesos abiertos contra la Administración a la que se solicita la información».

En su argumentación, la recurrente parte del que considera un hecho no controvertido en el presente procedimiento: que el interés del solicitante en acceder a la información interesada es la utilización de la información y documentación que se le facilite en un procedimiento de responsabilidad por alcance, seguido ante la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas, en el que intervenía como parte, frente a la Autoridad Portuaria de A Coruña o al personal que está siendo sometido a enjuiciamiento. Sin embargo, el TS, al igual que había ocurrido en las instancias anteriores, entiende que no se puede considerar como un hecho no controvertido, al no haber sido debidamente acreditado, que el propósito del solicitante de la información fuera el de aportarla al procedimiento seguido ante el Tribunal de Cuentas.

En definitiva, se fija el siguiente criterio por parte de la Sala: la existencia de la «normativa procesal que regula la petición y presentación de la prueba documental en un procedimiento judicial, como los arts. 56 LJCA y 286 LEC, no constituye por si sola ningún obstáculo para la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en relación con la solicitud por el interesado de acceso a la información pública a una Administración, con la finalidad de aportarla a un procedimiento en defensa de sus pretensiones contra dicha Administración, todo ello sin perjuicio, naturalmente, de las causas de inadmisión y límites al derecho de acceso que contempla la citada Ley 19/2013».

De acuerdo con los anteriores razonamientos, se desestimó el recurso de casación, sin imposición de costas.

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 mencionar la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribu-*

nal de Cuentas de 1 de marzo de 2023, rec. 30/2022, que resolvió el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal y un empleado del Patronato Municipal de Deportes de Torremolinos (Málaga), interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se estimó la responsabilidad contable por alcance del ahora apelante.

Los hechos que dieron lugar a la declaración de responsabilidad se resumen en la realización, como encargado de la recaudación del citado patronato, de un alto número de devoluciones de cuotas sin que constara la justificación de estas y sin seguir procedimiento administrativo alguno. De hecho, consta que los servicios relativos a las mencionadas devoluciones fueron efectivamente prestados.

La fiscalía funda su recurso en la existencia, a su juicio, de un alcance continuado en los fondos públicos, que implicaría rechazar la prescripción de determinados hechos que fue declarada en la instancia. Subsidiariamente, también se solicita que debiera estimarse la prejudicialidad penal, habida cuenta de que los hechos son objeto de conocimiento por la jurisdicción penal. A este respecto, la Sala no comparte el criterio adoptado por el órgano de primera instancia, al resolver sobre la prescripción de las responsabilidades contables objeto de enjuiciamiento por el mismo, sin haber contado con un previo pronunciamiento penal. Teniendo en cuenta que el art. 17.2 LOTCu excluye la competencia de la jurisdicción contable para conocer de las cuestiones prejudiciales penales que constituyan «elemento previo necesario para la declaración de la responsabilidad contable», la sentencia recurrida al excluir la prejudicialidad incurre en el error de primar un elemento procedimental sobre un elemento sustantivo —el régimen de prescripción— y, por tanto, de existencia de responsabilidad contable. En este sentido, la sentencia objeto de este recurso de apelación ha declarado prescritos unos hechos por los que también se tramitan, en vía jurisdiccional penal, diligencias previas y tales hechos son determinantes de un régimen de prescripción que habría llevado a no declarar prescrita la responsabilidad contable como ha proclamado la sentencia de instancia. Asimismo, al no existir una resolución penal firme que se pronuncie al respecto, es requisito inherente a la aplicación del apartado cuarto de la disposición adicional tercera de la LFTCu la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, ya que la suspensión constituye el único modo de poder confirmar y asegurar que un hecho «que ofrezca apariencia de delito [...] perseguible de oficio», pueda ser, en su caso, por quien tiene jurisdicción y competencia para ello, declarado «constitutivo de delito» de manera formal y efectiva.

En consecuencia, se estimó el recurso de apelación interpuesto, se declaró la existencia de una cuestión prejudicial penal y, por tanto, no se entró a conocer de los demás motivos aducidos en los recursos, por no haber lugar a verificar pronunciamiento alguno sobre ellos. En su virtud, se revocó la resolución recurrida, debiendo suspenderse el procedimiento por prejudicialidad penal hasta tanto se acredite que la causa penal ha terminado por resolución firme o se pudiera encontrar paralizada por motivos que impidan su normal continuación, sin imposición de costas.

Igualmente, se ha de dar noticia de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 22 de marzo de 2023, rec. 36/2022*, 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 Ministerio Fiscal, que declaró la responsabilidad contable directa por alcance en los fondos de una sociedad municipal del Consejo Comarcal de El Barcelonés, tras el otorgamiento de una indemnización a una trabajadora ausente de justificación.

En síntesis, el apelante, que había sido gerente y consejero delegado de la mencionada sociedad municipal, en primer lugar fundamenta su pretensión en que la sociedad era de naturaleza privada y no se sometía a la contabilidad pública. En este sentido, la Sala recuerda su constante criterio sobre la competencia de la jurisdicción contable para enjuiciar la posible existencia de responsabilidad de las sociedades mercantiles de ámbito local, dejándose establecido que el Tribunal de Cuentas no fiscaliza y enjuicia a las personas y entidades sometidas al Derecho público, sino a las personas y entidades que manejen bienes, caudales o efectos públicos, sean estas personas públicas o privadas y ya estén sometidas en el ejercicio de su actividad al Derecho público o al Derecho privado. Así, «el factor determinante de la competencia del Tribunal de Cuentas no es la naturaleza de la persona o entidad fiscalizada o enjuiciada o la rama del Derecho por la que se rijan, sino la naturaleza de los bienes, caudales o efectos que recaude, intervenga, administre, custodie, maneje o utilice dicha persona. Dado que en el presente caso nos encontramos ante una sociedad mercantil en la que su capital está constituido íntegramente por fondos públicos —según se ha encargado de precisar la propia parte recurrente—, conforme a la línea doctrinal que se acaba de exponer, resulta indubitada la jurisdicción y competencia de este Tribunal de Cuentas para conocer del caso sometido a su enjuiciamiento» (FD 6.º).

A continuación, el apelante aduce una equivocada apreciación de la prueba en la instancia, que rechaza la Sala al entender que la valoración de la prueba y las conclusiones alcanzadas por el órgano *a quo* son correctas. Asimismo, contra lo pretendido por el apelante, entiende que se dan cita los requisitos necesarios para la declaración de responsabilidad contable, a saber: menoscabo económico de fondos públicos; acción u omisión atribuible a una persona que tenga la condición de cuentadante; concurrencia del elemento subjetivo (dolo o culpa) y el necesario nexo causal.

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 31 de mayo de 2023, rec. 29/2022*, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la que fuera directora del negociado de administración de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia, S. A. U., contra la sentencia de instancia en la que fue declarada responsable contable directa por alcance en los fondos de la empresa señalada.

Los hechos que dieron lugar a la condena fueron la remisión, sin informar a sus superiores, de documentos que permitieron la falsificación de firmas y órdenes de pago

con la consecuencia de la realización de ocho transferencias de elevada cuantía a una cuenta en Hong Kong, a nombre de sociedades desconocidas para la citada empresa.

En cuanto a los concretos motivos del recurso, la apelante alega la concurrencia de la excepción procesal de falta de legitimación pasiva. Sin embargo, la Sala mantiene el criterio expresado por el consejero de cuentas, en el sentido de que, independientemente del carácter de la trabajadora, la condenada intervenía en la disposición de los depósitos de la entidad y realizaba tareas comprendidas, sin lugar a duda, en la administración y gestión de efectos y caudales públicos, convirtiéndola en cuentadante de estos. A continuación, contra las pretensiones del apelante, también confirma la Sala la corrección de la valoración de las pruebas y la motivación expuesta, así como en la suficiente justificación que se realizó en la instancia en relación con los elementos configuradores de la responsabilidad contable.

En virtud de lo anterior, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, con imposición de costas a la recurrente.

Se ha de advertir de la formulación de un voto particular disidente, que se funda en la discrepancia acerca de la condición de cuentadante de la demandada. En síntesis, la consejera que firma el voto entiende que, de acuerdo con la doctrina del TS y del propio Tribunal de Cuentas al respecto, la condenada no puede ser considerada como gestora de fondos públicos ya que su labor consistía en la preparación de la documentación necesaria para realizar la transferencia bancaria que, sin embargo, no autorizaba ella. Esto es, llevaba a cabo una labor administrativa más o menos cualificada relacionada con la documentación y su preparación, lo que es muy diferente a una labor de disposición y de administración de fondos o caudales. Asimismo, considera que hubo un engaño que ocasionó el error de la demandada que, a juicio de la consejera discrepante, tampoco puede ser considerado como la causa eficiente del daño. En consecuencia, sostiene que la apelante carece de legitimación pasiva al no ostentar la condición de cuentadante y que, aun cuando lo fuera, no hay relación de causalidad porque el resultado no es imputable a su conducta, por lo que habría procedido la estimación del recurso de apelación interpuesto.

Igualmente, merece también ser comentada la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 12 de julio de 2023, rec. 39/2022*, que resolvió el recurso de apelación formulado por los que fueran alcalde e interventor del Ayuntamiento de Guaro (Málaga), interpuesto contra la sentencia dictada por la consejera de cuentas en la que se declaró su responsabilidad contable directa en relación con los intereses devengados por la devolución de determinadas cantidades, como consecuencia de la inexecución de un convenio urbanístico.

En cuanto a los argumentos de los recurrentes, uno de los principales se refiere a la posible incongruencia de la sentencia de instancia. En particular, consideran que la resolución impugnada, al cifrar el principal del alcance en los intereses generados como consecuencia de no haberse devuelto a las sociedades los aprovechamientos del convenio urbanístico cuando fueron solicitados, incurre en incongruencia, porque:

a) resuelve fuera del límite de las pretensiones de las partes, y b) no ha sido objeto de debate procesal la fundamentación jurídica que establece la sentencia, en virtud de la cual «los intereses se han generado por no haber procedido a la devolución de las cantidades cuando fue solicitado por las mercantiles». Por su parte, la Sala estima este argumento toda vez que, para condenar al pago de los intereses generados desde que las sociedades urbanísticas solicitaron la devolución de las cantidades anticipadas en virtud del convenio suscrito, hubiera sido preciso que la resolución apelada condenara al principal del alcance y a los intereses de este en concordancia con lo solicitado en las respectivas demandas. La resolución recurrida, al condenar al pago de los intereses que las sociedades habían solicitado en la demanda ejecutiva presentada en la vía contencioso-administrativa, introdujo un hecho nuevo, porque la apertura de la vía contencioso-administrativa, base de la condena por alcance de la sentencia recurrida, figura en la demanda presentada por el Ayuntamiento de Guaro únicamente como un elemento del que derivar el *dies a quo* del plazo de la prescripción. Así, a juicio de la Sala, la condena al pago de los intereses solicitados en la demanda ejecutiva presentada por las sociedades en la vía contencioso-administrativa infringió el principio de contradicción, modificó los términos del debate procesal, y produjo indefensión a los demandados, que no tuvieron conocimiento del alcance de la controversia y no pudieron actuar adecuadamente en defensa de sus intereses.

En consecuencia, se estimaron los recursos de apelación interpuestos, de modo que se desestimaron las demandas de responsabilidad contable por alcance, sin imposición de costas.

Asimismo, cumple referirse a la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 11 de julio de 2023, rec. 2/2023*, que resolvió el recurso de apelación formulado por el que fuera tesorero del Ayuntamiento de La Oliva (Las Palmas), interpuesto contra la sentencia dictada por la consejera de cuentas en la que se declaró su responsabilidad contable directa en relación con la defectuosa llevanza de la contabilidad del municipio.

Frente a la argumentación del recurrente, la Sala recuerda la doctrina según la cual, la técnica de reproducir las alegaciones realizadas en la instancia no es, en general, un modo de actuación jurídicamente aceptable y permitiría rechazar, sin más, el planteamiento de la parte apelante, según ha sostenido el TS y así lo ha mantenido la Sala de Justicia. No obstante, da pormenorizada respuesta a cada una de las alegaciones relativas a la defectuosa apreciación de la prueba realizada en la instancia, así como a la posible situación de indefensión vivida. Todos los reproches son rechazados salvo el último, relativo a la condena en costas en la instancia. En efecto, dado que la sentencia de primera instancia había cifrado el principal del alcance ocasionado en el Ayuntamiento de La Oliva en menos de la mitad de la cantidad en la que lo cifraban los demandantes, resulta incontrovertible que las demandas del Ayuntamiento de La Oliva y del Ministerio Fiscal fueron estimadas parcialmente, y que el demandado no vio rechazadas todas sus pretensiones de oposición a dichas demandas, ya que finalmente vino obligado a soportar una sentencia de condena, pero por un importe económico sensiblemente inferior (menos

de la mitad) a lo solicitado por ambos demandantes. En definitiva, debe concluirse que, en relación con las costas de la primera instancia, no resultaría de aplicación el criterio del vencimiento que se regula en el art. 394.1 LEC. Por el contrario, habiendo sido estimadas parcialmente las demandas del Ayuntamiento de La Oliva y del Ministerio Fiscal por la consejera de instancia, procede que, de acuerdo con lo previsto en el art. 394.2 LEC, cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse que haya litigado con temeridad ninguna de ellas.

En su virtud, se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto, de modo que se corrigió la sentencia de instancia en lo referido a la condena en costas, liberando al recurrente del pago de estas.

Del mismo modo, se debe dar noticia de la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 11 de julio de 2023, rec. 5/2023*, que resolvió el recurso de apelación formulado por la que fuera alcaldesa del Ayuntamiento de La Taha-Pitres (Granada), interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se declaró su responsabilidad contable directa, así como del secretario-interventor del municipio.

Los hechos que dieron lugar a la declaración de la responsabilidad fueron la renovación de determinadas pólizas de créditos, contraviniendo la normativa presupuestaria. En síntesis, la Sala, tras recordar la naturaleza y límites procesales del recurso de apelación, aborda el primer argumento de la recurrente, consistente en la pretendida infracción de los arts. 18 LOTCu y 49.3 LFTCu. Esta infracción es rechazada por la Sala en aplicación tanto de la doctrina del TC, como la de la Sala de Justicia, en relación con la compatibilidad de jurisdicciones, manteniendo la competencia exclusiva del Tribunal de Cuentas para conocer de la responsabilidad civil cuando los hechos delictivos son también constitutivos de responsabilidad contable.

Acto seguido, respecto a la alegación de *mutatio libelli* realizada por el Ministerio Fiscal para oponerse al recurso de apelación, se atiende a la doctrina reiterada del TS distinguiendo entre lo que es una mera argumentación jurídica nueva, para desde ella efectuar la crítica a la sentencia apelada, y lo que auténticamente es una cuestión nueva y que, como tal, cambia cualitativamente la pretensión y que debe llevar a su inadmisión y en este supuesto no concurre. Posteriormente, en lo tocante a la alegación relativa al error en la valoración de la prueba, se desestima el motivo de apelación, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida por el TC y por el TS. Por último, la Sala analiza sistemáticamente la existencia de los requisitos concurrentes en la apreciación de responsabilidad contable por alcance, particularmente los daños derivados de la conducta antijurídica y culposa de los demandados, producidos por unas operaciones de crédito al margen de la legalidad material y formal que era exigible, sin control por los órganos de supervisión competentes.

En consecuencia, se desestimó el recurso interpuesto así como la solicitud de subsanación y complemento de la sentencia de instancia, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Cabe referirse también a la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 12 de julio de 2023, rec. 11/2023*, que resolvió el recurso de apelación formulado el Ministerio Fiscal, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se desestimó la responsabilidad contable directa de los que fueran alcaldesa y secretario-interventor del Ayuntamiento de Canyelles (Barcelona).

Los hechos que dieron lugar a la declaración del alcance fueron la percepción de determinadas indemnizaciones por asistencia a actos/órganos, cuya legalidad había sido puesta en duda. En la sentencia de instancia estas retribuciones por asistencia a reuniones fueron dadas por probadas y correctas. Sin embargo, la Fiscalía funda su recurso en una doble argumentación: i) infracción de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, y ii) cuestionamiento de la valoración judicial de la prueba llevada a cabo en la instancia.

En cuanto a lo primero, la Sala recuerda que el *onus probandi* debe distinguirse de la valoración probatoria, esto es, de la actividad judicial en búsqueda del convencimiento o del rechazo de un medio probatorio aplicando el sistema de valoración libre o tasado establecido por el legislador. Así pues, contrariamente a lo pretendido por el Ministerio Fiscal, la Sala aprecia que en el caso de autos no hay ausencia de prueba suficiente sobre los hechos controvertidos, sino que, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, la sentencia ha declarado que aquellos han quedado demostrados, por lo que carece de sentido denunciar un deficiente reparto de la carga de la prueba. En efecto, si se declara probada en la sentencia la celebración de las reuniones del denominado equipo de gobierno, no es posible aplicar al presente recurso, por contradictorio, la vulneración del art. 217 LEC.

En cuanto a lo segundo, considera la Fiscalía que la parcialidad y falta de idoneidad de la prueba documental y la testifical, al estar groseramente articuladas, deberían haberse reputado, de oficio, de nulo valor probatorio desde la sana crítica por la sentencia recurrida, y que su impugnación y la tacha de los testigos resultarían ociosas, pues, según alega, lo notorio, por definición, estaría exento de prueba. Sin embargo, la Sala sostiene que las alegaciones referidas por el Ministerio Fiscal sobre el error en la valoración de la prueba respecto a la veracidad de la celebración de las reuniones del equipo de gobierno del Ayuntamiento de Canyelles tampoco pueden ser estimadas, cuando en el caso de autos el recurrente no ha aportado medios de prueba que desvirtúen tal valoración o acrediten error patente en la misma, y además se encuentra amparada en la lógica, ciencia y experiencia del juzgador de primera instancia, esto es, en la sana crítica o lógica deductiva en que se debe fundar la sentencia, conforme al test de racionalidad que exige el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, y la consecuente valoración y motivación conforme al art. 120.3 CE y al art. 218.2 LEC.

En consecuencia, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Por último, se debe reseñar la *Sentencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 2 de noviembre de 2023, rec. 17/2023*, que resolvió el recurso de apelación formulado

por el que fuera interventor de una mancomunidad barcelonesa, interpuesto contra la sentencia dictada por la sección de enjuiciamiento en la que se le declaró responsable contable directo del alcance provocado en los fondos de la entidad local.

La sentencia de instancia consideró que el interventor de la mancomunidad, responsable de la fiscalización e intervención de la gestión económico-financiera y presupuestaria de la entidad, intervino de conformidad todos los pagos realizados por asistencias a las reuniones de las juntas de presidencia: tanto los que contaban con soporte documental justificativo, como aquellos otros que carecían de él, a los que no opuso reparo alguno, incumpliendo así los arts. 214 y ss. TRLHL.

La Sala comienza recordando que el recurso de apelación, como recurso ordinario, permite al tribunal de apelación la posibilidad de aplicar e interpretar normas jurídicas con un criterio diferenciado, tanto de las partes, como del órgano juzgador de instancia, y la de resolver confirmando, corrigiendo, enmendando o revocando lo decidido y recurrido, e incluso decidir lo mismo con fundamentación diferente, aunque siempre dentro del respeto al principio de congruencia y del límite de las pretensiones de las partes.

Así, en primer lugar se refiere al primer argumento del recurrente, en el que manifiesta que no consta debidamente acreditado en autos que pueda darse por bueno el cálculo contenido en la sentencia recurrida que determina que se abonó a la presidenta de la mancomunidad, por asistencias a juntas de presidencia no justificadas, el importe al que se contrae el alcance a los fondos públicos producido. Sin embargo, la Sala de Justicia, una vez examinada la sentencia de instancia así como la documentación obrante en las actuaciones, no puede compartir los argumentos alegados por el recurrente, ya que consta debidamente incorporado en autos el informe del interventor sobre las liquidaciones provisionales mensuales efectuadas a la entonces presidenta de la mancomunidad, en el que se pone de manifiesto el abono de determinadas cantidades sin ninguna justificación. El contenido del informe fue reflejado por la instructora en su acta de liquidación provisional y valorados por el consejero de instancia con arreglo a la sana crítica, en el conjunto de la prueba practicada.

En el segundo motivo del recurso, la parte apelante denuncia error en la valoración de la prueba practicada por el juzgador de instancia, al establecer que el interventor confeccionaba los decretos que ordenaban el pago de retribuciones. Sin embargo, la Sala no admite este argumento, al entender que el recurrente incurre en el error de identificar el término «conformar» con el de «confeccionar». Así, se sostiene que en ningún momento en la sentencia de instancia se han atribuido al interventor funciones de realización o de confección de los decretos, sino de conformación de estos, es decir de verificación, fiscalización e intervención de los documentos que validaron el pago de los mismos. Por consiguiente, no ha existido error en la valoración de la prueba.

En el tercer motivo se alega la inexistencia del requisito exigible de dolo o negligencia grave del recurrente en orden a declararle responsable contable directo del daño económico ocasionado a los fondos públicos. Frente a este argumento, la Sala recuerda

que intervino de conformidad todos los pagos realizados por asistencias a las reuniones de las juntas de presidencia, tanto los que contaban con soporte documental justificado como los que carecían de él, a los que no puso reparo alguno, lo que generó una apariencia de legalidad para el ordenador de pagos que dio lugar a que se realizaran unos pagos que no contaban con la justificación adecuada, lo que produjo una salida de fondos sin justificar y con ella, un menoscabo efectivo, individualizado y evaluable económicamente en los fondos públicos de la mancomunidad. Constatándose, de esta manera, que el recurrente no actuó con la diligencia que le era exigible como gestor de los fondos públicos, en sentido jurídico-contable y que tampoco adoptó las medidas de control correspondientes a la función que venía desarrollando, en aplicación del estatuto jurídico que imponía su obligación de control interno de los fondos de la entidad pública.

Por último, con carácter subsidiario, la parte apelante impugna la sentencia de instancia por apreciar su incongruencia respecto a las pretensiones que realizó la parte demandante —Ministerio Fiscal—. Sin embargo, la Sala también rechaza este argumento a al concluir que el consejero de instancia ha condenado parcialmente al apelante con absoluta sujeción a las reglas de exhaustividad y congruencia que deben presidir las sentencias en juicios que tienen por objeto la depuración de responsabilidades contables por alcance a los fondos públicos, ateniéndose siempre a las distintas pretensiones de las partes, valorando correctamente el acervo probatorio aportado al proceso, con arreglo a postulados de imparcialidad y de sana crítica, procediendo a dictar su resolución parcialmente estimatoria de la demanda interpuesta, con arreglo a las normas procesales oportunas. En consecuencia, la sentencia impugnada no incurrió ni en incongruencia *ultra petita*, ni en incongruencia *extra petita*, pues no concedió más de lo pedido ni cosa distinta de lo solicitado.

En su virtud, la Sala entiende que el recurso debe desestimarse, con expresa imposición de 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: J. AGUDO GONZÁLEZ, *El sistema de control económico-financiero de subvenciones*, Iustel, Madrid, 2023; S. BARRIO CARVAJAL, «Una aproximación práctica a una auditoría operativa», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 82, 2023, pp. 26-43; F. BLANCO SILVA, «La auditoría técnica como elemento de control externo de las administraciones públicas como avance de la auditoría operativa», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 62-73; J. M. CORDERO APARICIO, «Resiliencia *vs.* Eficiencia en el ámbito del control del gasto público», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 74-91; R. FERNÁNDEZ LLERA y S. REGO VILAR, «Órganos de control externo autonómicos y ejecución de fondos europeos: retos

en el periodo de programación 2021-2027», en J. HERNÁNDEZ MORENO y C. ARES CASTRO-CONDE (coords.), *Gobernanza y Administraciones territoriales para la próxima generación*, INAP, Madrid, 2023, pp. 165-200; J. M. LOZANO ALMANSA, J. M. FLÓREZ PARRA y A. M. LÓPEZ HERNÁNDEZ, «Auditoría pública y nuevas tecnologías de la información: una revisión sistemática de la literatura, primera parte (tendencias, metodologías y ámbitos geográficos)», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 82, 2023, pp. 88-103; E. ORELLANA HIDALGO y N. SALGUERO CARRETERO, «Aplicación práctica y principales dificultades de las auditorías operativas con enfoque evaluador», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 48-61; S. REGO VILAR, «El control interno local ante el espejo: reflexiones desde el control externo», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 82, 2023, pp. 104-115; D. SÁNCHEZ TOLEDANO, D. CARRASCO DÍAZ, J. SÁNCHEZ TOLEDANO e I. M.^a ÁLVAREZ JIMÉNEZ, «La contabilidad analítica y la transparencia en las entidades locales. Elementos esenciales para la delimitación del contenido de las memorias económicas recogidas en la Ley reguladora de las haciendas locales», *Revista Española de Control Externo*, núm. 73, 2023, pp. 116-137; B. SESMA SÁNCHEZ, «La depuración de la contratación administrativa irregular: cauces y efectos», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 134-153.

En lo que se refiere a la específica *función de fiscalización*, se ha de dar cuenta de las siguientes publicaciones: F. AGUAYO SERRANO, «Reducción de complejidad en la fiscalización plena —para asimilarla a la fiscalización limitada— y resolver su computación», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2023; D. CABEZUELO VALENCIA, «Ayuntamientos. Fiscalización relativa a la organización y los resultados del Control Interno, así como a las actuaciones de Control Financiero de los ayuntamientos, ejercicio 2020», *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, núm. 3, 2023, pp. 173-180; S. GARCÍA MARTÍNEZ y S. SILVESTRE DELGADO, «Las relaciones entre las secciones de Fiscalización y Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas desde el punto de vista del control externo», *Revista Española de Control Externo*, núm. 73, 2023, pp. 64-85; D. GARCÍA DEL POZO, «Fortaleciendo la fiscalización de las fundaciones públicas. *Flash audit* y supervisión continua», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 82, 2023, pp. 12-25; S. SALVAT MIRÓ y C. CASELLAS CANELA, «Las observaciones en los informes de fiscalización de requisitos básicos. Su utilización por el control permanente explicación de un modelo de gestión», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. extra 4, 2023.

En el ámbito particular de la *responsabilidad contable*, se ha de dar noticia de la publicación de los siguientes trabajos: I. SANTAPAU MARTÍ, «¿Qué responsabilidades tiene un funcionario que se apropió de ingresos en concepto de tasa municipal?», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 2, 2023; M. A. TORRES MORATO, «La responsabilidad conta-

ble», *Revista Española de Control Externo*, núm. 73, 2023, pp. 10-47; M. B. VILLAYERDE GÓMEZ, «Cuestiones en torno a la *mutatio libelli* y una referencia a la suspensión de plazos judiciales y administrativos tras la declaración del estado de alarma», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 197, 2023, pp. 259-278; *id.*, «Cuestiones en torno al amparo normativo del abono de retribuciones laborales o indemnizaciones por razón de servicio», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 198, 2023, pp. 253-273; *id.*, «La participación de terceros e incidencia en el concepto de responsabilidad contable», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 199, 2023, pp. 231-246; *id.*, «Sobre el menoscabo a los fondos públicos: su relación con el inicio del plazo de prescripción y la congruencia en el fallo de la sentencia», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 200, 2023, pp. 273-290.

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. SEÑALES DE ALARMA PARA EL MEDIO AMBIENTE. APLICACIÓN DEL «PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN» Y LITIGIOS CLIMÁTICOS.—2. NORMATIVA, ESTRATEGIAS Y OTRAS DECISIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE (2023): 2.1. Unión Europea. 2.2. Estado. 2.3. Ámbito autonómico. 2.4. Ayuntamiento de Madrid.—3. JURISPRUDENCIA: 3.1. Aguas: 3.1.1. Aguas residuales. 3.1.2. Vertidos. 3.2. Evaluación ambiental: 3.2.1. Evaluación ambiental adecuada. 3.2.2. Evaluación ambiental estratégica. Consulta a los municipios afectados en el procedimiento elaboración Plan Energía Eléctrica. 3.3. Espacios protegidos: 3.3.1. Uso de drones en un Espacio Protegido. 3.3.2. Ciclismo de montaña. 3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia: 3.4.1. Convenio de Aarhus. Concepto de Derecho ambiental. 3.4.2. Acceso a la información. Asociación vecinal. 3.4.3. Información ambiental. Excepciones. 3.4.4. Acceso a la información ambiental. Silencio administrativo. 3.5. Miscelánea: 3.5.1. Acceso a la electricidad verde. 3.5.2. Prorroga de las concesiones en el demanio marítimo-terrestre: el caso de la fábrica de ENCE en la ría de Pontevedra. 3.5.3. Hidrocarburos. «Doñana». 3.5.4. Ruido. Demanda actividad eficaz de la administración municipal.

* This article has benefited from Project N. 101086202 («Speak4Nature: Interdisciplinary Approaches on Ecological Justice»), HORIZON-MSCA-2021-SE-01, funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the EU nor the granting authority can be held responsible for them.

1. SEÑALES DE ALARMA PARA EL MEDIO AMBIENTE. APLICACIÓN DEL «PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN» Y LITIGIOS CLIMÁTICOS

En 2023 se produjeron desastres naturales como calor extremo, inundaciones, e incendios forestales. Según los datos del Servicio de Cambio Climático de Copernicus (C3S) de la Unión Europea 2023 fue el año más caluroso desde que se empezaron los registros en 1850. La temperatura subió 1,48 °C de media con respecto a antes del inicio de la Revolución Industrial. Este aumento de temperatura se acerca peligrosamente al límite que según los científicos no deberíamos superar. Según un estudio del Servicio de Cambio Climático Copernicus, los catastróficos incendios forestales de Canadá emitieron 410 millones de toneladas de dióxido de carbono a la atmósfera, aproximadamente el equivalente a las emisiones de México en 2021 y no muy lejos de los 546 millones de toneladas que la propio Canadá emitió como resultado de la actividad humana en 2022.

La conferencia sobre el cambio climático COP28 concluyó en diciembre con el compromiso de triplicar la capacidad de las energías renovables para 2030. El acuerdo de la COP28 pretende marcar el fin de la era de los combustibles fósiles. De igual forma, en la COP28 se puso en marcha el Fondo de Pérdidas y Daños, que ayudará a las comunidades vulnerables al clima de los países en desarrollo a hacer frente a las consecuencias del cambio climático.

La apuesta por la aceleración del despliegue de energías renovables llevó a la Unión Europea a la reforma de la Directiva de energías renovables 2022/0160/UE (COD), como parte del plan REPowerEU, así como el Reglamento del Consejo de Europa 2022/2577, con la regulación de una reducción alarmante de las garantías preventivas de la evaluación ambiental sin precedentes en la UE al considerar las infraestructuras de energía renovable como de interés público superior. Sobre esta relajación en la normativa ambiental un muy representativo grupo de científicos españoles, liderados por el Centro Internacional de Estudios en Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT), han publicado un trabajo de referencia en el que advierten que la relajación de la normativa ambiental provocan una regresión de la normativa ambiental no justificada al no haber tenido en cuenta otros valores existentes, el impacto ecológico, así como la existencia de otras alternativas posibles para el despliegue de energías renovables, que no han sido suficientemente desarrolladas. En este trabajo se hace referencia a diversos trabajos científicos que demuestran cómo el impacto de estas infraestructuras, debido a su ubicación «pueden erosionar la viabilidad de poblaciones enteras de especies amenazadas, como lo demuestra la alta mortalidad de aves en parques eólicos, la pérdida de hábitat provocada por plantas solares en suelos marginales de bajo costo y alto valor ecológico, entre otras».

Sobre esta cuestión, consúltense: C. J. DURÁ-ALEMAÑ *et al.*, «Climate change and energy crisis drive an unprecedented EU environmental law regression», *Conservation Letters*, mayo de 2023, pp. 1-3.

Precisamente, con el fin de descartar un posible retroceso en el progreso mundial de las leyes ambientales, la Cumbre Río+20 en 2012 acuñó el «principio de no regresión»:

la regulación no debe ser revisada si esto significa retroceder en los niveles de protección ambiental alcanzados anteriormente.

Sobre la aplicación del principio de no regresión y la implantación de parques de energía renovable se han dictado en 2023 dos sentencias muy relevantes entre las que destacan las STSJ de Aragón, de 2 de febrero de 2023, y la STSJ de Cataluña, de 30 de marzo de 2023. Así la STS de 22 de marzo de 2023 afirma que: «El principio de no regresión o cláusula Standstill se ha consolidado como instrumento eficaz para evitar la supresión o relajación del nivel de protección otorgado por el Derecho medioambiental a determinados espacios naturales que pueden producir daños ambientales de carácter irreversible. Dicho principio es una obligación que se impone a los Poderes Públicos de no modificar o suprimir los estándares de protección ambiental que supongan una disminución del nivel de protección establecido, lo que no significa que no puedan modificarse tales estándares, petrificando la normativa, sino que para ello se exige una justificación reforzada o especial motivación de las innovaciones del planeamiento que incidan sobre espacios especialmente protegidos. Este principio de no regresión —no positivizado— y que, se ha dicho que encuentra su apoyo en el art. 45 CE y en el art. 3 y concordantes de la Ley del Suelo de 2015— constituye un límite de la actuación de los Poderes Públicos, en especial de su potestad de planeamiento territorial y urbanístico, que, además actúa como parámetro de validez de las actuaciones que incidan en materia medioambiental (FJ 2.º)». Se trata de una destacada sentencia del Alto Tribunal que consigue otorgar al principio de no regresión un significado que permite su adaptación y revisión de acuerdo con las circunstancias concretas atendiendo al riesgo en el que se encuentra el bien jurídico medio ambiente en atención al nivel de protección aplicable. No podemos olvidar que el principio de no regresión está recogido como principio rector en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética [art. 2.1)].

Sobre estas cuestiones pueden consultarse las siguientes aportaciones doctrinales: J. FRANQUESA, *Molinos y gigantes. La lucha por la dignidad, la soberanía energética y la transición ecológica*, Errata Naturae, Madrid, 2023, 512 pp.; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *Derecho de la energía europeo y cambio climático*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023, 800 pp.; J. NARBÓN FERNÁNDEZ, *Riesgo regulatorio y principio de confianza legítima en el ámbito de las energías renovables*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023, 595 pp.; F. SUNDBERK y A. DE SALAS, *Medio ambiente y derechos humanos en Europa*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2023, 416 pp.

De otro lado, ha de señalarse que el tema de 2023 para el Día Mundial del Medio Ambiente, 5 de junio, se centró en las soluciones a la contaminación por plásticos mediante la campaña #SinContaminaciónPorPlásticos. El país anfitrión para la edición de 2023 del Día Mundial del Medio Ambiente fue Côte d'Ivoire en colaboración con los Países Bajos. El medio marino es uno de los medios más afectados por los plásticos, y respecto a este medio ha de resaltarse que en marzo de 2023 se firmó un nuevo tratado de las Naciones Unidas para la altamar: Acuerdo bajo la Convención de las Naciones

Unidas sobre el Derecho del Mar sobre la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (BBNJ). Sobre esta materia, *vid.* M. MOZAK, «It's Time to Trash Consumer Responsibility for Plastics: An Analysis of Extended Producer Responsibility Laws' Success in Maine», *Sustainable Development Law and Policy*, vol. 23, núm. 1, 2023. Disponible en línea: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/sdlp/vol23/iss1/4/>; B. SORO MATEO, «El nuevo Derecho de los plásticos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 104-105, agosto-septiembre de 2023, pp. 98-107.

Y, para finalizar, se puede decir que el año 2023 ha sido un año en el que ha cobrado especial fuerza la lucha por la justicia climática. En febrero la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución que muchos defensores saludaron como un paso importante en la campaña por la justicia climática. Encabezada por Vanuatu, un país azotado por un ciclón, la resolución pide a la Corte Penal Internacional (CPI) que se pronuncie sobre si los países tienen la obligación legal de hacer frente al cambio climático y cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas de la inacción climática. La resolución se produce cuando un número creciente de personas de todo el mundo recurren a los tribunales para obligar a gobiernos y empresas a actuar contra el cambio climático. Un estudio del PNUMA, publicado a finales de año, reveló que las demandas relacionadas con el cambio climático (litigios climáticos) se han duplicado con creces desde 2017.

Precisamente, en 2023 en España se han dictado tres sentencias muy relevantes que se circunscriben en este contexto de los litigios climáticos: STS 3410/2023, de 18 de julio; Sentencia 1038/2023, de 18 de julio, y STS 3556/2023, de 24 de julio. Estas sentencias de nuestro Alto Tribunal se separan de los pronunciamientos de otros tribunales de países miembros de la Unión Europea y en aras del principio de «separación de poderes» no entran en el fondo del asunto. Por el contrario, los tribunales europeos que han entrado en el fondo del asunto han estimado que en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no se infringe el principio de separación de poderes si los Tribunales revisan los objetivos de mitigación en garantía de los derechos humanos (así el TS holandés, caso *Urgenda* y el TC alemán).

Bibliografía recomendada sobre la materia: R. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, A. DELGADO JIMÉNEZ y J. FARINÓS (dirs.), *Transición energética y construcción social del territorio ante el reto del cambio climático y el nuevo marco geopolítico*, Civitas, Madrid, 2023, p. 330; P. BRUFAO CURIEL, «Cuestiones jurídicas ambientales, territoriales y urbanísticas de las energías renovables y la eficiencia energética», en J. SUAY RINCÓN y F. J. BAUZÁ MARTORELL, *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el estado de derecho. Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, t. 1, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 597-620; M. P. CASTRO LÓPEZ, «España sigue siendo diferente: El tribunal supremo falla a favor del estado en los “juicios por el clima”», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 12, 2023; A. FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.), *Avances para una justicia sostenible*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023, 420 pp.; A. GARCÍA LUPIOLA, «Nuevas estrategias de la Unión Europea para abordar el doble reto de la crisis

climática y la dependencia energética», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 68, abril de 2023, pp. 33-67. Disponible en línea: <https://doi.org/10.18543/ced.2697>; M. GRAND-JEAN, «Nos maisons brûlent et le Gouvernement regarde toujours ailleurs: éléments pour un bilan à propos de l'efficacité de la justice administrative en matière climatique», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 48, núm. 1, 2023, pp. 87-103; F. LÓPEZ RAMÓN, *La nueva gobernanza climática*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2023, 78 pp.; A. M. MORENO MOLINA, *El derecho del cambio climático: retos, instrumentos y litigios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 596 pp.; J. M. RAMÍREZ CIRERA, «La litigación “climática” en España y el mundo: Taxonomía y potencial impacto en la actividad empresarial», en J. BATALLER GRAU *et al.* (dirs.), *Libro de actas del Congreso Internacional Sostenibilidad y Derecho del Sistema Financiero*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2023, pp. 24-28; G. SOZZO, «La litigación climática en el sur global», *Revista de Direito Ambiental*, vol. 28, núm. 109, enero-marzo de 2023, pp. 265-310; C. WARNOCK y B. J. PRESTON, «Climate Change, Fundamental Rights, and Statutory Interpretation», *Journal of Environmental Law*, vol. 35, núm. 1, marzo 2023, pp. 47-64. Disponible en línea: <https://doi.org/10.1093/jel/eqad002>; VVAA, *¿Por qué la crisis ambiental?*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2023, 350 pp.; K. ZAMBRANO GONZÁLEZ, *El Derecho internacional y europeo ante el desafío del cambio climático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 396 pp.

2. NORMATIVA, ESTRATEGIAS Y OTRAS DECISIONES EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE (2023)

2.1. Unión Europea

Directiva (UE) 2023/1791, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre, relativa a la eficiencia energética, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 2023/955.

2.2. Estado

Normas con rango de ley

— *Ley 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global.*

— *Ley 5/2023, de 17 de marzo, de pesca sostenible e investigación pesquera.*

— *Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.*

— *Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas.*

Normas con rango reglamentario

— *Real Decreto 2/2023, de 10 de enero, por el que se modifican el Real Decreto 1798/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula la explotación y comercialización de aguas minerales naturales y aguas de manantial envasadas para consumo humano, y el Real Decreto 1799/2010, de 30 de diciembre, por el que se regula el proceso de elaboración y comercialización de aguas preparadas envasadas para el consumo humano.*

— *Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro.*

— *Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tago, Guadiana y Ebro.*

— *Real Decreto 34/2023, de 24 de enero, por el que se modifican el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire; el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado mediante el Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre; y el Real Decreto 208/2022, de 22 de marzo, sobre las garantías financieras en materia de residuos.*

— *Real Decreto 150/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueban los planes de ordenación del espacio marítimo de las cinco demarcaciones marinas españolas.*

— *Real Decreto 159/2023, de 7 de marzo, por el que se establecen disposiciones para la aplicación en España de la normativa de la Unión Europea sobre controles oficiales en materia de bienestar animal, y se modifican varios Reales Decretos.*

— *Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.*

— *Real Decreto 787/2023, de 17 de octubre, por el que se dictan disposiciones para regular el sistema de trazabilidad, identificación y registro de determinadas especies de animales terrestres en cautividad.*

— *Real Decreto 445/2023, de 13 de junio, por el que se modifican los anexos I, II y III de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.*

— *Orden TED/646/2023, de 9 de junio, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los residuos termoplásticos sometidos a tratamientos mecánicos y destinados a la fabricación de productos plásticos dejan de ser residuo con arreglo a la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.*

— *Orden TED/834/2023, de 18 de julio, por la que se establecen los requisitos mínimos de tratamiento previo al depósito de residuos municipales en vertedero.*

— *Resolución de 23 de febrero de 2023, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, por la que se declaran las zonas sensibles en las cuencas intercomunitarias.*

2.3. Ámbito autonómico

Andalucía

- *Ley 3/2023, de 30 de marzo, de Economía Circular de Andalucía.*
- *Decreto-ley 2/2023, de 11 de abril, por el que se adoptan medidas en materia de emergencias y gestión, prevención y extinción de incendios forestales y se autoriza la creación de la Agencia de Seguridad y Gestión Integral de Emergencias de Andalucía.*
- *Decreto 232/2023, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Caza 2023-2033 (BOJA núm. 183, de 23 de septiembre de 2023).*
- *Acuerdo de 25 de julio de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia para una Minería Sostenible en Andalucía 2030 (EMSA 2030) (BOJA núm. 145, de 31 de julio de 2023).*

Aragón

- *Ley 6/2023, de 23 de febrero, de protección y modernización de la agricultura social y familiar y del patrimonio agrario de Aragón.*
- *Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón.*
- *Decreto-ley 1/2023, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes para el impulso de la transición energética y el consumo de cercanía en Aragón.*

Baleares

- *Ley 1/2023, de 7 de febrero, por la que se modifica la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO).*
- *Ley 3/2023, de 17 de febrero, de Menorca Reserva de Biosfera.*
- *Ley 10/2023, de 5 de abril, de bienestar para las generaciones presentes y futuras de las Illes Balears.*

Castilla-La Mancha

- *Ley 8/2023, de 10 de marzo, por la que se modifica la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.*
- *Decreto 37/2023, de 4 de abril, por el que se regula el procedimiento de declaración de inclusión o exclusión, en el inventario de árboles y ejemplares singulares de Castilla-La Mancha, así como su régimen de protección y los rodales de bosque próximos a la madurez forestal en Castilla-La Mancha.*
- *Decreto 45/2023, de 4 de mayo, por el que se regulan los fondos y los planes de mejoras de los montes catalogados de utilidad pública de Castilla-La Mancha.*
- *Decreto 56/2023, de 12 de junio, de la Ordenación de la Inspección Ambiental de Castilla-La Mancha.*

Castilla y León

- *Decreto-ley 2/2023, de 13 de abril, de Medidas Urgentes sobre Prevención y Extinción de Incendios Forestales.*

— *Decreto 5/2023, de 4 de mayo, por el que se regula la producción y gestión sostenible de los residuos de construcción y demolición en Castilla y León.*

Cataluña

— *Decreto 37/2023, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Observatorio del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.*

Extremadura

— *Ley 2/2023, de 22 de marzo, por la que se regulan determinados aspectos de la Red ecológica europea Natura 2000 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.*

Galicia

— *Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia.*

La Rioja

— *Ley 2/2023, de 31 de enero, de biodiversidad y patrimonio natural de La Rioja.*

— *Ley 5/2023, de 7 de marzo, por la que se modifica la Ley 2/2023, de 31 de enero, de biodiversidad y patrimonio natural de La Rioja.*

— *Decreto 12/2023, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan de Gestión del lobo (Canis lupus) en La Rioja y su coexistencia con la ganadería extensiva.*

— *Ley 10/2023, de 7 de agosto, de derogación de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja.*

Madrid

— *Orden 178/2023, de 27 de enero, por la que se crea la Sección de Biodiversidad del Consejo de Medio Ambiente mediante.*

— *Resolución de 23 de mayo de 2023, de la Dirección General de Biodiversidad y Recursos Naturales, por la que se determinan las líneas eléctricas aéreas de alta tensión existentes en zonas de protección aprobadas en la Comunidad de Madrid, que no se ajustan a las prescripciones técnicas establecidas en el Real Decreto 1432/2008, de 29 de agosto, por el que se establecen medidas para la protección de la avifauna contra la colisión y la electrocución en líneas eléctricas de alta tensión.*

Comunidad Foral de Navarra

— *Ley Foral 9/2023, de 22 de marzo, del Consejo Navarro de Medio Ambiente.*

— *Ley Foral 14/2023, de 5 de abril, del Impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables.*

País Vasco

— *Ley 11/2023, de 9 de noviembre, de movilidad sostenible de Euskadi.*

— *Ley 12/2023, de 23 de noviembre, de los servicios de prevención y extinción de incendios del País Vasco.*

— *Decreto Foral Normativo 1/2023, de 9 de mayo, del impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables.*

— *Decreto 80/2023, de 6 de junio, por el que se regula la composición del Consejo Asesor de Medio Ambiente, el procedimiento de designación de sus miembros, su organización y su funcionamiento.*

Principado de Asturias

— *Ley del Principado de Asturias 1/2023, de 15 de marzo, de Calidad Ambiental.*

— *Resolución de 28 de marzo de 2023, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se ordena la publicación en el BOPA de la Estrategia de Economía Circular del Principado de Asturias 2023-2030.*

— *Resolución de 30 de marzo de 2023, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se ordena la publicación en el BOPA del Plan Estratégico de Calidad del Aire del Principado de Asturias 2023-2030.*

— *Resolución de 12 de mayo de 2023, de la Consejería de Medio Rural y Cohesión Territorial, por la que se aprueba la Estrategia contra el Uso Ilegal de Veneno en el Principado de Asturias.*

— *Resolución de 31 de mayo de 2023, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se ordena la publicación en el BOPA de la Estrategia de Acción por el Clima del Principado de Asturias 2023-2030 (EAxCLIMA).*

Valencia

— *Ley 1/2023, de 8 de marzo, de la Generalitat, de creación de la Agencia Valenciana de Cambio Climático.*

— *Ley 2/2023, de 13 de marzo, de la Generalitat, de Protección, Bienestar y Tenencia de animales de compañía y otras medidas de bienestar animal.*

— *Ley 5/2023, de 13 de abril, de la Generalitat, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en la Comunitat Valenciana.*

— *Decreto 91/2023, de 22 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 3/1993, de 9 de diciembre, forestal de la Comunitat Valenciana.*

2.4. Ayuntamiento de Madrid

En noviembre de 2023 los gobiernos de los 27 países de la UE y los representantes del Parlamento Europeo acordaron las bases para la futura Directiva de calidad del aire en la que se establecerán los límites para los principales contaminantes atmosféricos, que se cobran cada año unas 300.000 vidas en la UE y alrededor de siete millones en todo el mundo. La futura Directiva contendrá una actualización de los límites para cada contaminante, que deberán cumplirse a partir de 2030. No obstante, esta mejora

todavía no igualará las últimas recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

En lo referente a la contaminación del aire de nuestras grandes ciudades ha de señalarse que los vehículos eléctricos poco a poco van ganando terreno, aunque las ventas en 2023 fueron inferiores a lo que esperaban los fabricantes de automóviles. Las ventas aumentaron un 43 por 100 en Estados Unidos y Canadá, y un 25 por 100 en China. En Madrid un 6,4 por 100 de coches son eléctricos. Madrid se sitúa a la cabeza en España, pero en la cola de Europa. Un porcentaje aún pequeño de coches eléctricos pero que contribuye junto con otros factores y medidas (como Zonas de Bajas Emisiones (ZBE) y su extensión progresiva en aplicación de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética) a que Madrid en 2023, por segundo año consecutivo, haya cumplido con los límites establecidos en la Directiva de Calidad del Aire. Ha de señalarse que, en 2023, París, Berlín, Roma, Londres o la ciudad de Barcelona incumplieron con los estándares europeos.

Sobre estas cuestiones, *vid.* las siguientes aportaciones doctrinales: T. BOUCHERIFI, «Qualité de l'air», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 48, núm. 2, 2023, pp. 470-471; O. BOUAZZA ARIÑO, «Emisiones contaminantes, riesgos para la salud y derechos humanos», en J. SUAY RINCÓN y F. J. BAUZÁ MARTORELL, *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el estado de derecho. Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, t. 2, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 779-786; L. CASADO CASADO, «Gobiernos locales y protección del medio ambiente en España. La protección de la calidad del aire como uno de los principales desafíos de las ciudades», *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 14, núm. 1, 2023. Disponible en línea: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/30797>; J. A. ESPAÑA PÉREZ, «El necesario impulso al vehículo eléctrico y su infraestructura de recarga en aras de la descarbonización», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 60, 2023, pp. 90-123. Disponible en línea: https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3721403; I. GONZÁLEZ RÍOS y C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ (dirs.), y S. TAVARES DA SILVA (coord.), *Transición energética y digital justa en el ámbito de los transportes*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 2.000 pp.; M. R. GUTIÉRREZ SANZ y M. ZUBIRI DE SALINAS (dirs.), *Sostenibilidad, movilidad y vulnerabilidad en el transporte. Una visión jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 336 pp.; E. MANZINI, *Habitar por proximidad: ideas para la ciudad de los 15 minutos*, Experimenta, Madrid, 2023, 186 pp.; J. J. RASTROLLO SUÁREZ, *Cities and Communities across Europe: Governance Design for a Sustainable Future*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023, 304 pp.; T. SCHELLENBERGER y R. SCHNEIDER, «Droit des pollutions et nuisances», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 48, núm. 2, 2023, pp. 391-408.

Sobre la calidad del aire en 2023 se han dictado sentencias muy destacables. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de marzo de 2023, asunto C-375/21, en la que por primera vez el TJUE se pronuncia sobre las excepciones puntuales que prevé la Directiva de emisiones industriales de 2010 al cumplimiento de los valores límite de emisión asociados a las mejores técnicas disponibles en los permisos de

funcionamiento (art. 15). Por su parte, la STS 4853/2023, de 2 de noviembre, analiza la legalidad de la Ordenanza relativa a la restricción de la circulación de determinados vehículos en la ciudad de Barcelona con el objetivo de preservar y mejorar la calidad del aire, aprobada por el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona en sesión de 20 de diciembre de 2019. Esta Ordenanza fue impugnada por considerarse desproporcionada la ZBE delimitada y las medidas restrictivas adoptadas. Como consecuencia de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona, el 27 de enero de 2023, aprobó una nueva Ordenanza por la que se fijan con un carácter más limitado los criterios de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos en la ZBE de Barcelona. En su Sentencia de 2 de noviembre el TS se pronuncia sobre la primera ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona declarando que *prima facie* no deben primar los derechos de movilidad y mercado sobre la protección del medio ambiente, no obstante, estima que no se ha podido valorar adecuadamente, a los efectos de la adopción de las concretas medidas adoptadas en la Ordenanza, su incidencia, porque no se han recabado por la Administración informes concluyentes a la hora de establecer las restricciones que se imponen y poder realizar una ponderación adecuada del balance de beneficios y costes propio de la proporcionalidad, barajando la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas.

Para finalizar, en esta materia de medio ambiente urbano hay que referenciar el Acuerdo de 29 de junio de 2023 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de organización y competencias del Área de Gobierno de Urbanismo, Medio Ambiente y Movilidad (BOAM núm. 9419, de 5 de julio de 2023). Sobre todo lo anterior, *vid.* A. QUINTÁ PASTRANA, «Medidas jurídicas para el desarrollo urbano sostenible y en favor de la economía circular», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023, pp. 103-118. Disponible en línea: <http://dx.doi.org/10.58992/rcdp.i66.2023.3994>; L. PRESICCE, *Los entes locales en la acción climática global: responsabilidades, retos y perspectivas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 472 pp.; M. MORA RUIZ, *De las Smart Cities a las Ciudades integradoras: propuestas socio-jurídicas para una administración local del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2023, 308 pp.; J. ORTEGA BERNARDO, «Las competencias de los Municipios ante el moderno Derecho de gestión de residuos: origen, evolución y recientes desafíos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 104-105, agosto-septiembre de 2023, pp. 66-75; G. SOTO MONTES DE OCA, «Los residuos sólidos urbanos, el cambio climático y la economía circular», *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 90, mayo-agosto de 2023, pp. 15-18. Disponible en <http://www.ceja.org.mx/IMG/Revista-90.pdf>.

3. JURISPRUDENCIA

3.1. Aguas

3.1.1. Aguas residuales

La STSJ de Madrid 1103/2023, de 2 de febrero, establece que el servicio público de depuración y saneamiento de aguas residuales de una Comunidad de Propietarios de una urbanización que se ubica entre dos términos municipales es competencia de la comunidad autónoma.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 7.^a) de 30 de noviembre de 2023, asunto C-328/22, condena a Eslovenia por incumplimiento en varias de sus aglomeraciones urbanas de las obligaciones de que las aguas residuales urbanas que entren en los sistemas colectores se sometan, antes de verterse, a un tratamiento secundario o a un proceso equivalente y un control adecuado de los vertidos de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas. No sólo el Reino de España es incumplidor de la Directiva de 1991 de saneamiento y depuración de las aguas residuales urbanas.

3.1.2. Vertidos

La STS 4344/2023, de 18 de octubre, determina a quién corresponde asumir la responsabilidad por vertidos derivados de una urbanización con obras de urbanización cuya recepción no se ha producido y declara la inexistencia de responsabilidad municipal por vertidos ilegales anteriores a la recepción de las obras de urbanización. Sobre la materia, *vid.* E. ÁVILA CANO, «Ayuntamientos y derecho humano al agua y al saneamiento», *Revista de Estudios Locales Cuna*, núm. 259, 2022, pp. 27-64; J. DOMÍNGUEZ SERRANO, «Gestión de los servicios públicos de agua y saneamiento durante la crisis sanitaria por Covid-19 en México», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 29, 2023, pp. 179-205. Disponible en línea: <https://doi.org/10.18601/21452946.n29.09>; J. MELGAREJO MORENO, M. I. LÓPEZ ORTIZ y P. FERNÁNDEZ ARACIL (coords.), *V Congreso Nacional del Agua: Libro de Actas*, Universidad de Alicante, Alicante, 2023, 227 pp., <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/137228>; I. RODRÍGUEZ FLORIDO, *Los servicios urbanos del agua y su organización administrativa: el debate sobre una autoridad reguladora*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra): 2023, 390 pp.

3.2. Evaluación ambiental

3.2.1. Evaluación ambiental adecuada

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 9.^a) de 7 de diciembre de 2023, asunto C-434/22, interpreta el art. 6.3 de la Directiva de Hábitats en relación con la exigencia

de evaluación adecuada, la consideración de proyecto a estos efectos y las obligaciones derivadas de su omisión y su exigibilidad.

En este mismo sentido, la STSJ de Murcia 538/2023, determina que: «Tal evaluación adecuada no es un mero acto administrativo formal, sino que deben proporcionar un análisis en profundidad acorde con los objetivos de conservación establecidos para el lugar de que se trate, tal y como se recogen en el citado art. 6, en particular en lo relativo a la protección de los hábitats naturales y de las especies prioritarios». Sobre esto *vid.* J. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Evaluación ambiental adecuada y Red Natura 2000: análisis sistemático de la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023, 256 pp.

3.2.2. *Evaluación ambiental estratégica. Consulta a los municipios afectados en el procedimiento elaboración Plan Energía Eléctrica*

La STS 3370/2023, de 17 de julio, contribuye a clarificar el alcance que debe darse al trámite de consultas a las Administraciones públicas afectadas previsto en el art. 19.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Esta sentencia deja claro que en la fase de planificación general en que se situaba el instrumento objeto de controversia (la planificación de la red de transporte de energía eléctrica Horizonte 2026) el citado art. 19.1 no impone la consulta a todos y cada uno de los Ayuntamientos que puedan resultar afectados por cualquiera de los proyectos que posteriormente se encuadren en el marco del citado instrumento de planificación. Por tanto, dichos ayuntamientos no deben ser considerados como «Administraciones públicas afectadas» y, en consecuencia, no deben ser consultados. Además, ello no implica, según el TS, desconocer sus intereses por cuanto los ayuntamientos afectados siempre pueden presentar alegaciones en la fase de información pública y, además, en el caso concreto sí se había sometido el borrador del plan y el documento inicial estratégico a consulta de la Federación Española de Municipios y Provincias.

En el mismo sentido *vid.* STS 4597/2023, de 25 de octubre. Sobre la cuestión, pueden consultarse las siguientes aportaciones doctrinales:

M. A. MUÑOZ GUIJOSA, «La declaración de impacto ambiental: reflexiones sobre su naturaleza jurídica y su falta de emisión en plazo», en J. SUAY RINCÓN y F. J. BAUZÁ MARTORELL, *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el estado de derecho. Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, t. 2, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 117-144; J. SÁNCHEZ BUSÓ, «Aplicación de la regulación de Evaluación de Impacto Ambiental a la Ampliación Norte del Puerto de Valencia: Vigencia temporal de la DIA y efecto directo de la Directiva 2011/92», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023.

3.3. Espacios protegidos

3.3.1. *Uso de drones en un Espacio Protegido*

La STSJ de Madrid 1544/2023, de 2 de febrero, analiza el PRUG del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, y sopesa los impactos negativos que puede ocasionar el uso de drones en las especies de fauna que habitan en el Parque y defiende que es ajustado a derecho que Plan Rector lleve a cabo un estudio para determinar las zonas y periodos en que se pueda desarrollar esta actividad.

3.3.2. *Ciclismo de montaña*

La STSJ de Madrid 1676/2023, examina la impugnación del PRUG del Parque Nacional de Guadarrama, y determina que es ajustado a derecho que el PRUG del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama Plan Rector declare la compatibilidad de este deporte únicamente cuando se practique por los caminos señalados en la «Cartografía de viales aptos para el tránsito en bicicleta» y en las carreteras asfaltadas abiertas al tráfico de vehículos, si bien, en determinadas circunstancias, se podrían incorporar al tránsito de bicicletas otros tramos no recogidos en esta cartografía, o al revés, cabría la posibilidad de una mayor restricción.

3.4. Acceso a la información y acceso a la justicia

3.4.1. *Convenio de Aarhus. Concepto de Derecho ambiental*

La STJUE de 6 de julio de 2023, asuntos acumulados C-212/21 P y C-223/21 P son de gran interés pues, confirmando un pronunciamiento previo del Tribunal General, consagra la plena aplicación del Reglamento Aarhus a la actividad crediticia del Banco Europeo de Inversiones y con ello el control de dicha actividad por las asociaciones ambientales y por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cabe destacar, en el marco de la interpretación amplia del Convenio de Aarhus considera que el concepto de Derecho ambiental incluye no sólo actos legislativos sino cualquier norma jurídica. Sobre la cuestión, *vid.* E. del M. GARCÍA RICO, «Capítulo IX: Los derechos de acceso ambiental en el Derecho de la Unión Europea: especial referencia a la regulación del derecho de acceso a la justicia medioambiental a la luz del Convenio de Aarhus», en I. GONZÁLEZ RÍOS (dir.), y C. M.^a ÁVILA RODRÍGUEZ (coord.), *Estudios jurídicos interdisciplinares sobre justicia relacional y servicios de interés general: Volumen II. Digitalización y protección ambiental*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2023.

3.4.2. Acceso a la información. Asociación vecinal

La STS 5136/2023, de 21 de noviembre, aborda el alcance del derecho de acceso a la información pública ejercido por una plataforma vecinal en relación con el expediente administrativo de una actividad extractiva. Dos son las cuestiones fundamentales a destacar: por una parte, considera que no es abusiva una solicitud de información pública referida a expedientes de autorización de industrias extractivas de mineral o de transformación del mismo que inciden sobre el medio ambiente, ya que la defensa del medio ambiente es una finalidad legítima que puede protegerse; y que tampoco se vulnera la libertad de empresa por el hecho de solicitar información pública sobre la incidencia que una actividad tendrá en el medio ambiente de una zona. Por otra, rechaza que deba limitarse el acceso a la información de contenido comercial y económico, ya que dicha información no incidía ni amenazaba el secreto empresarial y comercial. Para el TS, la limitación del acceso a la información cuando suponga un perjuicio para «los intereses económicos y comerciales» exige que tales perjuicios sean invocados y acreditados por la entidad que los alega, sin que valga una genérica afirmación sin una completa justificación sobre la incidencia y los peligros concretos y determinados que el acceso a una información específica generaría en el funcionamiento y actividad comercial y económica de la empresa. Además, para que puedan obstaculizar el acceso a la información, de forma total o parcial, tales han de ser relevantes y han de ponderarse en relación los intereses en juego (interés público e intereses particulares).

3.4.3. Información ambiental. Excepciones

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.^a), de 23 de noviembre de 2023, asunto C-84/22, interpreta dos de las excepciones al derecho a la información ambiental contenidas en el art. 4 de la Directiva de acceso a la información ambiental. En ella, el TJUE interpreta el alcance de la excepción relativa a las «comunicaciones internas» circunscribiéndola a la información que circula en el seno de una autoridad pública y que, en la fecha de la solicitud, no haya abandonado la esfera interna de tal autoridad, y siempre que no haya sido o no debiera haber sido puesta a disposición del público antes de dicha recepción. Por otro lado, determina el alcance de la excepción relativa a «procedimientos de las autoridades públicas» señalando que sólo abarca la información intercambiada en el marco de las fases finales de los procesos de toma de decisiones de las autoridades públicas con arreglo al Derecho nacional y respecto de los que ese Derecho nacional establece una obligación de confidencialidad. En todo caso, ambas excepciones no son acumulativas respecto de una misma solicitud de información. Sobre esto puede consultarse: I. MIRÓ MORIANO, «La UE define las nuevas obligaciones de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 993, 2023.

3.4.4. Acceso a la información ambiental. Silencio administrativo

La STS 259/2023, de 9 de enero, pone de manifiesto la oportunidad de revisar la Ley 27/2006, de 18 de julio, en orden a que se regule la concurrencia del silencio administrativo en los procedimientos iniciados por una solicitud de información ambiental. Sentando que, en todo caso, el sentido del silencio es negativo. Sobre la materia, se recomienda la lectura de las siguientes aportaciones doctrinales: R. BASTIDA y P. VERDUGO, *Normas europeas de información de sostenibilidad (NIES). Guía de aplicación práctica*, Profit, Barcelona, 2023, 336 pp.; B. LOZANO CUTANDA, «El Tribunal Supremo sienta una cuestionable doctrina sobre el sentido negativo del silencio en las solicitudes de acceso a la información ambiental», *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, núm. 10254, 2023; J. RIAZA MARTÍNEZ y G. OLMOS FERNÁNDEZ-CORUGEDO, «El retroceso en transparencia ambiental en España y la separación del criterio europeo», *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 46, 2023, pp. 203-222. Disponible en línea: <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/20279>; R. TORIL MORENO *et al.* (coords.), *Fuentes de información sobre agua*, Organismo Autónomo Parques Nacionales, Madrid, 2023, 83 pp. Disponible en línea: <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/Guia-Fuentes-Agua-2023.pdf>; N. YUGUEROS PRIETO, *Acceso a la justicia y legitimación medioambiental en el proceso español: vertiente teórico-práctica*, Colex, A Coruña, 2023, 542 pp.

3.5. Miscelánea

3.5.1. Acceso a la electricidad verde

La STJUE de 20 de abril de 2023, asunto C- 580/21, resuelve la cuestión prejudicial de interpretación planteada sobre la Directiva 2009/28/UE, de fomento de las energías renovables, art. 16.2, letra c), estableciendo que la prioridad de acceso a la red eléctrica se proyecta sobre las instalaciones que generan electricidad a partir de fuentes de energía tanto renovables como convencionales aunque establece, en segundo lugar, que sólo la electricidad verde debe disfrutar de tal prioridad. En este sentido, los Estados deben establecer los criterios determinantes del orden de acceso de las instalaciones a la red según la cuota de fuentes renovables que utilicen. En todo caso, el TJUE no es favorable a una interpretación restrictiva que excluya las instalaciones «multicombustibles».

3.5.2. Prorroga de las concesiones en el demanio marítimo-terrestre: el caso de la fábrica de ENCE en la ría de Pontevedra

Las SSTs 796/2023 y 805/2023, de 6 de marzo, más allá de la estricta interpretación de las reglas aplicables a las prórrogas extraordinarias previstas en el art. 2 de la Ley 2/2013, las sentencias aportan claves relevantes al respecto de la relación entre la protección de los valores ambientales inmanentes al dominio público marítimo-

terrestre y los demás objetivos a los que responde a la legislación de Costas, así como sobre la relación entre dicha normativa y la ambiental. Se reafirma que el objetivo de protección ambiental que inspira la normativa costera no anula el resto de los objetivos informadores de la legislación costera y, en particular, el reconocimiento en favor de los titulares de derechos para la explotación del dominio público marítimo-terrestre de un grado de seguridad suficiente, en los términos que el legislador establezca y siempre dentro de los límites marcados por la jurisprudencia constitucional. Sobre la cuestión, *vid.* J. L. GARCÍA CE CAL, «Régimen jurídico aplicable a las prórrogas de las concesiones anteriores a la ley de 1988 que habilitan la ubicación de industrias en el demanio costero: a propósito de las SSTs 796/2023 y 805/2023, de 6 de marzo de 2023 (caso *ENCE*)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 134 Sección «Comentarios», 2 de mayo de 2023.

3.5.3. *Hidrocarburos. «Doñana»*

La STS 1994/2023, de 9 de mayo, establece que la prohibición prevista en la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de concesiones para la explotación de hidrocarburos se aplicará a las solicitudes de nuevas concesiones de explotación pero no puede aplicarse a las prórrogas de las ya existentes; y menos aún a las que han sido declaradas por sentencia firme.

3.5.4. *Ruido. Demanda actividad eficaz de la administración municipal*

La STSJ de la Comunidad Valenciana 487/2023, de 24 de enero, afirma que dado que el ayuntamiento no ha desplegado actividad administrativa eficaz, ha vulnerado la protección del derecho al disfrute pacífico del domicilio tal como dispone el art. 18 CE. Sobre la cuestión, *vid.* M. ALDAZ CASANOVA, *El ruido y su defensa jurídica en el marco regional europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 320 pp.

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 Y APORTACIONES DOCTRINALES: 2.1. Nivel estatal. 2.2. Nivel autonómico.—3. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLOS DOCTRINALES: 3.1. Derecho a la propiedad privada: 3.1.1. Suspensión del cómputo de plazos para el derecho a la expropiación rogada. 3.1.2. Limitaciones a la propiedad de terrenos colindantes a la zona de influencia. 3.2. Distribución competencial. 3.3. Planeamiento urbanístico y territorial: 3.3.1. Planeamiento territorial: en concreto, el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral de la Comunidad Valenciana (PATIVEL). 3.3.2. Planes urbanísticos y evaluación ambiental estratégica: 3.3.2.1. Modificaciones técnicas *vs.* modificaciones sustanciales. 3.3.2.2. No sometimiento a Evaluación Ambiental Estratégica de un campo de golf declarado de interés turístico. 3.3.3. Modificaciones puntuales en suelo no urbanizable de protección y vulneración del principio de no regresión.—4. EJECUCIÓN URBANÍSTICA.—5. DISCIPLINA URBANÍSTICA: 5.1. Responsabilidad patrimonial por declaración de nulidad de dos licencias urbanísticas (*dies a quo*). 5.2. Concesión de licencia municipal de obras y solicitud de revisión de oficio por la Administración autonómica.

* 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 2023. El urbanismo y la ordenación del territorio son dos materias que constituyen fuentes inagotables de novedades jurídicas cada año tanto a nivel normativo como a nivel teórico y jurisprudencial. Para la sistematización del material jurídico referente al año 2023, 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). Este año, sin duda, el protagonismo es de las normas de vivienda que se han aprobado tanto a nivel estatal como por algunas comunidades autónomas (sobre todo, en materia de vivienda turística). Y la tercera parte se centra en la exposición de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en las distintas categorías de la actividad pública urbanística y territorial con remisiones constantes a las contribuciones doctrinales más significativas en estos ámbitos (epígrafe 3).

Empezando el recorrido por las aportaciones teóricas de carácter más general en materia urbanística debe recomendarse la lectura del interesante ensayo de A. SEVILLA BUITRAGO, *Contra lo común. Una historia radical del urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2023. El autor aborda la historia del urbanismo desde la perspectiva de la urbanización capitalista y la lucha de las clases populares por construir lugares más justos y democráticos a través de la organización del espacio y su conversión en una fuente de poder. El ensayo analiza varios procesos de cambio espacial: desde la privatización de la tierra comunal al control del espacio público; desde la reestructuración de la metrópolis y la producción de suburbios a las políticas de vivienda o las nuevas dinámicas de segregación, gentrificación y regeneración ligadas a la llamada «ciudad creativa».

En la misma línea, pero tratando más específicamente de las consecuencias de la técnica de zonificación en Estados Unidos, resulta sugerente la obra de R. C. ELLICKSON, *America's frozen neighborhoods. The abuse of zoning*, Yale University Press, New Haven (EEUU), 2023. El libro examina las políticas locales de zonificación en este país sugiriendo varias reformas que tanto los gobiernos estatales como el gobierno federal deberían adoptar para mitigar los efectos negativos de la zonificación «exclusiva». La obra estudia también la forma en la que las actuales políticas de zonificación afectan a la economía nacional utilizando al *Silicon Valley*, al área de *New Haven* y la parte noroeste del *Greater Austin* como estudios de caso para probar la difícil reversión de los efectos de la zonificación excluyente como la cartelización del mercado de la vivienda y la agravación de la segregación racial y clasista.

Una de las realidades que en los últimos años están llamando con más intensidad la atención tanto del legislador como de la doctrina jurídica especializada en materia urbanística es la necesaria diferenciación que debe dotarse al régimen jurídico urbanístico de las zonas urbanas y rurales, máxime en un contexto de creciente despoblación rural. En este marco, se recomienda la lectura del extenso artículo de F. GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, «Municipio pequeño, infierno (urbanístico) grande», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente* (en adelante, *RDU*), núm. 359, 2023, pp. 19-90, así como la aportación de J. A. CHINCHILLA PEINADO, «El principio de protección frente a la despoblación y la regeneración urbana en pequeños municipios (I): de la regulación del suelo rural a la obtención de equipamientos regionales», en la misma *Revista*, núm. 362, pp. 19-52.

La interrelación entre sostenibilidad y ordenación del espacio ya se está convirtiendo en un tema clásico para el Derecho urbanístico que cada año sigue despertando el interés de la doctrina con el fin de poder avanzar en la ecologización de nuestros asentamientos urbanos. En este marco, este año se recomienda la lectura del artículo de G. SORIA MARTÍNEZ, «La ciudad sostenible: crítica al oximorón “decrecimiento-sostenibilidad”», *RDU*, núm. 364, 2023, pp. 21-36, así como el libro colectivo, *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, en J. E. CANDELA TALAVERO y D. SERNA BARDAVÍO (dirs.), *El Consultor de los Ayuntamientos*. Madrid, 2023. El libro de vocación propositiva analiza algunos instrumentos jurídicos innovadores para la lucha climática a escala local a través del urbanismo, interrelacionado la protección de los derechos fundamentales y del derecho a una vivienda digna con la expropiación de terrenos no aptos para uso privado, las políticas de despoblación en el contexto de la economía circular, las «*smart cities*» y la implementación de energías renovables. En el ámbito de las «*smart cities*», indudablemente, la obra más completa de este año es la dirigida por M. MORA RUIZ, *De las Smart Cities a las Ciudades integradoras: Propuestas socio-jurídicas para una administración local del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2023. En la obra se aborda el concepto y viabilidad de las llamadas ciudades inteligentes como fórmula para innovar desde una perspectiva socio-jurídica el hecho urbano. Se trata de una obra interdisciplinar en la que especialistas del ámbito del Derecho administrativo, que abordan diferentes problemáticas de la ciudad inteligente (concepto y alcance de la misma desde el ámbito de la administración local, medio ambiente, movilidad, tecnologías de la información y comunicación e inteligencia artificial, entre otros), se encuentran con especialistas del ámbito de la economía y la sociología. Por otra parte, en el ámbito específico de las comunidades energéticas, resulta de interés el artículo, P. NAVARRO RODRÍGUEZ, «La necesaria regulación interna y completa de las comunidades energéticas en España», *RDU*, núm. 360, pp. 69-116.

En materia de ordenación del territorio, la obra más completa que se ha publicado este año es la de A. DÍAZ ARROYO, *Régimen jurídico de la protección del territorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Se trata de una monografía en la que se analizan los medios por los que se puede imponer la protección del territorio, explicando el régimen jurídico aplicable a cada situación en concreto, así como los efectos que pueden derivarse de esta

determinación, tanto en lo que respecta a los que configuran por el propio medio por el que se impone, como los asociados de forma genérica a la protección territorial en cualquiera de sus formas. Asimismo, desde la perspectiva de la organización del espacio y de las infraestructuras para afrontar desastres naturales se sugiere la lectura, por una parte, del artículo de J. E. VIÑA GUERRA, «Riesgos y desastres naturales: tratamiento legal urgente de los efectos territoriales y urbanísticos de una catástrofe», *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 121-185; y, por otro lado, del artículo de J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Riesgos naturales y clasificación del suelo», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 50, 2023.

Otro de los temas que está suscitando de forma continuada debate e interés en la doctrina en los últimos años, desembocando, además, en varias modificaciones normativas es la regulación de la vivienda turística. Sin perjuicio de que en el epígrafe siguiente (2) se expongan los nuevos instrumentos normativos que han aprobado las comunidades autónomas en este ámbito (en adelante, CCAA), deben destacarse aquí con carácter general las siguientes contribuciones doctrinales en revistas científicas de impacto: A. M. DE LA ENCARNACIÓN, «Las cicatrices de la vivienda turística: reducción del mercado residencial inmobiliario y encarecimiento de precios», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (en adelante, *REALA*), núm. 20, 2023, pp. 107-123; O. BOUAZZA ARIÑO, «La ordenación de las viviendas de uso turístico: especial referencia a la ciudad de Madrid», *Revista española de Derecho Administrativo* (en adelante, *REDA*), núm. 224, 2023, 43-86; L. ALARCÓN SOTOMAYOR, en el mismo número de la *REDA* «La responsabilidad de las plataformas digitales por publicitar viviendas turísticas con datos ilegales: una responsabilidad tocada, pero no hundida», pp. 87-116.

2. NOVEDADES NORMATIVAS Y APORTACIONES DOCTRINALES

2.1. Nivel estatal

Sin duda, la novedad normativa más destacada a nivel estatal en una materia intensamente relacionada con el urbanismo es la adopción, finalmente, en 2023 de la *Ley 12/2023, de 24 de mayo, de Vivienda*. La ley, que fue uno de los proyectos normativos de más calado sobre los que ha discurrido la última legislatura, ha suscitado directamente el interés de la doctrina que se ha ocupado desde su adopción a dilucidar el nuevo régimen jurídico que establece. En este sentido, el libro colectivo dirigido por F. J. FUERTES LÓPEZ, J. LÓPEZ MARTÍNEZ, A. PALOMAR OLMEDA *et al.*, *Comentarios a la Ley por el Derecho a la Vivienda*, Sepin - Servicio de Propiedad, Madrid, 2023, analiza las numerosísimas implicaciones (competenciales, urbanísticas, en materia de arrendamientos, transparencia...) de cada uno de los preceptos del nuevo texto legal.

Asimismo, resulta de gran utilidad para entender las novedades que trae consigo la ley, pero ampliando los conocimientos sobre el ámbito de la vivienda en general, la lectura del núm. 355-356 de la *RDU*, 2023, que está completamente dedicado a la vi-

vienda. En este número se incluyen aportaciones de contenido diverso por expertos en la materia como son las siguientes: J. PONCE SOLÉ, «Un panorama general de las novedades jurídicas de la Ley estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda», pp. 27-52; F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Régimen jurídico de la vivienda protegida en la ley estatal de vivienda», pp. 53-96; F. GARCÍA RUBIO, «La Ley por el derecho a la vivienda: buenas intenciones y mala plasmación de un desarrollo del derecho constitucional a la vivienda olvidando otros derechos», pp. 97-174; E. MOREU CARBONELL, «El limbo de la intermediación inmobiliaria en la legislación sobre vivienda», pp. 175-218; F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda y las formas de acceso a la vivienda: referencia a las viviendas colaborativas», pp. 219-268; A. CERESO IBARRONDO y C. LLAMAS ESCRIBANO, «Las reservas de suelo con destino a vivienda pública: la viabilidad y la sostenibilidad económica de las actuaciones de urbanización», pp. 345-383.

En el mismo número de la *RDU* también se incluyen dos artículos de M. L. GÓMEZ JIMÉNEZ, «La Ley de vivienda a debate: propuestas regulatorias en el contexto de un sistema autonómico complejo que olvida lo local», pp. 19-25, y «“Neuro-arquitectura” y adecuación tipológica: propuestas normativas para el derecho a una vivienda inteligente. Lecturas a la luz de la Ley del derecho a la vivienda (de oportunidad soñada a oportunidad perdida)», pp. 269-344. La misma autora ha dirigido en 2023 la obra colectiva, *Retos jurídicos y arquitectónicos en el diseño de vivienda adaptada. Guía de buenas prácticas y modelos habitacionales para mayores*, Aranzadi, Pamplona, 2023 en la que se expone una serie de propuestas de buenas prácticas ordenadas a la edificación residencial y la gestión urbana y orientadas a la atención a los colectivos vulnerables por los operadores públicos y los gestores de la cosa pública aún en el ámbito privado.

Finalmente, en relación con la nueva ley, pero más allá del alcance de la misma, debe también recomendarse el libro de B. BASTÚS RUIZ, *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda*, Atelier, Barcelona, 2023 en el que se indaga en la figura de la colaboración público-privada para garantizar el derecho de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible.

2.2. Nivel autonómico

Empezando el recorrido de las novedades normativas urbanísticas y territoriales más destacadas de 2023 por la Comunidad Autónoma de Aragón, debe destacarse en esta Comunidad la aprobación de la *Ley 2/2023, de 9 de febrero, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón*. Cuatro son las modificaciones más importantes que opera la ley. La primera trata de la regulación del suelo no urbanizable especial; la segunda es la recuperación de la figura de las Delimitaciones del Suelo Urbano como instrumento urbanístico en los municipios que carecen de Plan General de Ordenación Urbana y su elaboración por parte de los ayuntamientos de pequeños municipios. La

tercera modificación suprime la limitación de la vinculación de edificaciones a las parcelas edificadas con vivienda en la zona de borde. Y la cuarta acorta temporalmente el régimen transitorio de aplicación a los instrumentos del planeamiento en tramitación y suprime el régimen transitorio de las órdenes de demolición por fijar un plazo distinto para acomodarse al criterio jurisprudencial entablado en los últimos años.

En la misma comunidad autónoma, en materia de vivienda, deben destacarse el *Decreto 73/2023, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Vivienda 2022-2025 y medidas complementarias en materia de rehabilitación energética de viviendas*, así como el *Decreto 35/2023, de 5 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los establecimientos de alojamiento turístico al aire libre y alojamientos turísticos singulares*, en la línea que sigue la mayoría de las otras comunidades autónomas.

Finalmente, por guardar cierta vinculación con la ordenación urbanística y territorial, debe hacerse referencia a la *Ley 13/2023, de 30 de marzo, de dinamización del medio rural de Aragón* y en concreto a los Títulos II y III de la Ley. En estos títulos se recoge, por una parte, la clasificación de los asentamientos y municipios de carácter rural, que se corresponden con los definidos en la estructura del sistema de asentamientos de Aragón de la Estrategia de ordenación territorial y, por otra parte, la clasificación de los asentamientos de carácter rural a efectos fiscales. Asimismo, el Título III establece como instrumentos de referencia para el diseño y planificación de las políticas de dinamización en el medio rural los instrumentos de planeamiento y gestión territorial contemplados en la legislación de ordenación del territorio de Aragón.

La Comunidad Autónoma de Canarias, por su parte, ha aprobado este año la *Ley 3/2023, de 6 de marzo, que modifica parcialmente la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, y otra normativa sobre suelo, el art. 24.1 de la Ley 7/2014, de 30 de junio, de la Agencia Tributaria Canaria, y se incorpora una DA 9.ª a la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*. Las modificaciones más importantes que opera la ley están relacionadas con: *a)* la competencia de aprobación de los planes de ordenación de recursos naturales, cuando no se hallan integrados en un plan insular de ordenación; *b)* el cambio del sentido de silencio de positivo a negativo en el caso de los supuestos contemplados en el apartado 4 de la DA 23, y *c)* con el procedimiento de emisión de los informes de las administraciones afectadas en materia de ordenación del territorio. En este sentido, la ley establece que, una vez finalizado el plazo de dos meses para informar, el órgano sustantivo podrá efectuar un requerimiento para que las Administraciones emitan su informe en el plazo de diez días, transcurridos los cuales se entenderán emitidos los informes en sentido favorable, con la excepción prevista legalmente de que la explotación se localice en espacio natural protegido o en una zona de Red Natura 2000 en cuyo caso se entenderán emitidos en sentido desfavorable.

En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha destaca este año la aprobación del *Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística* en los términos que

había establecido la *Ley 1/2021, de 12 de febrero, de Simplificación Urbanística y Medidas Administrativas*, que autorizó al Consejo de Gobierno de esta Comunidad Autónoma para que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, elaborase y aprobase un texto único del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística que incorporase las modificaciones introducidas en él por esta ley.

En la Comunidad Autónoma de Castilla y León debe subrayarse este año la aprobación de la *Ley 1/2023, de 24 de febrero, de Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas*. La ley, entre otros, modifica la *Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León* para, por una parte, establecer un mecanismo de incentivo fiscal con el fin de facilitar la implantación de industrias agroalimentarias que aumenta de forma sustancial sus posibilidades de emplazarse en el medio rural, y, por otra parte, para flexibilizar la tramitación introducida por el *Decreto-ley 2/2022, de 23 de junio*, en cuanto a la adecuación, renovación o ampliación de otros usos más allá de los estrictamente vinculados a la prestación de servicios esenciales. Por último, la Ley establece la posibilidad, en determinadas condiciones, de que, transcurridos cuatro años desde la recepción de la urbanización, los locales comerciales que permanezcan sin uso en un determinado ámbito puedan destinarse al uso de vivienda.

Por su parte, en la Comunidad Autónoma de Cataluña dos son las novedades normativas más destacadas en materia urbanística este año. Por una parte, se trata de la modificación puntual del *texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto*, por el Título XIV, Capítulo III de la *Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para el 2023* que entre las varias modificaciones que realiza en el art. 80 destacan las relativas a la densidad del uso residencial en el techo destinado a vivienda de protección pública; al establecimiento de la regulación de los planes urbanísticos para la implantación de actuaciones declaradas de interés general superior; y a los regímenes especiales aplicables a las instalaciones de generación de energía basadas en fuentes renovables. Por otra parte, debe referirse a la aprobación, igual que este año en Aragón, y Madrid, del *Decreto-ley 3/2023, de 7 de noviembre, de Medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico*. El decreto-ley regula, en una serie de municipios detallados en el anexo donde existen problemas de acceso a la vivienda o de riesgo de romper el equilibrio del entorno urbano por una alta concentración de viviendas de uso turístico, los requisitos de obtención de licencia urbanística previa para el destino de las viviendas al uso turístico con una duración de cinco años. Sobre el régimen de vivienda en Cataluña, pueden consultarse el artículo de J. R. FUENTES I GASÓ, «La obligación al realojo en una vivienda en un contexto de crisis en Cataluña: de la burbuja inmobiliaria a la crisis sanitaria», *RDU*, núm. 362, 2023, pp. 53-113; y de J. GIFREU I FONT, «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas: un análisis desde la fallida experiencia catalana», *REDA*, núm. 230, 2023, pp. 61-98.

En materia de ordenación del territorio, una de las novedades más destacadas este año es la aprobación en la Comunidad Autónoma de Galicia de la *Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia*. Como principios en los

que se inspira la ley para la ordenación del litoral se enuncian los principios de desarrollo sostenible, precaución o cautela, prevención, no regresión, quien contamina paga, participación y uso de las mejores y más recientes evidencias científicas disponibles y conocimientos tradicionales. Además, se desarrollan como principios la colaboración y cooperación, la coordinación, el enfoque ecosistémico, la gestión integrada del litoral, la participación y el apoyo científico y los saberes tradicionales. El Título I regula la organización administrativa y los sujetos intervinientes en la ordenación del litoral. El Título II recoge los instrumentos de ordenación del litoral, definiendo su ámbito de aplicación, los objetivos perseguidos y las determinaciones que han de incorporar. Las directrices de ordenación del litoral serán el elemento básico de la planificación del litoral. Se regulan dos planes de ordenación del litoral: para los espacios terrestres y marítimo-terrestres, el Plan de ordenación costera, y para los espacios marinos, el plan de ordenación marina. El sistema de instrumentos de ordenación y gestión se cierra con la regulación de dos planes de naturaleza facultativa. El Título III, relativo a los usos y actividades en el litoral, recoge algunas de las novedades más destacables de la ley. En el litoral se distinguen tres áreas distintas, con objetivos de ordenación específicos y determinación diferenciada de los usos permitidos, compatibles y prohibidos: el área de protección ambiental, que comprende los espacios que conservan características naturales singulares e irremplazables y valores ambientales excepcionales; el área de reordenación, que comprende los espacios transformados por la acción urbanizadora y los espacios degradados, de difícil o imposible renaturalización; y el área de mejora ambiental y paisajística, que comprende todos los demás espacios que, sin reunir las condiciones de los anteriores, se mantienen mayoritariamente libres de procesos de degradación o han sufrido procesos de desnaturalización reversibles. El Título V, denominado «Normas adicionales de protección y sostenibilidad del litoral», recoge tres medidas relevantes, que sujetan algunas actuaciones que pretendan llevarse a cabo sobre el litoral a tres condiciones: la determinación del grado de resiliencia de la costa ante los riesgos asociados al cambio climático, el análisis del impacto de ciertas actuaciones en el desarrollo económico y social de los sectores productivos de Galicia o sus comunidades, y el mantenimiento de los objetivos de calidad y ambientales de las aguas interiores y costeras del litoral. El Título VI de la Ley regula el patrimonio litoral y el Título VII recoge algunas novedades que tienen por misión el desarrollo sostenible de las costas, los mares y los océanos: la cultura litoral y oceánica. El Título VIII regula la inspección y potestad sancionadora.

En la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, debe referirse este año en la novedad que se produce en materia de vivienda: la aprobación del *Decreto-ley 6/2023, de 2 de octubre, de Medidas urgentes en materia de vivienda*. La norma reconoce en su preámbulo que la normativa vigente no ha sido suficiente para contener el incremento de los precios de la vivienda en las Illes Balears, que ha experimentado una subida de más del 20,30 % en el último año. Frente a esta situación, el decreto-ley modifica diferentes disposiciones normativas vigentes con el fin de incorporar viviendas privadas al mercado a un precio asequible para la ciudadanía y sin consumir territorio.

Para ello, la norma regula una nueva figura, la vivienda de precio limitado, de carácter permanente, que tiene como característica una limitación de su precio máximo de compraventa y de alquiler. Además, reúne una serie de condiciones que le diferencian de una vivienda libre ordinaria, como son la limitación a una superficie máxima de 90 m² útiles, su destino a domicilio habitual y permanente de los usuarios o beneficiarios, y que estos no podrán ser titulares del pleno dominio o de un derecho real de uso y disfrute sobre alguna vivienda libre o sometida a algún régimen de protección, situada en el Estado español. Como sugerencia doctrinal sobre el régimen urbanístico balear, puede consultarse el artículo de J. ALEMANY GARCÍAS, «El subsuelo urbanístico en la legislación balear. Un repaso por la legislación autonómica y estatal», *REDA*, núm. 226, 2023, pp. 161-180.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco dos son las modificaciones que ha sufrido este año la *Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo*. La primera es la efectuada por la *Ley 18/2023, de 21 de diciembre*, y, la segunda, la realizada por la *Ley 5/2023, de 1 de junio, para facilitar la tramitación del autoconsumo*. La primera modificación atiende a la necesidad de clarificar el cómputo de los plazos de la suspensión de licencias, aprobaciones y autorizaciones urbanísticas para ámbitos o usos determinados, a los efectos de la elaboración o, en su caso, modificación o revisión de los planes urbanísticos. La segunda modificación sigue la línea que han trazado otras comunidades en los años anteriores suprimiendo el requisito de la solicitud previa de licencia municipal de obras en instalaciones domésticas de carga de vehículos eléctricos y de aprovechamiento de energía solar para autoconsumo, sustituyendo esta licencia por una comunicación previa. Se establecen una serie de excepciones al régimen general, siendo exigible esta licencia de obras cuando las instalaciones se realicen en edificios declarados bienes de interés cultural o bienes catalogados, afecten a la cimentación o estructura de la edificación y estén sometidas a evaluación de impacto ambiental.

Este año la Comunidad de Madrid ha procedido también a varias modificaciones normativas en materia de urbanismo y vivienda. En primer lugar, debe hacerse referencia al art. 4 de la *Ley 16/2023, de 27 de diciembre, de medidas para la simplificación y mejora de la eficacia de instituciones y organismos de la Comunidad de Madrid* que modifica la *Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo*. Se trata de una modificación que afecta la organización de los distintos órganos autonómicos con competencias en materia urbanística. En este sentido, se suprimen en algunas menciones concretas a la secretaría general técnica de la consejería competente en materia de urbanismo por una mención genérica a la consejería. Así se permite al titular de la consejería la tarea de distribuir las competencias entre los diversos órganos que la integran, así como, facilitar la atribución de proponer al Consejo de Gobierno la estructura u organización de su propia consejería. Sobre la Comunidad Autónoma de Madrid y la modificación legislativa efectuada el año anterior por la Ley de medidas, pueden consultarse el artículo de F. IGLESIAS GONZÁLEZ, «Comentario crítico de los cambios en materia de urbanismo introducidos por la Ley de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica de la Comunidad de Madrid», *RDU*, núm. 359, 2023, pp. 123-

192; y el artículo de A. YAGÜE CUESTA, «El nuevo urbanismo madrileño: novedades y aportaciones de la “Ley Omnibus”», *RDU*, núm. 360, 2023, pp. 117-170. Desde una mirada más general sobre el urbanismo madrileño, *vid.* este año, el artículo de J. MARTÍN MERINO, «Ideas para una futura revisión de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», *RDU*, núm. 361, pp. 19-31. Sobre las reformas de los últimos años, pueden también destacarse dos artículos interesantes en la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 50, 2023. Se trata de los artículos de R. PASTOR BENEYTO, «El derecho de realojo en las actuaciones sistemáticas no expropiatorias en la Comunidad de Madrid», y de J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Urbanismo y reactivación económica. a propósito de la reforma de la legislación territorial y urbanística de Madrid de 21 de diciembre de 2022». Sobre el régimen urbanístico madrileño y la reforma del régimen de licencias urbanísticas, este año se ha publicado la nueva edición del libro de F. VELASCO CABALLERO, *Derecho urbanístico en la Comunidad de Madrid*. Adaptada a la reforma del régimen de licencias urbanísticas en la Ley madrileña 11/2022, de 21 de diciembre, Marcial Pons, Madrid, 2023.

En segundo lugar, en cuanto a las novedades regulatorias de este año en la CAM, destaca la aprobación de dos nuevos decretos para regular los establecimientos de alojamiento de turismo rural y de establecimientos hoteleros (*Decreto 48/2023, de 26 de abril, por el que se regula la ordenación de los establecimientos de alojamiento de turismo rural en la Comunidad de Madrid* y *Decreto 19/2023, de 15 de marzo, por el que se regula la ordenación de establecimientos hoteleros*). El primer decreto actualiza la regulación de la ordenación de los alojamientos de turismo rural, su régimen de autorización y clasificación de dichos alojamientos, estableciendo como figura general la presentación de una declaración responsable para el ejercicio de la actividad (arts. 27-31). En sentido parecido, el segundo decreto sobre establecimientos hoteleros establece en su art. 9 el informe previo de clasificación y en los arts. 10 y ss. el procedimiento de presentación de la declaración responsable para el ejercicio de dicha actividad económica.

En tercer lugar, debe mencionarse este año la adopción en esta Comunidad de la *Ley 2/2023, de 24 de febrero, de Cooperativas*. La Ley, aunque de objeto más amplio y general, regula a partir del art. 116 las cooperativas de vivienda que son de interés para el presente informe. En este sentido, se establece el concepto de cooperativas de vivienda, el régimen de las mismas y de las empresas de gestoría y asesoría, la promoción por fases, las garantías de información y el régimen de transmisión.

En sentido parecido, la Comunidad Autónoma Valenciana ha aprobado este año la norma que regula exclusivamente este tipo de viviendas. Se trata de la *Ley 3/2023, de 13 de abril, de Viviendas Colaborativas de la Comunitat Valenciana*. La ley establece las definiciones de vivienda colaborativa, los requisitos básicos o mínimos de calidad y diseño y el régimen jurídico de las mismas como modo habitacional alternativo al de vivienda tradicional, distinguiéndose un régimen general de otro denominado de interés social. Asimismo, la ley incluye las medidas de fomento o acción pública, tanto en lo que se refiere a nuevos supuestos de tanteo y retracto a favor de la Generalitat, como las

medidas de fomento propiamente dichas. Sobre esta cuestión, puede consultarse en este mismo número del *Anuario de Derecho Municipal* el artículo doctrinal de Reyes MARZAL RAGA. Complementariamente a esta nueva regulación legal para ajustar la normativa de régimen general de dichas cooperativas, también se ha procedido a la aprobación del *Decreto-ley 4/2023, de 10 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de cooperativas de la Comunitat Valenciana*. Asimismo, destaca también en esta materia la iniciativa de la Generalitat Valenciana por la que se ha adoptado el *Decreto-ley 3/2023, de 17 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad y emergencia residencial en la Comunitat Valenciana agravadas por la guerra de Ucrania, y para evitar abusos en el ámbito inmobiliario*.

En materia de vivienda, donde se ubica este año el grueso de las modificaciones normativas de interés para el presente informe, la Comunidad Valenciana ha aprobado otras tres normas. Se trata de: a) *Decreto 80/2023, de 26 de mayo, por el que se aprueban las normas de diseño y calidad en edificios* modificado unos meses después por el *Decreto 202/2023, de 21 de noviembre*, y b) el *Decreto 68/2023, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de vivienda de protección pública y régimen jurídico de patrimonio público de vivienda y suelo de la Generalitat*.

Por la interconexión de la materia con el urbanismo y la ordenación del territorio, también debe destacarse este año la aprobación en esta Comunidad de la *Ley 5/2023, de 13 de abril, integral de medidas contra el despoblamiento y por la equidad territorial en Valencia*.

Finalmente, la *Ley 7/2023, de 26 de diciembre, de Medidas de Comunidad Valenciana 2023* procede (arts. 135-142) a algunas modificaciones puntuales del *Texto Refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell*, con respecto a la obtención de las licencias urbanísticas y el régimen de las Entidades colaboradoras de la administración para impulsar la colaboración público-privada en el ámbito urbanístico.

Aunque en el Principado de Asturias no ha habido este año alguna novedad destacable en las materias del presente informe, resulta interesante la lectura del artículo de M. R. ALONSO IBÁÑEZ, «El nuevo reglamento de ordenación del territorio y urbanismo del principado de Asturias. A propósito del desarrollo reglamentario autonómico de legislación estatal», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 50, 2023. Asimismo, en el mismo número de la *Revista* puede consultarse sobre el régimen urbanístico andaluz y las novedades de los últimos años, el artículo de S. M. MARTÍN VALDIVIA, «Por fin, un reglamento urbanístico para Andalucía (Decreto 550/2022): una realidad muy anhelada». Desde una perspectiva más general sobre el urbanismo andaluz, puede consultarse el libro de A. PÉREZ MARÍN, *Ordenación territorial y urbanística de Andalucía: a propósito de la Ley 1 de 1 de diciembre de Impulso para la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía. Legislación, jurisprudencia y doctrina*, Comares, Granada, 2023.

3. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y DESARROLLOS DOCTRINALES

3.1. Derecho a la propiedad privada

3.1.1. Suspensión del cómputo de plazos para el derecho a la expropiación rogada

Este año, una de las sentencias más destacadas en materia de propiedad privada proviene del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). En la *STC 68/2023, de 22 de noviembre*, el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ-Valencia y declara inconstitucionales la DT 11 de la *Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana*, así como la DT 20 del *texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio*. El Tribunal considera que dichos preceptos vulneran tanto el derecho de propiedad privada (art. 33 CE) como el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En concreto, la DT 11 introducida en la *Ley 5/2014* prevé una «suspensión» del cómputo de los plazos para advertir a la Administración competente que presente la hoja de aprecio correspondiente y que se dirija al jurado provincial de expropiación para fijar el precio justo establecido por el art. 104 de dicho texto legal. El art. 104 es el que establece el «derecho a la expropiación rogada» de los propietarios de terrenos afectados por un plan de urbanismo, que hayan sido destinados a dotaciones, y que no puedan obtenerse por las cesiones obligatorias que se imponen en la norma urbanística, por no resultar posible la justa distribución de beneficios y cargas en el correspondiente ámbito de actuación. Dicho derecho puede ejercerse cuando transcurran cinco años desde la entrada en vigor del plan sin que se lleve a efecto la expropiación de dichos terrenos, anunciando a la Administración competente su propósito de iniciar el expediente de justiprecio. Lo mismo debe llevarse a cabo por ministerio de la ley si transcurren otros dos años desde dicho anuncio.

En atención del contenido de estos preceptos, el Tribunal procede a examinar si la suspensión establecida en las citadas disposiciones legales supone una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y del derecho de propiedad (art. 33 CE). Después de recordar su doctrina en materia de propiedad en el FJ 4.º de la sentencia, en el FJ 5.º el Tribunal analiza si la suspensión del plazo para iniciar el expediente de expropiación rogada desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2023 ha conllevado una vulneración del derecho de propiedad por haber supuesto un vaciamiento de su contenido. El Tribunal considera que en la operación de la suspensión legalmente establecida no se ha respetado el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo, al que se le obliga a soportar una carga excesiva al impedir el legislador durante un periodo prolongado de tiempo su derecho a instar a la Administración a que expropie sus terre-

nos. Para el Tribunal, «la extensión [...] se ha hecho de forma arbitraria y sin justificación alguna, y ha impedido que los particulares insten las medidas de protección de su derecho de propiedad que cabe legítimamente esperar de la administración: la expropiación de sus terrenos» (FJ 5.º).

Por otra parte, y además de la vulneración del derecho de propiedad, el Tribunal considera que en la modificación que han operado los preceptos legales no existe ninguna justificación, ni garantía alguna respecto a las injerencias en la seguridad jurídica que la suspensión de los plazos para solicitar y tramitar la expropiación rogada provoca. Además, el Tribunal afirma en el FJ 7.º que «el legislador no ha puesto tampoco de manifiesto que dichos preceptos tuvieran como objeto salvaguardar otro bien o valor constitucional que se considere merecedor de protección». En atención de todo lo anterior, el Tribunal declara que los preceptos vulneran también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Desde la perspectiva doctrinal, resulta altamente recomendable la lectura de la monografía de J. A. CHINCHILLA PEINADO, *Derecho de propiedad, expectativas y especulación. Reglas de racionalidad jurídica (y técnico-económica) en los criterios de valoración urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 2023. El autor en esta obra profundiza en el derecho de propiedad desde 1998, año en el que se adoptó la normativa de suelo basada en la visión economicista orientada al mercado hasta hoy que se ha optado por unos criterios objetivados caracterizados por la intención de incorporación de fórmulas procedentes de las matemáticas financieras. El libro tiene como objeto averiguar si estas fórmulas responden a verdaderos criterios de racionalidad jurídica y económica o, por el contrario, son simples «juegos de trileros». El análisis se efectúa desde el marco constitucional del derecho de propiedad consistente en la garantía de una indemnización a criterios de razonable ajuste al mercado para evitar la especulación.

3.1.2. Limitaciones a la propiedad de terrenos colindantes a la zona de influencia

Interesante resulta este año la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 420/2023, de 28 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1395) que desestima el recurso de casación frente a la STSJ-Andalucía estimatoria del recurso deducido por la Administración General del Estado en contra de un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual de un PGOU. La sentencia de instancia, que estimó el recurso planteado por la Abogacía de Estado considera que la modificación aprobada —que permite la edificación, en suelo clasificado como urbano no consolidado por la urbanización, de dos torres de 19 pisos en la zona de influencia, teniendo la clasificación de urbano antes de la Ley de Costas— no se encuentra amparada por la DT 3.ª, apartado 3, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en adelante, LC). Por esa razón estima que le resultan de aplicación las determinaciones establecidas en su art. 30 sobre la zona de influencia, considerando acreditado que las edificaciones previstas en la modificación impugnada forman una pantalla arquitectónica prohibida

por dicho precepto. El TS considera en el FJ 5.º de la sentencia, que a la fecha de la entrada en vigor de la LC no existe ningún derecho consolidado o patrimonializado que deba ser objeto de regulación transitoria, y que la situación de autos en el caso concreto queda fuera del ámbito acotado por la DT 3.ª y está plenamente sometida a la regulación que se contempla en la LC para las situaciones producidas después de su entrada en vigor. Así, la interpretación que fija el TS es que la DT 3.ª de la LC debe interpretarse del siguiente modo: «La ordenación urbanística de terrenos delimitados como suelo urbano no consolidado por la urbanización con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas e incluidos en la zona de influencia de costas ha de respetar los criterios establecidos en el art. 30 de la Ley de Costas» (FJ 6.º).

3.2. Distribución competencial

En cuanto a la distribución competencial en materia de urbanismo y ordenación del territorio, debe hacerse referencia a la *STC 63/2023, de 24 de mayo*, que estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra el art. 173 de la *Ley 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022*, por el que se añade un apartado 6 al art. 7 del *Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell*. En este caso, la controversia objeto de este proceso se encuadra en materia de puertos de interés general, sobre la que el Estado, al amparo del art. 149.1.20 CE ostenta competencia exclusiva, situándose las discrepancias en el alcance e intensidad de la interferencia que en dicha competencia produce el correspondiente ejercicio de las competencias autonómicas en materias de ordenación del territorio y protección del medio ambiente y seguridad industrial. En concreto, el abogado del Estado considera que esta previsión legal autonómica viene a condicionar la actividad en el interior de los puertos al exigir que, cuando se trate del almacenamiento de productos petrolíferos, se guarde una distancia de al menos un kilómetro desde el perímetro exterior de la instalación hasta la zona más próxima de suelos residenciales, dotacionales, educativos o sanitarios, y suelos de uso terciario especial. En la medida en que la regulación cuestionada no diferencia entre las distintas categorías de puertos, se entiende que también afecta a los puertos de interés general cuya regulación es competencia exclusiva del Estado. El precepto recurrido se enmarca en los criterios generales que según el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje han de presidir el crecimiento territorial y urbano en la Comunidad Valenciana. El TC, recordando su doctrina sobre puertos de interés general y el interés general como criterio de prevalencia para la resolución de conflictos, considera en los FFJJ 3.º y 4.º que el conflicto surge al establecer el legislador autonómico, al amparo de su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo, una previsión normativa que fija un criterio territorial sobre localización de actividades económicas. A juicio del TC, esta intervención autonómica interfiere en la competencia

estatal para elaborar y aprobar los instrumentos sectoriales de ordenación de los puertos de interés general y, en concreto, en la implantación efectiva de los usos previstos para cada una de las diferentes áreas en las que se divida la zona de servicio de un puerto de interés general. Es, por ello, que la solución de este conflicto se aborda por el TC desde el criterio del interés prevalente, reconociendo el Tribunal como tal el interés del Estado en relación con la determinación de los usos en materia de puertos de interés general. A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que el precepto es inconstitucional en la medida que sea aplicable a los puertos de interés general de titularidad estatal.

3.3. Planeamiento urbanístico y territorial

Desde una perspectiva general relacionada con el planeamiento urbanístico, y antes de entrar en las novedades jurisprudenciales más destacables en este ámbito, debe hacerse referencia a algunos trabajos doctrinales que se han publicado en 2023. En primer lugar, por ser un tema poco tratado hasta hora en profundidad por la doctrina, resulta altamente recomendable por el rigor que caracteriza el autor el artículo de J. M. BAÑO LEÓN, «La acción popular urbanística: origen y crítica de una figura controvertida», *REDA*, núm. 226, 2023, pp. 11-26. En segundo lugar, con relación a la figura tan controvertida de los convenios de planeamiento debe hacerse referencia al libro de J. ALEMANY GARCÍAS, *Los Convenios urbanísticos de planeamiento. La eterna sospecha de ilegalidad*, Reus, Madrid, 2023. La monografía trata los convenios urbanísticos de planeamiento de manera pormenorizada, ya que los mismos han sido una práctica habitual durante los últimos años, en especial por la Administración local y ciertos promotores inmobiliarios o promotores de suelo, que con la suscripción de estos han condicionado el crecimiento de numerosas ciudades y áreas metropolitanas. En sentido similar, puede consultarse también el artículo de G. SORIA MARTÍNEZ, «Efectos procesales de la nulidad del planeamiento urbanístico sobre los convenios que derivan de él: (comentario a la Sentencia 1511/2022, de 30 de noviembre de la Sección 5.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Rec. 7929/2021)», *RDU*, núm. 359, 2023, pp. 91-122. En tercer lugar, en materia de usos del suelo, debe necesariamente hacerse referencia a una obra muy interesante de la autora C. GIMENO FERNÁNDEZ, *Usos de Sòl per a fer ciutat. Instruments urbanístics per a regular l'establiment d'activitats econòmics*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Finalmente, también destaca por la actualidad del tema y la necesidad de optar por la regeneración de los espacios urbanos frente a la nueva urbanización de los entornos, el libro de F. GARCÍA RUBIO, *El urbanismo del suelo urbano. Por un desarrollo urbano inteligente, inclusivo y que preserve la belleza en tiempos postpandémicos*, Atelier, Barcelona, 2023. El autor analiza no sólo la ciudad existente y el suelo urbano con sus distintas configuraciones, sino también las operaciones urbanísticas que pueden realizarse sobre dicho tipo de suelo profundizando en cuestiones como la movilidad, los apartamentos turísticos, las denominadas «*smart cities*» y la regulación de los precios de los alquileres como política urbana.

3.3.1. *Planeamiento territorial: en concreto, el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral de la Comunidad Valenciana (PATIVEL)*

Indudablemente, uno de los instrumentos que más polémica y debate ha suscitado estos años en el seno de jurisprudencia del TS es el PATIVEL. Este año han sido abundantes los recursos con identidad (total o parcial) de fundamentos que han sido objeto de Sentencias por el TS sobre este plan territorial. Indicativamente, se procede a comentar dos de ellas: la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 1060/2023, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3568) y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 746/2023, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2648). Ambas estiman íntegramente los recursos de casación contra la STSJ-Valencia estimatorias de los recursos interpuestos contra el *Decreto del Consell 58/2018, de 4 de mayo, por el que se aprueba el PATIVEL* que se anula.

En ambas se pone de manifiesto que los PATIVEL son instrumentos de ordenación territorial de rango reglamentario. Como tales, el TS considera:

a) Que el estudio económico-financiero no es necesario en los términos exigibles para los instrumentos de ordenación urbanística, sin perjuicio de que en su tramitación deberá incorporarse 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;

b) Que para poder declarar nulidad del PATIVEL por contener informes neutros equivalentes a inexistentes «deberían haberse precisado suficientemente 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; o, de otro modo, debería haberse indicado el motivo por el que se apreciaba que una específica omisión en las determinaciones del plan comportaba una quiebra de aquel principio o de la necesaria protección de la familia, infancia o adolescencia»;

c) Que en relación con el estudio de alternativas en el marco de la evaluación ambiental estratégica deben contenerse, además de la referencia al alcance y contenido del plan propuesto, 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 de la aplicación del plan o programa. Así en el caso concreto, se considera que el contenido es suficiente y adecuado en función de los objetivos, el ámbito geográfico y territorial, y las determinaciones del PATIVEL.

Por ser idénticas en su fundamentación a la STS comentada, también pueden mencionarse de la misma Sala las SSTS núms. 712/2023 (ECLI:ES:TS:2023:2409); núm. 745/2023, de 7 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2642) y coincidente en fecha, núm. 746/2023 (ECLI:ES:TS:2023:2648), así como la STS núm. 1110/2023, de 4 septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3613).

A nivel doctrinal, sobre los informes económicos, por una parte, puede consultarse este año el artículo de A. CEREZO IBARRONDO, «Viabilidad y sostenibilidad económica:

los tres documentos económicos en los instrumentos de ordenación urbanística», *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 55-120; y, por otra parte, en cuanto a los informes de género, es recomendable la lectura de la contribución de J. AMENÓS ÁLAMO, «Crisis del informe de género e indeterminación del urbanismo con perspectiva de género», *REDA*, núm. 224, 2023, pp. 117-142.

3.3.2. *Planes urbanísticos y evaluación ambiental estratégica*

3.3.2.1. Modificaciones técnicas *vs.* modificaciones sustanciales

En el *ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)*, de 18 de octubre de 2023 (*ECLI:ES:TS:2023:14001A*), el TS admite los recursos de casación tramitados por el Ayuntamiento de Alcobendas, de la Junta de Compensación del Sector S-1 del PGOU de Alcobendas, de la Universidad Politécnica de Madrid y otros contra la STSJ-Madrid por apreciar que existe interés casacional objetivo cuando la resolución afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso. Así, el TS admite los recursos en materia urbanística para reafirmar, complementar, matizar y, en su caso, corregir o rectificar la doctrina jurisprudencial referida a la posibilidad de concretar la nulidad de pleno derecho de un instrumento de planeamiento urbanístico a las precisas determinaciones de este afectadas por el vicio de nulidad (nulidad parcial). En este sentido, el TS admite el recurso para determinar si la sustitución, por razón de su inviabilidad técnica, del soterramiento de una línea de alta tensión por un caballón o montaña artificial con la finalidad de disminuir el impacto visual del pasillo eléctrico constituye una mera modificación técnica o se trata de una modificación sustancial de las previsiones del correspondiente instrumento de planeamiento y, a tal efecto, si requiere una evaluación ambiental específica o si este requisito puede entenderse ya satisfecho con la evaluación ambiental realizada en el instrumento de planeamiento urbanístico.

3.3.2.2. No sometimiento a Evaluación Ambiental Estratégica de un campo de golf declarado de interés turístico

En una problemática que cada vez ocupa más la agenda de los órganos judiciales como el control de legalidad de la implantación de campos de golf, debe recalcar este año la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª)* núm. 1594/2023, de 29 de noviembre (*ECLI:ES:TS:2023:5122*). El TS desestima el recurso en casación confirmando la STSJ-Andalucía por la que se desestima el recurso contencioso administrativo deducido contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se declara campo de golf de Interés Turístico de Andalucía el proyecto de campo de golf «Valle del Golf Resort», ubicado en el término municipal de Mijas (Málaga). La cuestión por dilucidar en la sentencia es si dicha Declaración tiene la consideración de programa

o plan de ordenación del territorio o urbanístico y como tal debe someterse a evaluación ambiental estratégica. En este sentido, la cuestión casacional consiste en determinar si un instrumento jurídico, como la declaración de Interés Turístico de Andalucía de un campo de golf, debe someterse a evaluación ambiental estratégica en tanto esta declaración ha de integrarse en los instrumentos de planeamiento urbanístico correspondientes, que deberán adaptarse a sus determinaciones. El Tribunal, en el FJ 7.º de su sentencia, afirma que dichas declaraciones no pueden ser consideradas como disposiciones generales sometidas a especiales exigencias de tramitación por su posible impacto en el medio ambiente, como ocurre con los planes urbanísticos, sino que más bien son medidas de fomento o impulso por parte del Gobierno andaluz de determinados proyectos que tienen o pueden tener un impacto positivo en la actividad turística en Andalucía. Sin embargo, supedita tales instrumentos en cuanto a su ejecución a la normativa urbanística correspondiente que tiene que darles cobertura y que es esta normativa la que debe someterse a los imperativos medioambientales. En definitiva, la Declaración de Interés Turístico de Andalucía de un campo de golf, a juicio del TS, no debe someterse a EAE, sin perjuicio de que deba someterse a esa evaluación el instrumento de planeamiento que autorice la ejecución del proyecto de campo de golf que se haya beneficiado de esa declaración.

Sobre los cambios constantes que surge el ordenamiento jurídico urbanístico andaluz en los últimos años, interesante resultan doctrinalmente los artículos de V. GUTIÉRREZ COLOMINA, «La supresión del suelo urbanizable en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA)», *RDU*, núm. 360, 2023, pp. 19-29; y de A. J. SÁNCHEZ SÁEZ, «La autorización de viviendas unifamiliares aisladas en suelo rústico en la ley 7/2021, de 1 de diciembre, de Impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 115, 2023, pp. 101-151.

3.3.3. *Modificaciones puntuales en suelo no urbanizable de protección y vulneración del principio de no regresión*

En cuanto a la interpretación del principio de no regresión, este año destaca la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 381/2023, de 22 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1385)*. El TS confirma en casación el recurso interpuesto contra una STSJ-Extremadura estimatoria del recurso deducido frente a una Resolución de la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio, que había aprobado definitivamente una modificación puntual del Plan General Municipal del Ayuntamiento de Cáceres para regular la instalación de plantas para la producción de energía fotovoltaica en parte del Suelo No Urbanizable de Protección de Llanos. El Tribunal comparte la argumentación de la sentencia de instancia en cuanto a que no toda modificación de la ordenación de un suelo o sector protegido implica una regresión ambiental, sino que es necesario que se apruebe un cambio en la clasificación o en la calificación que lleve a

unos usos permitidos menos protectores del medioambiente para que el principio de no regresión se pueda ver vulnerado. En este sentido, el TS recuerda que «el principio de no regresión no constituye una prohibición absoluta, sino que requiere que la modificación reúna una motivación suficiente que justifique que la regresión ambiental es beneficiosa para el interés general» (FJ 4.º). Sin embargo, en el caso concreto, el TS considera que existen suficientes «indicios» de una afección «apreciable» a especies protegidas de las ZEPAS. Para concluir lo anterior, el TS, igual que la sentencia de instancia, remiten al Documento ambiental estratégico que propone evitar estas actividades (plantas solares) en 16 zonas de las 20 analizadas del suelo de Llanos por considerarlas incompatibles con la protección ambiental, dada «la grave regresión que muestra este grupo (de aves esteparias) en los últimos años». Asimismo, se remite también al informe de la Confederación Hidrográfica de Cuenca citado en el Informe de evaluación estratégica que pone de manifiesto que «las actividades que pudieran derivarse tras la aprobación de la misma sí podrían ser susceptibles de causar impactos sobre los ecosistemas hídricos». En este sentido, el TS considera que la regresión ambiental se evidencia, no solo fácticamente, sino también jurídicamente, confirmando que la regresión en materia de medio ambiente en la planificación urbanística es una cuestión objetiva que puede llevarse a cabo sin que para ello sea requisito o condición una alteración de la calificación urbanística (FJ 5.º).

En sentido muy similar se plantea también la desestimación por parte del TS del recurso de casación recaído en la *Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 882/2023, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2023:3236)* que confirma la STSJ-Extremadura estimatoria del recurso contra la Resolución de la Consejera de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio, por la que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General Municipal de Cáceres. La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental. El Tribunal profundiza en el FJ 5.º en toda la jurisprudencia en materia de no regresión y concluye que este principio se erige en un límite al *ius variandi*, es decir a la discrecionalidad del planificador urbanístico que abunda en la necesidad de motivar el interés general al que sirve la potestad de ordenación territorial y urbanística. Para el Tribunal «no se trata de que la versión anterior del plan que se modifica o revisa se erija, de forma mecánica o automática, en canon de validez de la versión nueva modificada o revisada, sino de que, por exigencias del principio de no regresión, la modificación del plan, en la medida en que reduzca el estándar de protección ambiental, ha de tener una justificación por razones de interés público prevalente claramente identificadas y razonadas por el planificador y de suficiente entidad». En este sentido, el Tribunal responde que «la aprobación de una modificación puntual de un instrumento de planeamiento urbanístico que conlleva la modificación de usos en suelo no urbanizable de protección, manteniendo la clasificación, puede vulnerar el principio de no regresión en materia de protección ambiental y determinar la invalidez del plan, tras la adecuada

ponderación sobre la ausencia de razones de interés público prevalente justificativas de la modificación claramente identificadas y razonadas por el planificador».

4. EJECUCIÓN URBANÍSTICA

Antes de adentrarnos en algunos pronunciamientos jurisprudenciales en materia de gestión urbanística, debe comenzarse por hacer referencia en este ámbito a la monografía publicada por M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Régimen jurídico de la gestión urbanística en el Estado Autonómico*, Atelier, Barcelona, 2023. El libro examina todas las cuestiones relacionadas con la ejecución y gestión urbanística desde una perspectiva autonómica, para lo cual analiza de forma sintética todas las normas que sobre la materia se han aprobado, adoptando una mirada crítica también hacia su objeto de estudio para alcanzar más eficacia en la ejecución de los planes y más seguridad jurídica en la aplicación concreta del sistema. Asimismo, resulta interesante este año y en este tema, pero desde una perspectiva más sectorial, la lectura del artículo de G. SORIA MARTÍNEZ, «La gestión de los residuos en los procesos de gestión urbanística», *RDU*, núm. 363, 2023, pp. 21-53.

Una de las sentencias más interesantes este año, por las distintas cuestiones relacionadas con la gestión urbanística que plantea, es la *STSJ-Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 96/2023, de 10 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2023:1106)*. El TSJ de Madrid desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una promotora contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid en los ámbitos del planeamiento «Prolongación de la Castellana» y «Colonia Campamento» para la definición de las determinaciones y parámetros de ordenación de la operación urbanística «Madrid Nuevo Norte», con la precisión de condicionar la eficacia de tal aprobación hasta el cumplimiento de las modificaciones que se determinan en el Anexo. El primer motivo de impugnación es que se imputa como cargas de urbanización el coste de la ejecución de un túnel y dos puentes cuando constituyen unas infraestructuras que exceden del servicio al ámbito y que deben ser asumidas íntegramente por las Administraciones públicas, y no por los propietarios de suelo. El TSJ no acoge este argumento por compartir con la Administración demandada que la modificación ha fijado de forma razonable el coste de la infraestructura a los dos ámbitos, garantizando así el cumplimiento del principio de equidistribución mediante la asignación del coste en proporción al aprovechamiento de cada uno de ellos. Así, considera que el túnel es una infraestructura de conexión entre dos ámbitos, y aunque fuera red general exterior por su justificada adscripción a esos ámbitos, esa asignación de costes es ajustada a Derecho. El segundo motivo de impugnación es que se atribuyen aprovechamientos urbanísticos dentro del cálculo de edificabilidad a terrenos ocupados por dotaciones públicas sin que hayan sido objeto de transformación urbanística. El TSJ tampoco acoge este argumento y considera que el cubrimiento es el conjunto funcional de estructuras y sistema de evacuación y ventilación, siendo todo este espacio ferroviario

una transformación urbanística que se ha de incluir dentro del APE, siendo esta solución coherente con los criterios establecidos por el instrumento para definir las intervenciones que suponen transformación. A efectos del cálculo de edificabilidad se opta por los suelos de sistemas generales que son objeto real de transformación. Para el Tribunal, la superficie afectada por la modificación se divide en cuatro áreas homogéneas, coincidentes en cada caso con cada uno de los nuevos ámbitos de actuación objeto de delimitación, por lo que el cálculo de su edificabilidad vendrá establecido discrecionalmente por el planeamiento general en función de las estrategias propuestas y por comparación con los coeficientes de edificabilidad de las áreas homogéneas colindantes. El tercer motivo de impugnación es que la empresa promotora considera que resulta contraria a Derecho la calificación como parcelas con calificación superpuesta de los tramos del sistema general ferroviario del área homogénea atravesados por puentes que conectan tres barrios. Este argumento tampoco se comparte por la Sala, dado que la mutación demanial que se produce como consecuencia del cubrimiento del sistema ferroviario no constituye una ficción jurídica, sino que es consecuencia de la participación en el procedimiento de equidistribución del aprovechamiento que corresponde a la parcela en cuestión en los términos expresados y la determinación de que sobre la misma se cumpla el deber de cesión de redes locales. Finalmente, la parte recurrente considera que los túneles y puentes de comunicación bajo la M-30 deben definirse como infraestructuras comunes, correspondiendo su coste al conjunto de las áreas homogéneas y no exclusivamente a cargo del Centro de Negocios Chamartín. El TSJ tampoco comparte este argumento puesto que, a su juicio, este puente conecta dos porciones del ámbito discontinuo situadas a los dos lados de la Calle 30 cumpliendo la exigencia legal de carácter funcional de las áreas homogéneas, correspondiendo su ejecución a dicho ámbito y siendo su coste imputado a los propietarios al ser infraestructura de conexión y además necesaria para dar continuidad funcional a dicha área homogénea.

5. DISCIPLINA URBANÍSTICA

5.1. Responsabilidad patrimonial por declaración de nulidad de dos licencias urbanísticas (*dies a quo*)

En materia de responsabilidad patrimonial en el ámbito de la disciplina urbanística, destaca este año la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 853/2023, de 22 de junio (ECLI: ES:TS:2023:3060)*. El TS estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ-Cataluña que se anula y, en consecuencia, se estima el recurso de apelación interpuesto contra la SJCA-Barcelona sobre impugnación de la desestimación, por el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés, de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la mencionada Corporación. La reclamación versa sobre daños y perjuicios con ocasión del otorgamiento de una licencia urbanística para ordenación de volúmenes y legalización de la edificación situada en el mencionado municipio. El

TS ordena la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse la mencionada sentencia, para que el Tribunal de instancia, excluida la prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial, se pronuncie sobre la concurrencia de dicha responsabilidad de la Corporación Municipal y, en su caso, se fije el importe de la correspondiente indemnización. Para el TS, la cuestión que merece interés casacional objetivo es determinar el inicio del plazo anual para reclamar la responsabilidad patrimonial por anulación de una licencia urbanística, conforme a la cual se acometió una edificación, cuando dicha licencia, pese a su inicial anulación por sentencia judicial, «permaneció legalizada por un planeamiento posterior», el cual fue también posteriormente anulado. Realmente, el caso no trata de si la licencia inicial de 2001 se mantuvo vigente más o menos tiempo, es decir, mientras se acometía la modificación del planeamiento municipal que terminaría habilitando la edificación, sino si la licencia que le fue concedida tras dicha aprobación de la modificación del planeamiento puede generar la responsabilidad reclamada. A juicio del TS, es ese el planteamiento del proceso y la pretensión accionada porque el recurrente no imputa el daño a aquella primera licencia, sino a la segunda. En ese sentido, el Tribunal aclara y confirma que el cómputo del plazo anual ha de realizarse desde la fecha de la sentencia anulatoria del planeamiento que autorizaba la realización de la obra, luego declarada ilegal por anulación del planeamiento (FJ 3.º). A la vista de lo anterior, el Tribunal ordena la retroacción de actuaciones para que por el Tribunal de instancia se proceda, una vez excluida la prescripción, a examinar la pretensión indemnizatoria accionada y, en su caso, determinar el *quantum* indemnizatorio, a la vista de las confusas actuaciones que resultan del expediente.

5.2. Concesión de licencia municipal de obras y solicitud de revisión de oficio por la Administración autonómica

Especialmente interesante resulta para las entidades locales en materia de disciplina urbanística la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) núm. 1479/2023, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:4932)*. El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra STSJ-Andalucía, por la que se estima el recurso de apelación formulado contra Sentencia del JCA-Almería estimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado contra Resolución adoptada por el Pleno del Ayuntamiento de Roquetas de Mar. La Resolución desestima la revisión de la licencia de obras concedida por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, y concede la licencia de primera ocupación para dicha obra. Entre otras cuestiones que presentan interés casacional, la más importante consiste en determinar si cabe mantener la falta de legitimación de la Administración autonómica para requerir a la Administración local la utilización de la vía de la revisión de oficio de una licencia urbanística, aun en el caso de que esta legitimación pudiera estar amparada por la normativa autonómica, por resultar inexcusable acudir indefectiblemente al procedimiento de impugnación de actos y acuerdos previsto en el art. 65 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*, o si, por el contrario, se trata de procedimientos complementarios. El TS en el FJ 7.º recuerda que la Adminis-

tración autonómica carece en principio de legitimación para instar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho emanados de la Administración local, al menos que exista una previsión legal específica que atribuya la legitimación para ello expresamente a la Administración autonómica. A juicio del Tribunal, en el caso concreto «dicha legitimación le había sido reconocida a la Junta de Andalucía en un proceso anterior en sentencia que ganó firmeza, produciendo los efectos de cosa juzgada, por lo que tratándose del mismo asunto dicha legitimación no le podía ser negada posteriormente por la misma Sala de Granada, como tampoco se le puede negar ahora en casación, porque ello supondría vulnerar el derecho a la invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, derecho que está estrechamente relacionado con el principio de seguridad jurídica y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como expresa el TC en su STC 23/2005, de 14 de febrero». A la luz de lo anterior, aunque el TS admite que la doctrina aplicada al caso debería dar lugar a la estimación del recurso de casación, sin embargo, tal decisión está vedada dicho, por impedirlo la cosa juzgada material que deriva de la STSJ-Andalucía, sentencia que reconoció la legitimación ahora discutida y que es inatacable por razón de su firmeza.

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; Autoridades autonómicas de aplicación del Derecho de defensa de la competencia; ayudas públicas.

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. No resulta contraria al Derecho de defensa de la competencia la adjudicación de una concesión municipal para prestar el servicio de pago mediante *app* de estacionamiento limitado. 2.2. Se declaran contrarias a la competencia conductas restrictivas procedentes de concesionarias que prestan servicios funerarios en el tanatorio de competencia municipal. 2.3. Se declaran contrarias a derecho conductas restrictivas de la competencia de varias empresas en el marco de licitaciones municipales.—3. SERVICIOS PÚBLICOS: 3.1. Reforma de la LRBRL por Real Decreto-ley 6/2023 en relación con los servicios públicos locales. 3.2. Ausencia de implantación de servicios municipales de carácter obligatorio. 3.3. Formas de gestión de los servicios públicos: la gestión directa mediante sociedad mercantil plurimunicipal como medio propio. 3.4. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia: en materia de aguas.—4. INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PARTICULARES: 4.1. La contradicción con el Derecho europeo de limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona. 4.2. La regulación de licencias

para el estacionamiento de ciclomotores y motocicletas de uso compartido en régimen de explotación económica. 4.3. La regulación municipal de los horarios para apertura de salones de juego. 4.4. La necesidad de modificar el planeamiento urbanístico local que prohíbe los usos turísticos de las viviendas.—5. FOMENTO MUNICIPAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PRIVADA: 5.1. Preferencia por el otorgamiento de ayudas a través de procedimientos competitivos. 5.2. Ilegalidad de la concesión de subvenciones locales a empresas domiciliadas en el municipio.

1. INTRODUCCIÓN

En el último año 2023 se detectan cuestiones especialmente relevantes en relación con el sector de defensa de la competencia, señaladamente nos encontramos con una STS de 30 de marzo que se pronuncia en relación con el servicio tecnológico de pago de estacionamientos regulados, sobre el que desde hace tiempo se venía produciendo cierta controversia, y no sólo en sede judicial sino que existían incluso opiniones discrepantes de las distintas Autoridades de la competencia.

En el ámbito de los servicios locales se reseñan sucintamente los cambios introducidos por el Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público. Asimismo, se advierte en este ámbito de los servicios públicos que durante esta última anualidad hay pronunciamientos judiciales en los que se pone claramente de relieve que siguen planteándose problemas en algunos municipios a causa de la omisión de la implantación de servicios locales en partes de su territorio. En la mayoría de los casos enjuiciados se recogen las mismas pautas: se reconoce legitimación a los recurrentes en su calidad de vecinos, se falla contra la Administración y, por consiguiente, se considera que se ha incurrido en inactividad material de la Administración municipal.

Por último, dejando a un lado tanto las cuestiones sobre la regulación municipal de ciertas actividades, como los problemas relativos a las ayudas públicas, resulta especialmente significativa, en relación con la incidencia local en las actividades económicas privadas el contenido de la STJUE de 8 de junio, asunto C-50/2. Esta sentencia conoce de la cuestión prejudicial planteada en relación con el litigio pendiente sobre la reglamentación del servicio de transporte privado de vehículos con conductor (VTC) en el área metropolitana de Barcelona. En esta sentencia se pone claramente de manifiesto la contradicción de ciertas reglas contenidas en esa normativa local con las libertades económicas garantizadas por el Derecho europeo primario.

2. DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y ACTIVIDADES DE LOS AYUNTAMIENTOS

2.1. No resulta contraria al Derecho de defensa de la competencia la adjudicación de una concesión municipal para prestar el servicio de pago mediante *app* de estacionamiento limitado

El TS conoce en *STS de 30 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1624)* de la impugnación en recurso de casación de la actuación municipal consistente en la adjudicación de la gestión del servicio de estacionamiento regulado mediante el sistema de concesión administrativa. El Tribunal declara en este caso que no cabe entender que el ayuntamiento hubiera infringido el ordenamiento jurídico y considera que no se trataba de una actuación que vulnerase el Derecho de defensa la competencia como pretendía la parte recurrente. En este caso la demandante era una empresa que, competidora con la concesionaria municipal, alega que no puede entrar en el mercado de servicio de pago de estacionamiento regulado mediante *app*, al haberse cerrado este cuando se configuró dicha actividad como un servicio público susceptible de prestación mediante una concesión administrativa. Según el fallo emitido por el alto Tribunal no puede calificarse como abuso de posición de dominio la actuación llevada a cabo por el ayuntamiento en la medida en que consistió en el ejercicio de una potestad pública de adjudicación de un servicio público de carácter económico, con sujeción al derecho administrativo, por lo que no implicaba en cuanto tal adjudicación, una actuación contraria al derecho de la competencia. Con esta solución el TS confirma la sentencia del TSJ Aragón de 9 de junio de 2021 que a su vez declaró válida la Resolución dictada el 11 de mayo de 2018 por la Autoridad autonómica de la competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón. En esta decisión administrativa el organismo aragonés denegó la incoación de procedimiento sancionador solicitada por la parte recurrente contra el Ayuntamiento de Zaragoza ante la negativa de este Consistorio de dar libre acceso a la plataforma municipal o a los datos necesarios para que la denunciante pudiera prestar el servicio de pago del estacionamiento en áreas reguladas, que era prestado por la UTE a la que el municipio había otorgado previamente la concesión.

Los presupuestos de los que parte el Tribunal para llegar a esta solución son tres. El primero de ellos, no tiene consecuencias sobre la solución a la que se llega a la sentencia, pero con él se deja en todo caso a salvo la doctrina jurisprudencial ya consolidada —en concreto en las SSTs de 9 de marzo de 2015 y de 18 de julio de 2016— en la que se hace referencia al concepto de empresa como destinatario de las normas de la competencia. Se utiliza en este contexto un concepto amplio y funcional de empresa, que engloba a las Administraciones públicas, en el que lo relevante «no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta sino que la conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia». Pero aunque se baraja este concepto amplio de empresa, ello no le conduce al Tribunal a englobar en él a la Administración en este supuesto, puesto que considera

que no se le puede imputar el abuso de posición de dominio, porque a juicio del TS «ni realiza la actividad económica a la que se refiere la concesión ni tampoco ha llevado a cabo alguna actuación material apta para causar el resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia que, en fin, haya contribuido de manera decisiva y activa a la práctica anticompetitiva».

El segundo presupuesto del que el TS parte, es el de considerar que la actuación llevada a cabo por la Administración se integra en el ejercicio de competencias propias (art. 25 LRBRL) de prestación de un servicio público y de ordenación del tráfico y que esto implica la inaplicación de las normas de la competencia —aunque el Tribunal explícitamente no alega en ningún caso que el acto de adjudicación encuentre cobertura en una ley y por ello quede exonerado de la aplicación de las normas de la competencia (art. 4.2 LDC)—. Para el TS basta con que «se trata de un acto administrativo formalmente adoptado con arreglo a la normativa de contratos del sector público, de modo que cualquier vulneración de las normas del ordenamiento jurídico, incluidas las normas que regulan la competencia, los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, pueden ser invocadas y analizadas en sede jurisdiccional contenciosa».

En tercer lugar, en la sentencia se afirma (aunque sin basarse en prueba alguna) que la configuración de la concesión no implicaba *per se* la creación de barreras o restricciones a la competencia ni el cierre a la entrada de otros operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación al mercado del servicio de pago de estacionamiento mediante dichas tecnologías. Asimismo, en relación con la negativa a suministrar los datos para prestar esa actividad económica por parte de la concesionaria, el TS, entiende que esto no le incumbe al ayuntamiento, porque afecta al desarrollo de la actividad económica de la entidad concesionaria.

En todo caso, lo que la sentencia confirma es la validez de la no incoación de un procedimiento sancionador contra la Administración por esa actuación, pues entiende que no cabe imputar a la Administración, ni de forma directa ni indirecta, el abuso de posición de dominio (*ex art. 2 LDC*). Las razones que aduce el Tribunal es que no se reconduce ni a una actividad económica material, pues esta es el contenido de la concesión, ni tampoco se lleva a cabo una actuación material («apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictiva de la competencia que, en fin, haya contribuido de manera decisiva y activa a la práctica anticompetitiva»). En el fondo quiere dejar claro que no puede encajar el supuesto en aquellas sentencias citadas en la sentencia como precedentes, en las que sí hubo infracción por parte de la Administración del Derecho de defensa de la competencia al tratarse de una actuación en la que se ejerce materialmente poder público (se habla de «ejercicio de sus competencias como poder público dotado de *imperium*»).

Por otro lado, la solución que adopta el mencionado fallo del TS parece decantarse por una salida ante la controversia existente, dado que sobre este tipo de asuntos se habían pronunciado ya diferentes Autoridades de la Competencia de forma opuesta. Así, tanto la CNMC como el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón habían

considerado que la inclusión del servicio de pago del estacionamiento mediante *app* de móvil dentro de las prestaciones integradas en los contratos de concesión de gestión del propio estacionamiento regulado, era una práctica restrictiva de la competencia pero, a pesar de estas consideraciones, estas Autoridades declararon que, como tal, esta práctica no infringiría la legislación española de Defensa de la Competencia (LDC). Frente a este resultado, para la Autoridad de la Competencia de Cataluña, seguida en este punto por la Comisión valenciana de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León. *Vid.* al respecto el informe que elaboramos en *Anuario de Derecho municipal 2019* (2020), pp. 413 y ss., tal inclusión sí que podría considerarse como una conducta infractora de las normas de defensa de la competencia. La cuestión que se deriva la sentencia del TS es que niega incluso la mayor: esto es, considera que en la práctica no se han producido si quiera estas restricciones a la libre competencia.

2.2. Se declaran contrarias a la competencia conductas restrictivas procedentes de concesionarias que prestan servicios funerarios en el tanatorio de competencia municipal

En el ámbito de los servicios funerarios se siguen apreciando conductas restrictivas de la competencia. Se trata de un mercado que, a pesar de haber experimentado un proceso paulatino de liberalización, continua, por las características propias del mismo, sometido con bastante frecuencia a ciertas dinámicas que, como las Autoridades de la competencia ponen de manifiesto, limitan el comportamiento de los operadores en el mercado, tanto a nivel estatal como autonómico y, en algunos casos, también local, incluso a través de ordenanzas. Esto último es muy importante porque la prestación de servicios funerarios y, más concretamente, de cementerio, resulta ser, en la mayoría de los casos, de carácter local; de hecho, el mercado geográfico es de ámbito municipal y sólo requiere de previa autorización municipal la prestación de servicios que desarrollan libremente las empresas del mercado. Además, la oferta de servicios funerarios tiende a ser de carácter local, no sólo por la naturaleza de las prestaciones o las exigencias de la demanda, sino también por la imposibilidad de que el proveedor de muchos de estos servicios se encuentre en un lugar lejano —como ejemplo sucede en la provisión de lápidas—. Con todo, se comprueba que, en la actualidad, la incorporación de las grandes empresas funerarias y la difusión de acuerdos de asociaciones y de agrupaciones de empresas está empezando a permitir que el ámbito territorial en el que se opera sea mucho más amplio.

Asimismo, hay que advertir —como lo hacen los informes de las Autoridades de Defensa de la Competencia—, que dentro del mercado de servicios funerarios es posible distinguir varios mercados de producto, entre otros, el mercado de servicios auxiliares o complementarios pero conexos a los servicios funerarios (colocación de lápidas, de elementos decorativos, entre otros, etc.).

Por otro lado, numerosos ayuntamientos han optado por la gestión indirecta de los servicios de cementerio por parte de empresas funerarias —normalmente a través

de contratos de concesión, pero también en algunos casos a través de sociedades mixtas con capital privado minoritario—. En otros supuestos se hace a través de empresas públicas, sociedades de capital de titularidad municipal. En todos los casos las tarifas resultan autorizadas por el ayuntamiento. Se trata de supuestos en los que el acceso a la infraestructura de cementerio se convierte en objetivamente necesario para que las empresas puedan prestar sus servicios auxiliares al principal, y ello hace que la posición de dominio que ostenta la concesionaria o la empresa pública o, en su caso, la empresa de capital mixto, tenga que ejercerse sin incurrir en abuso. Son muchos los casos en los que se denuncia abuso y atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, pueden ser distintas las consecuencias. Puede suceder que la Autoridad de la competencia aprecie que no concurre y archive la denuncia —es el supuesto de la *Resolución de 22 de junio de 2023, Expte. San 2020-2 Lapidar, de la Comisión de Competencia de la Generalitat de Valencia*— o, por el contrario, resuelva lo contrario, decide incoar expediente sancionador y sancionar. Así es el caso de la *Resolución de 16 de diciembre de 2022 de la Comisión gallega de la Competencia, Resolución 4/2022 - Tanatorio de Poio*, en la que, ante la existencia un único tanatorio, se aprecia que el acceso se deniega a ciertas empresas funerarias de forma injustificada. También es el caso de la *Resolución de 28 de noviembre de 2023 del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León, TDC/SAN/6/2023*, que finaliza con terminación convencional, en el que las empresas concesionarias del velatorio municipal se comprometen a publicar las tarifas y que sean las mismas para todos los operadores que accedan a la infraestructura. Asimismo se comprometen a que los descuentos aplicables resulten iguales a todos los operadores que presten servicios en el tanatorio, sin discriminación entre unos y otros.

Estas decisiones de las Autoridades de la Competencia son revisables ante los respectivos tribunales en sentido positivo y negativo. Así, no se considera finalmente conducta infractora de la competencia en el caso de la *SAN de 28 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3466)*, que conoce del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Mémora Servicios Funerarios, S. L. (en adelante Mémora) frente a la resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (CNMC) de 12 de septiembre de 2017, recaída en el expediente Samad/12/10, Tanatorios Coslada, por la que se le imponía a la actora una sanción de multa por abuso de posición de dominio. En ella se considera no probada la conducta que se le imputa a la entidad, en definitiva, se declara que no hay constancia de la «persistencia» de comportamientos indebidos.

Sin embargo, la *SAN de 28 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3463)* sí considera conforme a Derecho la resolución sancionadora dictada por la CNMC, contra Servicios Funerarios Funemadrid, S. A., concesionaria y al propio Ayuntamiento de Leganés, por presuntas prácticas contrarias al art. 2 LDC. Se trata de conductas realizadas en el mercado de servicios de cementerio con el objeto de impedir o restringir la competencia en un mercado conexo como es el de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias y producir restric-

ciones a la libertad económica de otra empresa dedicada a la realización de todo tipo de trabajos en piedra y mármol relacionados con los enterramientos, sepulcros, etc., al denegarle la autorización para prestar sus servicios en el Cementerio Municipal. Se sanciona por ello con base en el art. 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de la Ley de Defensa de la Competencia, dado el carácter «injustificado» de la negativa a satisfacer la demanda de compra de productos o de prestación de servicios. En consecuencia con ello, la misma sentencia explica, siguiendo la jurisprudencia del TS, que es cierto que «la prohibición de negativa de suministro» —así se conoce el tipo infractor— debe conciliarse con el derecho a la libertad de empresa, pues también las empresas dominantes tienen derecho a elegir con quien comercian. De hecho la jurisprudencia ha mantenido que el límite a la libertad debe establecerse en que la negativa a suministrar un producto sea susceptible de eliminar la competencia en el mercado (el «mercado descendente») por cuanto el insumo o servicio sea objetivamente necesario para operar. Así las cosas, resulta un factor relevante a los efectos de valorar ese posible abuso el que la empresa dominante compita en el mercado descendente con el comprador al que se niega a suministrar. De todas formas, a tenor de la jurisprudencia citada, no cualquier negativa de suministro puede ser sancionada sino sólo aquellas que no estén justificadas en aras a conseguir una mayor eficiencia. En este caso se demuestra que estos servicios no están asignados en exclusiva a la concesionaria y que esta debe permitir el acceso al cementerio a toda empresa que lo solicite y pague las tasas correspondientes a la autorización, máxime tratándose de un instalación de carácter público como es el cementerio municipal de Leganés.

2.3. Se declaran contrarias a derecho conductas restrictivas de la competencia de varias empresas en el marco de licitaciones municipales

En materia de contratación, hay varios acuerdos de la Autoridad catalana de defensa de la competencia declarando las conductas de varias empresas como prácticas prohibidas por el art. 1 LDC, tratándose de conductas que se desarrollan a consecuencia de licitaciones municipales. Destaca la *Resolución de la Autoridad catalana de defensa de la competencia de 15 de mayo de 2023 relativa al Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú, expediente 98/2018*, relativa a las concesiones de dominio público de la zona marítimo-terrestre de las playas del municipio para la instalación y explotación de seis servicios de playa —chiringuitos—.

Asimismo, en este ámbito concurren varios pronunciamientos jurisprudenciales. Cabe señalar la *STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:230)*, la Resolución dictada por la Agencia de la Competencia de Cataluña de 20 de noviembre de 2019, en virtud de la cual fueron individualmente sancionadas por infracción del art. 1.1 LDC varias empresas que se presentaron a licitaciones municipales para la prestación de servicios en las playas y zonas marítimo terrestres del Ayuntamiento de Palafrugell.

3. SERVICIOS PÚBLICOS

En este ámbito de los servicios públicos cabe citar durante esta anualidad las aportaciones de E. MONTOYA MARTÍN «Algunas reflexiones sobre los servicios públicos e iniciativa económica local: Balance tras diez años de aprobación de la LRSAL», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, pp. 29-58; M. DOMÍNGUEZ MARTÍN, sobre «El fortalecimiento de los servicios públicos municipales en los planes de lucha contra la despoblación», en C. NAVARRO, Á. R. RUIZ PULPÓN y F. VELASCO CABALLERO (dirs.), *Despoblación, territorio y gobiernos locales*, pp. 208-229; D. SANTIAGO IGLESIAS, «La prestación de servicios públicos locales en zonas despobladas o en riesgo de despoblación: Retos y oportunidades» en el libro colectivo coordinado por Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *Despoblación, cohesión territorial e igualdad de derechos*, pp. 201-262.

Resultan reseñables también los trabajos de J. P. VIÑAS BOSQUET, «Liberalización de servicios públicos locales en mercados imperfectos», *Revista de Estudios Locales, Cunal*, núm. 260, pp. 74-105. Asimismo, resultan de interés los artículos de L. URBANEJA VIDALES, «¿Existe desproporción en la organización de los servicios públicos en el ámbito local?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 993. Sobre la gestión de los servicios locales, cabe remitirse a los trabajos de B. ROVIRA LÓPEZ, «El coste efectivo de los Servicios públicos y la incidencia de la forma de gestión en la eficiencia y economía», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 2; el artículo de B. M. VIGO MARTÍN y M.^a ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, «Las órdenes de continuidad de servicios públicos locales objeto de concesión en la normativa, doctrina y jurisprudencia y el ejercicio de control sobre los expedientes: función interventora u omisión de fiscalización», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 6, y el de G. ROTGER COLL, «Modelo de control de los principios de buena gestión en los servicios públicos locales prestados de forma directa por la propia entidad», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, pp. 58-75. Por último, también cabe citar a J. I. HERCE MAZA, «Principio de subsidiariedad y mundo local. Hacia la sostenibilidad a través de la elección de la forma de gestión de los servicios públicos», en J. E. CANDELA TALAVERO y D. SERNA BARDAVÍO (dirs.), *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, pp. 319-346; J. A. NAVARRO MANICH, «Las formas cooperativas de contratación para la prestación de servicios locales», en I. MARTÍ SARDÀ (dir.), *Anuario de Contratación Pública 2022, 2023*, pp. 429-474.

3.1. Reforma de la LRBRL por Real Decreto-ley 6/2023 en relación con los servicios públicos locales

Por Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de noviembre, se han introducido modificaciones en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL)

con el fin de mejorar la prestación de los servicios públicos locales a través de medios digitales (como las aplicaciones) y apoyar especialmente a las ciudades pequeñas en el marco del cumplimiento y ejecución de los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) ante la Unión Europea. Para lo primero se introduce un nuevo art. 70 *quater* LRBRL, en el que se establece una doble obligación para las entidades locales: elaborar «planes que tengan por objeto la implementación de mecanismos digitales y crear y mantener un portal de internet de información a los vecinos y de acceso a los servicios públicos digitalizados para los que así se determine, que opere como plataforma tecnológica de comunicación entre aquellos y la Administración local destinada a promover la digitalización progresiva de los servicios públicos». En este portal, las entidades locales deberán publicar toda aquella información que juzguen adecuada a tal fin, así como la relación de servicios públicos a los que se pueda acceder por el portal o los vínculos a la información sobre el acceso a los servicios públicos disponibles en el territorio.

Con ello se avanza en el establecimiento de relaciones electrónicas entre las entidades locales y la ciudadanía, comenzó en el año 2007 a través de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Asimismo, con el fin de mejorar la prestación de servicios públicos por parte de las «ciudades pequeñas», el Real Decreto-ley 6/2023 añade un nuevo apartado al art. 25 de la LRBRL, el 6, en el que se introduce el *principio de diferenciación* en la atribución de competencias a los municipios. En este nuevo art. 25.6 LRBRL se establece que con carácter previo a la atribución de competencias a los municipios, de acuerdo con el principio de diferenciación, deberá realizarse una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencia. De momento no se han establecido las consecuencias que de dicha ponderación puedan derivarse. Además se introduce nuevamente la posibilidad de adoptar, en municipios de menos de 20.000 habitantes, fórmulas de gestión colaborativa tendentes a garantizar el cumplimiento de las competencias municipales y la prestación de calidad de los servicios públicos mínimos obligatorios, de forma además financieramente sostenible. Para ello, se enuncian una serie de medidas que tratan de materializar la gestión colaborativa (sometidas a autorización de la comunidad autónoma y previo informe de los municipios concernidos). Entre las medidas que pueden adoptarse por parte de los municipios de menos de 20.000 habitantes se encuentran aquellas que van de la racionalización organizativa y de funcionamiento a fórmulas de gestión comunes o asociativas; sostenimiento del personal en común con otro u otros municipios, así como fórmulas de «fomento del desarrollo económico y social de los municipios». Se puede considerar que esto puede implicar una flexibilización en el rígido régimen de organización «común» previsto por la legislación de régimen local para los municipios de menos de 20.000 habitantes.

Un estudio de esta reforma que ha sufrido la LRBRL ofrece C. CAMPUS ACUÑA, «Las claves de la reforma de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por

Real Decreto-Ley 6/2023», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2024.

3.2. Ausencia de implantación de un servicio municipal de carácter obligatorio

En la *STSJ de Andalucía de 18 de mayo de 2023* (ECLI:ES:TSJAND:2023:4458) se estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que declara conforme a derecho la desestimación presunta de la solicitud de prestación del servicio municipal de transporte colectivo urbano, la cual se revoca; por lo que se condena a que el ayuntamiento preste a la comunidad solicitante el servicio de transporte colectivo urbano.

En concreto esta sentencia sigue la corriente jurisprudencial, de la que exponente la *STS de 3 de febrero de 2022* (ECLI:ES:TSJAND:2022:981), reseñada en el informe del *Anuario de Derecho local* del año 2022, que a su vez es continuadora de la doctrina jurisprudencial que comenzó con la STS de 22 de septiembre de 2004, que su momento se posicionó a favor de la demanda de los vecinos en favor de la nueva implantación de servicios públicos obligatorios cuando se trata de la solicitud de servicios ya implantados y prestados en el resto del municipio. En el caso enjuiciado por la STSJ de Andalucía que comentamos el ayuntamiento venía prestando el servicio público de transporte colectivo de viajeros a través de una empresa concesionaria, pero, aunque estuviera cumpliendo con su obligación de prestar dicho servicio público, la cuestión puntual que se había suscitado en el recurso es que la demandante había pedido que se colocara otra parada más próxima a su urbanización. El tribunal de primera instancia, confirmó la negativa (por silencio administrativo) de la Administración, ya que en la medida que se la impusiera la implantación de la parada de autobús, ello obligaría a su implantación también en otras urbanizaciones. El TSJ de Andalucía, a la vista de los datos jurídicos —*art. 26.1.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*— y fácticos —que se prueba que los actores que vivían en una urbanización legal (prevista en el planeamiento urbanístico aprobado por el municipio) y que tenían que ir a buscar el autobús a unos 400 metros andando por carretera comarcal, en suelo no urbanizable sin aceras ni iluminación—, considera que concurren razones de seguridad que obligan al municipio a establecer una parada del transporte colectivo en un lugar próximo a la indicada urbanización. Las razones que llevan a la solución, a juicio del tribunal, se encuentran en que disponer de una parada cercana no supone especiales dificultades técnicas y sin embargo, sí comporta riesgos (sobre todo, en horas nocturnas) deambular por una carretera comarcal casi medio kilómetro, sin aceras ni iluminación, para alcanzar la parada de autobús urbano más próxima a la barriada, comporta una cierta inseguridad para la integridad física de las personas.

De un caso similar conoce el *Tribunal de Justicia de Islas Baleares en la STSJ de 8 de septiembre de 2023* (ECLI:ES:TSJBAL:2023:1158), en la que también se interpuso recurso contencioso contra la inactividad de la Administración (arts. 25, 29 y 32 LJCA)

respecto a la obligación de dotar a las viviendas de una urbanización del servicio público de agua potable y apto para el consumo humano. En este caso se resuelve sobre la admisibilidad medida cautelar positiva solicitada por la recurrente e inadmitida en primera instancia consistente en la conexión a la red general de suministro de agua potable de las viviendas en la forma que se considerase más adecuada por parte del ayuntamiento. Para resolver esta cuestión el TSJ invoca el art. 136 de la Ley Jurisdiccional y considera que tal artículo no es aplicable porque entiende que tampoco lo es el art. 29 LJCA, en la medida que la implantación del servicio requiere de múltiples actos administrativos de aplicación. Así lo considera, pese a que también sostiene que la regulación legal obliga a los ayuntamientos a dispensar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable (arts. 25.2.c) y 26.1 LRBRL), pero también reconoce que, al tratarse de un municipio con población inferior a 20.000 habitantes, dicho servicio deberá ser coordinado por el Consell Insular [art. 26.2.b) LRBRL].

Asimismo, cabe citar la *STS de 25 de abril de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4807)*, en la que se recurre la inactividad municipal por parte de los vecinos con base en el art. 18.g) LRBRL para exigir la prestación y el establecimiento de un servicio público, que constituye competencia obligatoria municipal, para cuyo concreto y efectivo ejercicio no precisaba de ningún acto aplicativo posterior, según la sentencia, que invoca en este sentido el tenor literal del art. 25.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en relación con la protección frente a la contaminación acústica. En ella se condena a la Administración municipal, aunque el ayuntamiento había realizado un número considerable de inspecciones en el local de propiedad particular generador de los ruidos, se sostiene que ello resulta irrelevante pues lo realmente importante es la eficacia de las medidas adoptadas.

3.3. Formas de gestión de los servicios públicos: la gestión directa mediante sociedad mercantil plurimunicipal como medio propio

En la *STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:1346)* se declara la conformidad a derecho del cambio de gestión indirecta a directa del sistema de gestión del servicio de abastecimiento de agua potable en alta en varios municipios acordada por el la resolución del Consell Comarcal de l'Alt Empordà. En concreto, la gestión directa la asumía la empresa pública plurimunicipal, que es considerada como medio propio de las tres Administraciones intervinientes, quedando sujeta a su control decisonal directo, pero, aunque así no fuera, el Tribunal declara en la sentencia que, en todo caso, existiría el denominado «control análogo conjunto», que permite el ejercicio conjunto del control, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente. Esto declara el Tribunal a diferencia de lo que alega la parte recurrente, la cual considera que la empresa plurimunicipal FISERSA no puede considerarse como un medio propio del Consell Comarcal, dada su escasa participación social, así como su reducida representación en los órganos societarios, ya

que dicha influencia la ejercería en exclusiva el Ayuntamiento de Figueres, accionista mayoritario en tal empresa y con mayor representación en sus órganos (participa en el capital social con el 99,782 por 100 y nombra a 21 de los 25 miembros de la junta y la mayoría de los componentes de su consejo de administración). Desde esta perspectiva, que es el punto de vista de la recurrente, el Consell Comarcal no podría formular a la empresa encargos directos sin una licitación pública sujeta a la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, no podría ejercer un poder directo junto con el resto de poderes adjudicadores que participan en su capital. En definitiva, a su juicio ello comporta que la adjudicación del servicio tendría que haberse sometido a licitación pública, al no tener el Consell Comarcal influencia decisiva sobre la empresa plurimunicipal, ni existir un control conjunto. A pesar de estas alegaciones, el Tribunal de Justicia de Cataluña en la citada sentencia, sí considera que la empresa es un medio propio, basándose en el art. 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, específicamente en su art. 32. El tribunal también hace mención de la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia Europeo sobre la contratación doméstica o *in house providing*. Conforme a la doctrina jurisprudencial del TJUE esta se configura como una excepción a la aplicación de la normativa de contratación pública aunque deba ser interpretada de forma restrictiva, de modo que sea necesario evitar adjudicaciones directas que puedan menoscabar el principio de libre competencia. Destaca esta sentencia la fórmula de los medios propios como aquella a través de la cual los poderes adjudicadores pueden encargar la ejecución de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a otra persona jurídica distinta de ellos, ya sea de Derecho público o de Derecho privado. En definitiva, la STJ de Cataluña considera a la empresa como medio propio de las tres Administraciones intervinientes porque se ejerce el denominado control análogo conjunto. Como justificación a esta solución, se remite expresamente a la jurisprudencia comunitaria. Cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2012 (*Econord Spa contra Comune di Cagno y Comune di Varese*), en la que se indica que, cuando se recurre a una entidad que posean en común varias Administraciones públicas, el «control análogo» puede ser ejercido conjuntamente por tales Administraciones, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente.

Por último, la sentencia también se pronuncia sobre el requisito de que la actividad económica prestada sea a favor de los entes adjudicadores. De este modo se entiende que para clarificar si la entidad *in house* realiza la parte esencial de su actividad a favor del poder o de los poderes adjudicadores que la controlan, ese requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con dichos entes territoriales considerados en su conjunto y no solamente con uno de ellos en concreto.

Sobre este tipo de cuestiones puede consultarse I. MARTÍ SARDÁ, «Servicios municipales. Jurisprudencia sobre la prestación de servicios públicos locales de forma directa: problemas y soluciones», *La Administración práctica: enciclopedia de Administración municipal*, núm. 1, pp. 97-102.

3.4. Informes para la constitución de monopolios emitidos por las autoridades de la competencia: en materia de aguas

Durante el año 2023 se ha emitido un informe por parte de la respectiva Autoridad autonómica de la Competencia, aprobado para permitir implantar monopolios para la prestación de servicios públicos. En concreto, se trata del *Informe de la Autoridad Catalana de la competencia de 27 de marzo de 2023*, adoptado 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 (en adelante, TRRL). El fundamento constitucional de esta competencia se encuentra previsto en el art. 128.2 CE, conforme al cual se puede, siempre que haya una cobertura legal, reservar al sector público recursos o servicios esenciales. Así, con base en lo previsto en el referido art. 97.2 TRRL y con fundamento en el reconocimiento legal que provee el art. 86.2 LRBRL que permite expresamente la reserva en materia de servicio público de abastecimiento y depuración de aguas en conexión con el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) y con el art. 26.1 LRBRL que asignan a los municipios las competencias en materia de suministro de agua, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Ya expusimos que normalmente estos informes resultan favorables, puesto que desde la perspectiva 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. En el referido informe se considera que concurren motivos para entender conveniente el establecimiento de un régimen de monopolio en el servicio porque no se producirá una variación significativa en la situación competencial existente, ya que el abastecimiento domiciliario de agua potable está siendo prestado por un operador privado que lo desarrolla en exclusiva, aunque no disponga de ningún tipo de vínculo contractual con el ayuntamiento en cuestión. En el informe además se constata que el Ayuntamiento de R. ha adjuntado una motivación justificativa, con base en criterios de sostenibilidad y eficiencia, de las diversas alternativas posibles para la forma de gestión del servicio, y que ha optado por una gestión indirecta mediante una sociedad de economía mixta. En relación con esto último, la Autoridad catalana considera que esa forma de gestión también comporta sacrificios en términos de competencia si se la compara con la gestión mediante un contrato de concesión de servicio. Esto es así, por cuanto la activación de los mecanismos de competencia por el mercado sólo se producirá en el momento de la selección del socio privado de la sociedad de economía mixta, es decir, en un único e inicial momento, y no de manera periódica y recurrente en el tiempo como sucedería en el caso de una gestión indirecta mediante concesión. A la vista de que el cierre de mercado se producirá una vez se elija el socio privado de la Administración, la Autoridad de la competencia recomienda que el proceso de selección se predetermine de la manera más procompetitiva posible, de modo que se respeten y optimicen los principios de igualdad de trato, libre competencia y no discriminación. De esta forma se avanzará en asegurar que el procedimiento seguido permita extraer ple-

namente los beneficios de la libre competencia que se activa en aquel momento concreto en el que se produce la selección del socio.

4. INCIDENCIA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES SOBRE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LOS PARTICULARES

4.1. La contradicción con el Derecho europeo de limitaciones a vehículos de transporte con conductor (VTC) en el Área Metropolitana de Barcelona

En la *STSJUE de 8 de junio de 2023 (ECLI:EU:C:2023:448)*, asunto C-50/2, se resuelve finalmente la cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal de Justicia de Barcelona, en el conflicto del Prestige and Limousine, S. L., contra el Área Metropolitana de Barcelona, Asociación Nacional del Taxi (ANTAXI) y otras asociaciones de taxistas causado por la aprobación del Reglamento VTC elaborado por el Área Metropolitana de Barcelona (AMB) en 2019. La sentencia del Tribunal europeo decide así la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña relativa a si la regulación catalana resultaba compatible con la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), teniendo en cuenta que exigía una segunda autorización para prestar servicios de VTC en el ámbito urbano y limitaba estas autorizaciones con base en la ratio 1 VTC/30 taxis.

Para la sentencia del TJUE esta norma reglamentaria resultaría 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. También declara que tales restricciones no pueden ser consideradas ayudas de Estado. En la parte central del pronunciamiento judicial en la que se dilucida la conformidad a Derecho europeo de las restricciones impuestas al derecho al libre establecimiento (art. 49 TFUE), el Tribunal de Luxemburgo reconoce una vez más la facultad de los Estados de limitar este derecho, siempre que dicha limitación sea proporcional y responda a un interés general. Para el Tribunal constituirían razones de interés general (y, por tanto, podrían justificar la restricción de este derecho) la defensa del medio ambiente, la gestión del espacio público y de las infraestructuras. En este punto, el Tribunal rechaza la posibilidad de que la sostenibilidad económica del servicio de taxi sea una causa de interés general. Considera que este último objetivo, sobre la cual se ha basado tradicionalmente la normativa adoptada en relación a los VTC en todo el Estado español, es un motivo de carácter puramente económico. Por ello, no podría ser admitido como razón imperiosa de interés general que justificara una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado. Adicionalmente, el Tribunal ha afirmado que estas apreciaciones no resultaban incompatibles con el dato de que, en Derecho español, se pudieran llegar a calificar los servicios de taxi como «servicios de interés general».

El Tribunal europeo asimismo consideró que la segunda autorización para el ejercicio de la actividad no es en principio contraria al art. 49 TFUE, siempre y cuando el procedimiento de obtención de este segundo permiso se adhiera a criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por los concurrentes, incluyendo mecanismos de interdicción de la arbitrariedad. En definitiva, esta exigencia de una segunda autorización podría ser válida, siempre y cuando respondiera a criterios objetivos, no arbitrarios ni discriminatorios y conocidos con antelación o se tratara de necesidades particulares de la conurbación, ya sean de índole social, medioambiental o de gestión, sin solaparse con las funciones de la autorización nacional VTC «interurbana».

En cuanto a la «Proporción 1/30» el TJUE declaró que sí es contraria al art. 49 TFUE. Consideró que constituye una medida desproporcionada por cuanto carece de justificación suficiente y que «no parece apropiada para garantizar la consecución de los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público». La conclusión a la que llega se logra en aplicación del juicio de proporcionalidad en el caso concreto en su primer paso de idoneidad (adecuación o utilidad para cumplir con los fines que se pretenden alcanzar). Con ello se pone de manifiesto que no haría falta ni siquiera examinar el segundo paso del test de proporcionalidad, el cual consiste en haber acreditado suficientemente la imposibilidad de adoptar medidas alternativas menos gravosas o con un grado de idoneidad mayor. Al tratarse de una cuestión prejudicial lógicamente el Tribunal de Justicia se remite a la decisión final que adopte el órgano jurisdiccional nacional que la había planteado.

4.2. La regulación de licencias para el estacionamiento de ciclomotores y motocicletas de uso compartido en régimen de explotación económica

La Autoridad Catalana de la competencia dictó un *Informe el 25 de julio de 2023, IR 66/2023*, sobre las bases reguladoras que pretende aprobar la Autoridad Metropolitana de Barcelona para el otorgamiento y la gestión de las licencias metropolitanas temporales de uso común especial del dominio público para el estacionamiento de ciclomotores y motocicletas de uso compartido en régimen de explotación económica. En el referido informe considera positiva la iniciativa regulatoria emprendida, que se considera facilitará el desarrollo de un mercado de la movilidad compartida de ámbito metropolitano y, al mismo tiempo, contribuirá de manera notable a una movilidad más sostenible y accesible. Considera que establecer una regulación del procedimiento de otorgamiento y gestión de licencias metropolitanas temporales de uso común especial del dominio público para el estacionamiento de este tipo de vehículos dotará a los operadores potencialmente interesados de un marco jurídico claro sobre la base del cual desarrollar la actividad, e incentivará el desarrollo de esta actividad innovadora. A pesar de ello, realiza algunas críticas en relación con la limitación del número de vehículos que pueden operar —y con ello el número de operadores— ya que consi-

dera que tenía que haberse justificado más esa limitación y el número final escogido. También critica la obligación de constituir un aval y un seguro de responsabilidad civil simultáneamente. Asimismo, considera que en el procedimiento de otorgamiento deberían ser más cuidadosos en la determinación de las condiciones de experiencia, solvencia y disponibilidad exigibles a los operadores. En relación con el procedimiento de otorgamiento escogido critica que sea el procedimiento de sorteo, en la medida que no permite valorar los esfuerzos e inversión de los operadores ni beneficiarse de los beneficios derivados de un proceso basado en la rivalidad competitiva que sí ofrecería, por el contrario, el concurso.

4.3. La regulación municipal de los horarios para apertura de salones de juego

En relación con la limitación municipal de los horarios de apertura de salones de juego la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares de 21 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:1684)*, declara su conformidad a derecho. La referida limitación se encontraba incluida en la Ordenanza reguladora de los horarios de establecimientos, espectáculos públicos y actividades recreativas del municipio. El Tribunal entiende que se encuentra dentro de las competencias locales y que no supone una vulneración de la normativa estatal (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en adelante LGUM), ni autonómica. Considera que además está justificada en los beneficios que se reportan para el derecho a la salud —«tal limitación redundará en beneficio del descanso y tranquilidad de los vecinos»— y en el medio ambiente. Asimismo, declara que, con arreglo a lo dispuesto en la legislación autonómica, el municipio tiene competencia suficiente para su aprobación.

4.4. La necesidad de modificar el planeamiento urbanístico local que prohíbe los usos turísticos de las viviendas

La Autoridad del País Vasco de la Competencia en su *Informe LEA/AVC 588-PROM-2022, sobre la Normativa urbanística del municipio de L. y su implicación en la actividad económica de alojamiento en viviendas para uso turístico*, requiere al municipio para que modifique el Plan General de Ordenación Urbana a fin de que proceda a eliminar cualquier tipo de barrera de entrada no necesaria ni proporcional para la realización de actividades económicas de alojamiento en viviendas para uso turístico o en habitaciones en viviendas particulares para uso turístico. Ello es así, en consonancia con lo establecido en la Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en el Decreto 101/2018, de 3 de julio, dictado en desarrollo de la ley, en relación con las viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico, toda vez que en aquella no se hace distinción alguna en este tipo de alojamientos, estando permitidos tanto en el ámbito urbano como rural.

5. FOMENTO MUNICIPAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL PRIVADA

5.1. Preferencia por el otorgamiento de ayudas a través de procedimientos competitivos

Al respecto del fomento por parte de los municipios de la actividad empresarial privada resulta de interés el *Informe de 26 de julio de 2023 de la CNMC, INF/CNMC/282/23 Consulta sobre Subvención Directa Ayuntamiento de Chiclana a Sociedad de Garantías y Auales de Andalucía*, en el que se considera que, frente a la fórmula escogida por el ayuntamiento para proveer de una ayuda pública a una empresa, resultaría preferible valorar la existencia de alternativas en las que puedan estar presentes elementos de concurrencia competitiva. A estos efectos se señala que esto debe ser así a pesar del gran margen de discrecionalidad con el que cuentan en este punto las Administraciones públicas, como pone de manifiesto tanto la legislación estatal —art. 22.2 de la Ley 38/2003 general de subvenciones— como autonómica —art. 2 del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía—. Entiende la Autoridad Nacional de la Competencia que ha de preferirse el otorgamiento mediante procedimientos de concurrencia competitiva y que ello es así aunque la normativa de subvenciones regule el procedimiento de concesión directa, aplicable únicamente en los supuestos previstos en la ley y caracterizado por la no exigencia del cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia y aunque la falta de concreción con la que se expresa el legislador en este punto (razones de interés público, social...) provea de un gran margen de decisión a la Administración.

5.2. Ilegalidad de la concesión de subvenciones locales a empresas domiciliadas en el municipio

En la Memoria de la CNMC queda reflejado como la CNMC ha presentado el 8 de julio de 2022 una reclamación en el Ministerio de Asuntos Económicos, al amparo del art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) con referencia a la concesión de ayudas basadas en criterios territoriales (UM/062/22) contra un apartado de las Bases reguladoras de la concesión de ayudas por parte del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena (Badajoz) a las pequeñas y medianas empresas durante el ejercicio de 2022. Posteriormente se ha acordado incluso interponer además recurso especial contra ese mismo acto, con base en lo previsto en el art. 27 LGUM. Las ayudas en cuestión se convocan con el objetivo de favorecer la actividad empresarial en momentos de severa dificultad (BOP Badajoz núm. 124, de 1 de julio de 2022, anuncio 2857/2022 del Ayuntamiento de Villanueva de la Serena). La reclamación y posterior recurso por parte de la CNMC se justifican en que no se considera admisible la exigencia a las entidades beneficiarias del requisito de domiciliación en el municipio concedente de las subvenciones. Se

estima que este requisito es ilegal por resultar contrario al principio de no discriminación del art. 18 LGUM. En la reclamación realizada por la CNMC también se advierte de que esta exigencia de domiciliación debería ser sustituida por el requerimiento de generar actividad económica dentro del municipio con cargo a las ayudas o subvenciones concedidas, a través de actividades o proyectos concretos. Este tipo de reclamaciones por parte de la CNMC ya se han producido en otras ocasiones. En este mismo sentido, cabe citar jurisprudencia que se extrae de las SSAN de 22 de diciembre de 2017 (rec. 163/2016), de 22 de julio de 2019 (rec. 156/2016) y de 9 de junio de 2022 (rec. 170/2016).

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 y Tribunal Constitucional. 2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia.—3. BIBLIOGRAFÍA.

1. BIENES PÚBLICOS

1.1. Novedades doctrinales

En materia de bienes públicos destacan los trabajos de F. IGLESIAS GONZÁLEZ (2023), que analiza la actual regulación de las dunas litorales, en cuanto elemento clave en la protección del dominio público-marítimo terrestre. Se realiza un análisis de la evolución de la regulación adoptando como hilo conductor la consideración como dominio públi-

co de las dunas en desplazamiento, pero también se consideran como dominio público las dunas que ya no se desplazan hasta donde sea necesario para garantía de la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. Ahí se propugna de *lege ferenda* otras herramientas jurídicas para la protección de las dunas litorales, por ejemplo, los espacios naturales protegidos, que pueden garantizar la protección y regeneración de las dunas, con pleno respeto de la propiedad privada. Por su parte, J. BARCELONA LLOP (2023) analiza la figura del derecho de retracto reconocido en la transmisión de bienes muebles e inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural a favor de la Administración pública. El trabajo parte de considerar tal derecho de retracto como una privación de la propiedad en el sentido constitucional del art. 33.3 CE, sugiriendo una nueva regulación legal del ejercicio de esa potestad más adecuada a su entorno constitucional. R. EGUINO DE SAN ROMÁN (2023) analiza la posición del TC en las SSTC 31/2010 y 18/2022 donde valida la normativa autonómica catalana [art. 149.3 del Estatuto de Autonomía y arts. 20.1.b) y 30.d) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2020, de 30 de julio, de ordenación del litoral], que concluye con la afirmación de que la competencia autonómica de ordenación del territorio incluye la gestión de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre estatal. Con ello, el TC se aparta de su doctrina previa, según la cual la gestión del dominio público marítimo-terrestre correspondía al Estado por ser titular de ese dominio público. Ello suscita dudas sobre las competencias que mantiene el Estado respecto de la gestión del dominio público marítimo-terrestre. Por su parte, J. CONDE ANTEQUERA (2023) estudia el impacto que sobre diversas concesiones para el uso del dominio público hidráulico presenta el que la Ley de Cambio Climático y Transición Energética apuesta por las centrales hidroeléctricas reversibles como fórmula para lograr la integración de las energías renovables en el sistema eléctrico y facilitar así la transición energética hacia esa descarbonización. Las antiguas concesiones del dominio público hidráulico pueden resultar incompatibles con las nuevas concesiones otorgadas al efecto, centrando su análisis en las posibles incompatibilidades y las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico vigente para evitarlas o eliminarlas.

1.2. Novedades normativas

Durante el año 2023 la actividad normativa en materia de bienes públicos presenta diversas novedades.

1.2.1. Estado y comunidades autónomas

El *Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, que adopta medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía*, en el ámbito de las demarcaciones hidrográficas del Guadiana, del Guadalquivir, del Segura y del Ebro, autoriza a la Comisión Permanente de la Sequía para que pueda proponer la modificación temporal de las

condiciones de utilización del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el título habilitante, pudiendo entre otras medidas: establecer las reducciones de suministro de agua necesarias para la justa y racional distribución de los recursos disponibles limitando los derechos concesionales, modificar los criterios de prioridad para la asignación de recursos a los distintos usos del agua, suspender cautelarmente el otorgamiento de títulos que impliquen un incremento del consumo, imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen y de calidad adecuada para el uso al que estén destinados, modificar las condiciones fijadas en las autorizaciones de vertido, adaptar el régimen de explotación de los aprovechamientos hidroeléctricos para que puedan ser compatibles con otros usos, así como constituir, en su caso, juntas centrales de usuarios para ordenar y vigilar la gestión de los recursos. Junto a ello, los procedimientos vinculados a la ejecución de las medidas previstas en este título se declaran de urgencia y, al mismo tiempo, se simplifican los trámites para la modificación de las condiciones de utilización del dominio público hidráulico. A su vez, el *Real Decreto 138/2023, de 19 de diciembre, por el que se regula el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de videos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual y el procedimiento de comunicación previa de inicio de actividad*, desarrolla las previsiones de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, que traspone al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2018/1808, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Mediante *Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, que modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados*. El objetivo perseguido es la simplificación administrativa y la digitalización en su gestión y que, por otro lado, actualice el marco normativo a las nuevas presiones existentes sobre la gestión del DPH y, en particular, del agua para el consumo humano, en aras de lograr la mejor regulación de su protección, utilización y gestión.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares, la Ley 12/2023, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2024, modifica la *Ley 6/2001, de 11 de abril, del patrimonio de la comunidad autónoma de las Illes Balears* en la concreta regulación de la cesión de los bienes de dominio público autonómico (art. 23). La nueva regulación posibilita la cesión a título gratuito a otras entidades públicas con un plazo máximo de 20 años, prorrogable por periodos de cinco años hasta otro máximo de veinte años. A su vez, la cesión onerosa puede prolongarse hasta los cuarenta años, en función del valor de la contraprestación correspondiente y las características de la actividad que motivan la cesión. Se prevé que el incumplimiento de las condiciones de la cesión determina la

revocación de la cesión, mientras que se puede declarar por la Comunidad en cualquier momento finalizada la cesión cuando concurren razones de interés público prevalente, en su caso con la correspondiente indemnización. Además, se prevé la figura de la cesión compensatoria articulada mediante un convenio interadministrativo con un plazo máximo de cesión de cuarenta años. El Decreto-ley 6/2023, de 2 de octubre, de Medidas urgentes en materia de vivienda de Illes Balears modifica el art. 28 de la *Ley 6/2001, de 11 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*, exceptuando la duración máxima de concesión administrativa o reserva de dominio público a las viviendas protegidas y alojamientos dotacionales, para posibilitar que las medidas previstas en este decreto-ley resulten efectivas. En concreto, se prevé que las concesiones se otorgarán siempre sin perjuicio de terceros y con una duración limitada, que no podrá ser superior a cincuenta años, excepto en las concesiones relativas al derecho de superficie concedido por la Administración en cesión de uso a las cooperativas de vivienda, en viviendas protegidas o alojamientos dotacionales; en estos casos, el periodo máximo es de noventa y nueve años. A su vez, la Ley 10/2023, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativa de Galicia, de una parte modifica la *Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia*, con el fin de incluir un procedimiento de reposición de la legalidad que pretende dar respuesta, de un modo eficaz, a determinados incumplimientos que no tienen una repercusión significativa sobre el dominio público hidráulico y pueden subsanarse con un requerimiento previo a las personas afectadas, sin necesidad de tener que iniciar en todos los supuestos un procedimiento sancionador. Además, se regula el régimen de explotación de las masas de agua superficiales de naturaleza artificial en la cuenca hidrográfica de Galicia-Costa. De otra parte, se modifica la *Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia*, al considerar que se trata de actividades que, fundamentalmente, se realizan fuera del dominio público viario, independientemente de los elementos que se sitúen sobre él, se eximen las acometidas para la conexión a las redes e infraestructuras de servicios públicos de la limitación de plazo máximo a que están sometidas, con carácter general, el resto de autorizaciones para la realización de obras, instalaciones o actividades en la zona de dominio público. Además, se aprueba la *Ley 6/2023, de 2 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia*, que adapta la anterior Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, a la normativa general en materia de procedimiento administrativo contenida en la Ley 39/2015, así como adapta la regulación de la sucesión *ab intestato* a favor de la comunidad a las nuevas determinaciones básicas estatales. La Comunidad de Madrid, mediante la Ley 16/2023, de 27 de diciembre, de Medidas para la simplificación y mejora de la eficacia de instituciones y organismos de la Comunidad de Madrid, modifica la *Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza de la Comunidad de Madrid* (art. 76), determinando que los aprovechamientos en los montes del dominio público forestal podrán ser enajenados por sus titulares en el marco de lo establecido en la legislación patrimonial que les resulte de aplicación. A su vez, cuando se trate de montes no demaniales cuya titularidad o gestión esté atribuida a la Comunidad de Madrid, la enajenación de aprovechamientos forestales tendrá la consideración de

contratos patrimoniales. En todo caso, los aprovechamientos en los montes de utilidad pública gestionados por la Comunidad de Madrid podrán ser objeto de autorización o concesión demanial conforme a lo establecido en la normativa patrimonial. La *Ley Foral 21/2023, de 26 de diciembre, de Gestión Piscícola de Navarra* permite la pesca desde artefactos o medios de flotación complementarios del baño (tales como patos o pato-catararán) en las zonas del dominio público hidráulico en las que no esté prohibido el baño y siempre que su uso no se encuentre prohibido expresamente en la disposición general de vedas y se cumplan las exigencias impuestas por la restante normativa de aplicación, diferenciando dos tipos de aguas de dominio público a los efectos de la pesca. De una parte, las aguas libres que no requieren de ninguna declaración explícita y que no están clasificadas como aguas en régimen especial o como aguas de pesca privada; y de otra parte, las aguas en régimen especial, donde la pesca debe practicarse de acuerdo a las limitaciones que se establezcan en dichas zonas o siguiendo lo incluido en el correspondiente Plan Técnico. El *Decreto 143/2023, de 3 de octubre, aprueba el Reglamento del Patrimonio del País Vasco*, que desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre. Entre las novedades destaca la regulación de la cesión de uso como título jurídico que da cobertura a la utilización de bienes inmuebles ajenos destinados a la prestación de servicios docentes o sanitarios. En concreto, se establece que las cesiones se efectúen por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, a favor de la Administración autonómica sólo podrán ser aceptadas para ser destinadas a un uso o servicio públicos de titularidad de dichas entidades. La *Ley 8/2023, de 29 de junio, de Lugares o centros de culto y diversidad religiosa en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, posibilita la utilización de bienes públicos por las distintas confesiones religiosas. A tal efecto permite que para llevar a cabo de forma esporádica actividades de carácter religioso, las administraciones públicas dispensarán un trato igualitario, de conformidad con la normativa que en función del caso sea de aplicación, a todas las confesiones y comunidades religiosas respecto: *a)* a las cesiones y autorizaciones de uso privativo de equipamiento y espacios públicos; *b)* al uso privativo del dominio público; *c)* a la ocupación temporal de la vía pública, y *d)* a la cesión de bienes patrimoniales. Cuando se trate del uso privativo del dominio público, los ayuntamientos podrán destinar lugares, locales o edificios de uso público a fines pluriconfesionales para la realización esporádica de las actividades a que se refiere esta ley, siempre y cuando la ocupación del bien de dominio público tenga lugar con instalaciones desmontables o con bienes muebles.

1.2.2. Entidades locales

La *Ordenanza municipal de circulación del Ayuntamiento de Inca* de 21 de diciembre (BOIB de 28 de diciembre de 2023, núm. 175) somete a licencia de paso o vado la entrada a inmuebles, recintos o espacios privados cuando sea preciso cruzar la vía pública u otros bienes de dominio público y uso público. Igualmente somete a la obtención de previa licencia municipal a la circulación de los vehículos de movilidad personal que

supongan una actividad de explotación económica en concepto de utilización de bienes de dominio público local en la modalidad de uso común especial de bienes de uso público, por transcurrir por vías públicas. También fija la figura del aparcamiento temporal regulado, con el fin de optimizar el uso de un bien escaso, como es el caso del dominio público dedicado a tal fin. En una línea similar, se aprueba la Ordenanza de 5 de octubre de 2023, de tráfico, circulación, movilidad y seguridad viaria del Ayuntamiento de Ciutadella (*BOIB* de 19 de octubre de 2023, núm. 142).

A su vez, la *Ordenanza reguladora de la movilidad en el municipio de San Javier* (*BORM* de 24 de enero de 2024, núm. 19) prevé la posibilidad de limitar el número de autorizaciones o licencias de uso privativo del dominio público para la explotación económica de servicios de alquiler de vehículos de movilidad personal, previéndose en ese caso que las mismas se otorgaran por concurso, en régimen de publicidad y concurrencia, para el que podrán establecerse criterios de adjudicación específicos con una posible duración superior al año. En todo caso, la autorización no posibilitará ocupar para su estacionamiento de forma privativa el suelo de dominio público. La *Ordenanza de 16 de noviembre de 2023 reguladora de la cesión temporal de uso de locales a entidades sin ánimo de lucro del Ayuntamiento de Oviedo*, con el fin de regular y facilitar a dichas entidades sin ánimo de lucro una sede social o un espacio donde puedan desarrollar sus actividades y alcanzar los fines expresados en sus Estatutos regula la obtención de las correspondientes autorizaciones o concesiones, en función del tipo de bien público, excluyendo en todo caso que la posible autorización de la explotación de servicios de bar o similares en los locales cedidos. Se posibilita la cesión de uso compartido a favor de varias entidades.

1.3. Novedades jurisprudenciales

La *STSJ de Madrid de 22 de mayo de 2023* (*ECLI:ES:TSJM:2023:6193*), ante el expediente de recuperación de oficio incoado por un ayuntamiento respecto de la posible invasión de un camino calificado como dominio público que no es transitado ante el levantamiento de una valla y una puerta, analiza la figura de la caducidad del expediente incoado de oficio por transcurso del plazo. Para el TSJ de Madrid, «la Ley 39/2015 da distingue y regula de forma autónoma o diferenciada la caducidad en función del tipo de procedimiento administrativo de que se trata, como lógica consecuencia de la distinta involucración del interés público o de los intereses generales concernidos según se trate de procedimientos administrativos incoados a instancia de los interesados o de oficio. De ahí que la inactividad de la Administración pública y consecuente paralización del procedimiento surta distintos tipos de consecuencias, según el tipo de procedimiento de que se trate: la estimación o desestimación de la solicitud en el caso de los iniciados a instancia del interesado, por el mecanismo del silencio administrativo (art. 24 de la Ley 39/2015) y la caducidad y archivo del procedimiento tratándose de los incoados de oficio en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención (art. 25 del mismo cuerpo legal), en tanto que la caducidad de los procedi-

mientos iniciados a solicitud del interesado tiene lugar no ya por la inactividad de la Administración sino por la paralización por causa imputable al propio interesado —cuya inactividad, en los procedimientos sustanciados de oficio, lo que provoca no es sino la interrupción del plazo máximo para resolver (art. 25.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común)— y es dicha circunstancia la que justifica, precisamente, la excepción prevenida en el art. 95.4 de la Ley 39/2015, que permite excluir los efectos propios de la caducidad del procedimiento en los supuestos en los que «la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento», previsión legal que viene específicamente referida a los supuestos de caducidad de procedimientos iniciados a solicitud del interesado no extrapolable a procedimientos sustanciados de oficio. Otra interpretación en el sentido postulado por la Administración apelante —esto es, en el de entender que el interés general indudablemente inherente en procedimientos que en los que, como el aquí concernido, la Administración pública ejerce las potestades que el ordenamiento contempla en orden a la protección o defensa de los bienes de dominio público, justifica la aplicación de la excepción prevista en el art. 95.4 de la Ley 39/2015— conduciría a convertir un supuesto de excepción en regla general para cierta clase de procedimientos, sin atender a las particularidades del caso concreto (que es lo que autoriza el citado art. 95.4), dejando vacío de contenido el art. 25 de la misma Ley, que se refiere a toda clase de procedimientos en los que la Administración ejerza sus potestades de intervención, sin contemplar excepción o dispensa alguna por razón del tipo concreto de potestad ejercitada, cualquiera que sea su relevancia o trascendencia. En suma si la Administración está facultada e, incluso, obligada a la defensa y protección de los bienes que integran el dominio público y de los patrimoniales su actuación debe enmarcarse, en todo caso, en los límites sustantivos y formales que el propio ordenamiento jurídico asigna al ejercicio de la consiguiente potestad, entre los que claramente se incluye la prosecución de un concreto procedimiento y su completa sustanciación dentro de los límites temporales que la propia normativa establece, como acertadamente concluye el juzgador de instancia: «Desechada, pues, la oposición del ayuntamiento en relación con el interés general, en el supuesto de autos el acuerdo de incoación data 19 de septiembre de 2019, mientras que la notificación de la resolución impugnada aparece fechada a 23 de septiembre de 2021 por lo que resultando de aplicación el plazo previsto en el art. 23.1 de la Ley 39/2015, el expediente estaría caducado como lo estaría, incluso, si estuviéramos al plazo que expresa el ayuntamiento». La caducidad del expediente es también analizada por la *STSJ de Galicia de 26 de abril de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:3138)*, que se proyecta sobre un expediente de investigación en relación con la titularidad municipal de un tramo del vial entre parcelas. Al considerar el TSJ que el plazo de resolución de este procedimiento es el de tres meses, sin que sea posible aplicar en el ámbito de la Administración local el plazo de caducidad de dos años previsto en el art. 47.e) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas. La laguna legal de la normativa autonómica debe solventarse con la aplicación del plazo supletorio general establecido en la Ley 39/2015. Aquí el TSJ afirma que producida la caducidad, el órgano judicial no puede considerar

que se trate de un mero supuesto de anulabilidad y que la Administración pueda entrar sobre el fondo del asunto. Al contrario, la caducidad del expediente le priva de la posibilidad de sostener resolución de fondo alguna, sin perjuicio de que pueda reiniciarse uno nuevo. Reitera la doctrina del TS al afirmar que «en un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo válida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento, tal y como disponen los arts. 42.1 y 44.2 de la Ley 30/1992. Y si Administración pese al transcurso del plazo de caducidad no la aprecia de oficio, tal y como era su deber, será el afectado el que deba ejercer las acciones destinadas a obtener una declaración de caducidad, pero una vez declarada la solución no puede ser otra que la nulidad de la resolución de fondo dictada en dicho procedimiento. Sostener que en un procedimiento caducado la Administración puede dictar una resolución de fondo válida implica desconocer la propia institución de la caducidad y sus efectos, tal y como ha sido entendida y definida por el legislador y avalada en su interpretación y aplicación por una constante jurisprudencia. Esta interpretación desvirtúa la institución de la caducidad de los procedimientos, atacando su esencia hasta dejarla irreconocible y la priva de todo efecto práctico, pues pese al transcurso del plazo de caducidad la Administración no estaría obligada a declararla ni a dar por finalizado el procedimiento y podría dictar una resolución de fondo válida».

La *STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:1045)* analiza la potestad de recuperación de oficio de bienes públicos locales (los soportales de una calle). Tras reconocer que los terrenos están incluidos en el inventario municipal, el TSJ precisa que el mismo tiene un carácter puramente administrativo y que la inclusión de los bienes en el mismo puede representar un indicio, pero resulta insuficiente para determinar la propiedad de los mismos que, en su caso, habría de dirimirse ante los juzgados del orden jurisdiccional civil. El TSJ precisa que la única trascendencia de la inscripción en el registro «es, por consiguiente, crear una apariencia de demanialidad, que no prejuzga las acciones ante el orden jurisdiccional civil, que es a quien en definitiva compete pronunciarse sobre la definitiva propiedad de tales bienes. La jurisprudencia también ha establecido que, para considerar correcta la inclusión de un bien en el Inventario Municipal (igualmente trasladable, por su naturaleza, al Catálogo de Caminos Públicos de una Corporación Local), es suficiente la simple existencia de indicios de que los bienes tienen naturaleza pública, sin necesidad de una prueba acabada o fehaciente de dicha titularidad, y ello por cuanto la inclusión de un bien a dicho inventario (o catálogo) no tiene carácter “constitutivo”, es decir, ni supone adquisición dominical alguna, ni el hecho de que no estén incluidos algunos bienes en el mismo supone que no pueda ostentar sobre estos la Administración algún derecho». Desde esos planteamiento, el TSJ considera que «atendiendo a las anteriores prerrogativas habrá de convenirse que la orden de retirada del material almacenada en el porche equivale a un intento de recuperar un espacio que, en principio, se entiende que podría constituir dominio o, al menos, estar destinado al uso público. Así ha de deducirse de la motivación ofrecida en la propia resolución. Pero una vez cuestionada la legitimidad de la orden por parte de sus destinatarios y aportado por los mismos un informe pericial que ad-

vierte de errores en los inventarios y planos manejados por los técnicos municipales la administración, en base al precepto transcrito, debió prudentemente la administración abrir un procedimiento de investigación y/o deslinde en lugar de reiterar la orden de retirada del material cuando sus destinatarios aportaron documentación que indiciariamente podría acreditar su titularidad. Es exclusivamente en este marco preliminar en el que hemos de movernos para decidir la adecuación a derecho de las resoluciones recurridas, insistimos sin prejuzgar la titularidad del espacio afectado cuya determinación corresponde a la jurisdicción civil. Si con arreglo a lo que llevamos dicho resulta, por una parte, que en atención a lo esgrimido por los destinatarios de la orden lo correcto hubiera sido incoar un expediente de investigación y/o deslinde, por otra resulta que interesado por el Juzgado informe del Ayuntamiento que acredite el carácter demanial de las terrazas ocupadas por algunos establecimientos de hotelería, resulta que reconoció la inexistencia de permisos o el abono de tasa alguna para la ocupación de unos espacios que, por no discutirse, hemos de entender análogos a aquel que a la apelante se le ordenó desalojar. Pues bien, también esto representa un indicio que, sin perjuicio de lo que pueda decidirse en un eventual pleito civil, evidencia la necesidad de que con carácter previo al dictado de una orden con el contenido de la recurrida se siga un expediente de investigación/deslinde de los bienes demaniales en el ámbito de la Rúa do Pozo ahora llamada Rúa da Cañota».

Finalmente, la *STS de 20 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:154)* resuelve el debate casacional consistente en determinar si un Ayuntamiento puede embargar el dinero de una cuenta bancaria de la que es titular otra Administración (en este caso, la Comunidad Autónoma de Murcia) a fin de proceder al cobro de las deudas tributarias que esta Administración mantiene con la entidad local, lo que conduce a indagar la delimitación sistemática y la naturaleza jurídica del dinero, entendido como recurso financiero, a efectos de considerar si goza de la prerrogativa de inembargabilidad. Tras analizar su doctrina previa, concluye que «puede acudir al procedimiento de apremio una Administración pública para la afectividad de las deudas firmes, aun cuando el deudor sea otra Administración pública. Y ello por cuanto, como se razona en todas las sentencias citadas, no puede ser obstáculo a dicha autotutela el hecho de inembargabilidad de los bienes públicos, habida cuenta de los reiterados argumentos de que esa condición no excluye los bienes patrimoniales, como es sabido tampoco constituye una objeción el sugestivo argumento, complementario del anterior, de que se vería afectada la potestad presupuestaria, en el sentido de que si para dicho apremio debe la Administración apremiada incluir créditos extraordinarios para el pago, comporta alterar dicha potestad, porque esa misma relevancia tendría excluir el cobro de la deuda por la Administración ejecutante, que sin tales ingresos ve alterada esa misma potestad presupuestaria». No obstante, la inembargabilidad del dinero, concebido como recurso financiero de la Administración, se afirma sin ambages que: «Un ayuntamiento no puede embargar el dinero de las cuentas bancarias de otra Administración pública (comunidad autónoma) al formar parte de sus recursos financieros, preordenados a fines de interés general y, por ende, inembargables».

2. EXPROPIACIÓN

2.1. Novedades doctrinales

Un análisis general de la figura de la expropiación forzosa se incorpora en V. ESCUÍN PALOP (2023a y 2023b), donde se analizan tanto la expropiación forzosa de derechos reales como la expropiación forzosa de servidumbres. J. ORTIZ BALLESTER analiza las fórmulas previstas para capitalizar la renta de la explotación en el Reglamento de Valoraciones como método de valoración del suelo rural. Por su parte, M. Á. GARCÍA VALDERREY, analiza la actuación de la administración expropiante o el beneficiario ante la falta de presentación de la hoja de aprecio del sujeto expropiado. Desde la perspectiva dogmática M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, analiza el tratamiento doctrinal de los presupuestos y garantías de la expropiación forzosa realizado por los juristas del derecho natural moderno. Se examina una gran cantidad de fuentes directas y se concluye que, frente a la nitidez con que fueron establecidas por uno de sus primeros representantes (Vázquez de Menchaca), dichos presupuestos y garantías no se configuraron con la firmeza que cabría esperar por parte de los iusnaturalistas posteriores. Más bien parece que la primera disciplina constitucional de la materia trató de reaccionar contra ciertas malas prácticas, en parte respaldadas por algunas de esas propuestas doctrinales.

En materia de expropiaciones urbanísticas destacan J. R. FERNÁNDEZ TORRES, donde se realiza un análisis sistemático de las especialidades incorporadas por el TRLSRU en este ámbito. V. LASO BAEZA centra su estudio en la expropiación *ope legis* contemplada por la legislación autonómica como especialidad urbanística para la obtención de suelos destinados a redes públicas que difiere de otras situaciones de regularización de cesiones obligatorias, suscita cuestiones relevantes en los supuestos de expropiaciones iniciadas de modo ordinario por la Administración cuando después desiste del procedimiento o se muestra inactiva, supuestos en los cuales resulta justificada la activación del procedimiento por iniciativa del propietario con fundamento en la confluencia del interés público en la ejecución del planeamiento y del particular a fin procurar la obtención de sus suelos con el correspondiente cobro del justiprecio. También F. E. PUERTA SEGUIDO, desarrolla el análisis de la expropiación por ministerio de la Ley respecto de los suelos urbanos con una clasificación dotacional pública.

2.2. Novedades normativas

El recurso a la expropiación como instrumento se incorpora en diversas normas autonómicas. La *Ley 6/2023, de 30 de marzo, de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid* (BOCM núm. 86, de 12 de abril) posibilita el ingreso de documentos en un archivo público para su custodia, control, conservación y servicio a través del instituto de la expropiación forzosa [art. 50.2.d)] al considerarlo causa de interés social a efectos expropiatorios. Además, y en la medida en que la obligación de custo-

dia de tales documentos se configura como un deber de su propietario, el recurso a la expropiación se configura igualmente como un incumplimiento de la función social de la propiedad, lo que justifica igualmente su expropiación (art. 91). A su vez, la expropiación también se reconoce para la adquisición de los edificios y terrenos donde se vayan a instalar archivos públicos, al declararse de utilidad pública, si bien el reconocimiento de los bienes y derechos individualizados a expropiar en cada caso concreto será realizado mediante decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. El reconocimiento podrá extenderse a los edificios y terrenos contiguos cuando así lo requieran razones de seguridad o para facilitar la adecuada conservación de los inmuebles o de los bienes que contengan (arts. 58 y 93).

Por su parte, la *Ley 6/2023, de 2 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia* (DOG núm. 215, de 13 de noviembre), respecto de los bienes autonómicos, que su adquisición por expropiación forzosa determina la afectación expresa y su integración en el dominio público al estar afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social [art. 6.3.c)]. A su vez, ante un expediente de desafectación de bienes demaniales, se exige que cuando la afectación derive de su adquisición por expropiación forzosa se incorpore en el expediente un informe sobre la tramitación del procedimiento de reversión [art. 12.1.c)]. La ley posibilita la expropiación de las concesiones y autorizaciones demaniales por el órgano autonómico competente si estimara que su mantenimiento durante el término de su vigencia legal perjudica el ulterior destino de los bienes o los hace desmerecer considerablemente a los efectos de su enajenación (art. 58.5). Se incorporan además diversas determinaciones organizativas. En primer lugar, atribuye la competencia para el ejercicio de la potestad expropiatoria, en defecto de norma específica, a la persona titular de la consejería competente en razón de la materia. No obstante, cuando la finalidad de la expropiación fuera destinar los bienes y derechos a un edificio administrativo, la competencia corresponderá a la consejería competente en materia de patrimonio (art. 90.1). Igualmente reconoce la competencia de la consejería competente por razón de la materia para acordar el pago de justiprecio en especie mediante inmuebles. Por lo que respecta al ofrecimiento del derecho de reversión, se atribuye la competencia únicamente a la consejería que hubiera tramitado la expropiación, con independencia de que los bienes hayan sido adscritos a otra dependencia (art. 90.3). Finalmente, se determina que los terrenos sobrantes o restos de parcelas adquiridas por el procedimiento de expropiación forzosa con destino a la creación de infraestructuras, cuando no se verifique sobre ellos el derecho de reversión, podrán ser objeto de venta a colindantes, una vez desafectados del dominio público previo informe de la consejería competente en la materia (DA 20).

A su vez, la *Ley 10/2023, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas de Galicia* (DOG núm. 246, de 29 de diciembre) modifica la *Ley 8/2013, de Carreteras de Galicia*. El objetivo perseguido es determinar el momento en que debe realizarse la correspondiente retención de crédito de los expedientes de expropiación derivados de las actuaciones en materia de carreteras, lo que se fija en el momento inmediatamente anterior a la orden de inicio del expediente de expropiación. Consecuentemente, deter-

mina que el expediente de expropiación se iniciará con la orden de inicio, que deberá venir precedida por la correspondiente retención de crédito.

2.3. Novedades jurisprudenciales

2.3.1. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional*

La STEDH de 29 de junio de 2023, asunto *Quaglia y otros c. Italia*, precisa ante la figura de la denominada expropiación indirecta (ocupación efectiva de un terreno para un fin público sin la tramitación del correspondiente expediente expropiatorio), declarada ilegal por los tribunales nacionales italianos. El recurso ante el TEDH cuestiona la indemnización conferida a nivel nacional. Al respecto, el TEDH precisa, ante la alegación de los propietarios de que el suelo, pese a ser un suelo rústico debía tener un mayor valor porque tenía una edificabilidad de hecho, que: «A este respecto, el Tribunal acepta que la estimación del valor de mercado tenga en cuenta la calificación jurídica del terreno antes de la expropiación. En efecto, recuerda que la indemnización debe calcularse sobre la base del valor del bien en la fecha en que se perdió su propiedad, lo que está intrínsecamente ligado a la designación del terreno en ese momento, y no sobre la base de su designación posterior. Además, el Tribunal ya ha declarado que, en ausencia de cualquier expectativa concreta de desarrollo antes de la expropiación, no es apropiado basarse únicamente en la opinión del solicitante de que el terreno tenía potencial de desarrollo [...]. En el presente caso, antes de que se iniciara el procedimiento de expropiación, el terreno estaba designado en su mayor parte como agrícola y, en la parte restante, como zona verde pública y carretera y la demandante no tenía ninguna expectativa legítima de que, en ausencia del procedimiento de expropiación, el terreno se hubiera convertido en edificable. Así pues, en opinión del Tribunal, la estimación del terreno como no edificable no carecía de fundamento razonable». Aun así, el TEDH considera insuficiente la valoración adoptada ya que «no realizó una estimación del valor de mercado del terreno teniendo en cuenta sus características específicas, sino que concedió una indemnización basada en el valor agrícola medio. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que una indemnización concedida sobre esta base no guarda ninguna relación razonable con el valor de mercado del terreno, ya que no tiene en cuenta sus características reales». Y para el fijar la indemnización, el TEDH se basa en el valor de mercado de la propiedad en el momento de la expropiación a la luz de los informes periciales aportados al procedimiento nacional. Allí, aunque se determinó el valor de los terrenos en función de su potencial urbanístico *de facto*, no obstante señalaba también que el valor de mercado de los terrenos urbanos no urbanizables de la zona ascendía a unas 10.000 liras italianas (5,16 euros) por metro cuadrado, que es el valor adoptado.

Por su parte, en el ámbito nacional, destaca la *STC 168/2023, de 22 de noviembre*, donde se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comu-

nidad Valenciana respecto de la DT 11 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana, en la redacción inicial dada por la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat y en sus posteriores redacciones tras las modificaciones operadas por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, por la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, y por la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat de 2021. Además, la cuestión de inconstitucionalidad se proyecta sobre la DT 20 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio. Esas normas incorporan como regulación la suspensión del plazo para tramitar y resolver las solicitudes de expropiación por ministerio de la Ley de los terrenos urbanos a los que el planeamiento atribuye un destino dotacional y respecto de los que el propietario no puede incorporarlos a un proceso de equidistribución. Las leyes lo que van realizando es una ampliación sucesiva de plazos desde 2016 a 31 de diciembre de 2023. Para la Sala promotora de la cuestión, donde se dilucida la solicitud de expropiación rogada presentada en 2018, estima que dicho precepto puede ser contrario al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), especialmente en atención a sus sucesivas prórrogas, al provocar en el destinatario una ausencia de certeza, frustración de sus expectativas e imprevisibilidad. Dicha disposición también vulnera el derecho de propiedad (art. 33 CE) al producir un vaciamiento económico del derecho de propiedad que no se encuentra motivado en los fines atinentes a su función social. Para el TC, la figura de la expropiación rogada presenta un «marcado carácter tuitivo al servir, como viene reconociendo la jurisprudencia del TS, “para evitar la indefensión de los propietarios que, como consecuencia del planeamiento urbanístico, quedan sin aprovechamiento alguno, facultándoles para forzar a la administración a que les expropie, impidiendo así que su derecho de propiedad quede vacío de contenido económico” [...] lo que justifica la expropiación por ministerio de la ley es la inactividad administrativa en la ejecución del planeamiento que ha definido suficientemente el alcance del derecho de propiedad, de ahí que el precepto se refiera al cómputo del plazo de advertencia, desde la entrada en vigor del plan o programa de actuación urbanística, y su finalidad es evitar que la inactividad administrativa perjudique o impida la efectividad el derecho del propietario en los términos definidos con carácter eficaz por el planeamiento. Expresado en sentido negativo, la institución no tiene por objeto solventar o remediar la posible omisión o retraso de la administración en el ejercicio de sus facultades de ordenación urbanística, que tiene sus propios cauces legales en los términos que contempla la regulación de la participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación y el régimen de impugnación de los mismos; y menos aún se contempla por el legislador la posibilidad de utilizar la expropiación por ministerio de la ley como una modalidad de penalización de la inactividad administrativa en la ordenación urbanística». Esto es, la figura de la

expropiación por ministerio de la ley en el ámbito urbanístico protege a un particular que cuyo terreno se destina a un fin público por el planeamiento vigente, y por tanto sin aprovechamiento lucrativo en beneficio de la colectividad, para evitar un trato contrario al principio de igualdad, en la medida en que no puede distribuir esa carga urbanística entre el resto de propietarios y compensarla, también de forma equidistributiva, con los beneficios otorgados al resto de propietarios.

La respuesta del TC parte de la concepción del derecho de propiedad adoptada por el TEDH. Si bien es cierto que aquí no resultan afectadas las garantías expropiatorias, puesto que la expropiación no se ha iniciado, lo que sí se produce es una afectación al derecho de propiedad, que debe ser analizada desde la perspectiva del vaciamiento del contenido económico del derecho de propiedad y de la proporcionalidad de la medida, en los términos de las STEDH de 23 de septiembre de 1982, asunto *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, § 65, y 21 de junio de 2011, asunto *Ziya Çevik c. Turquía*, §§ 35 y 36. La premisa es completada por el TC afirmando, por remisión a la STC 8/2023, de 22 de febrero, FJ 9.º, que «la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aun cuando predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente». Sobre esas bases, el TC concluye que aun cuando los particulares no se han visto privados de su propiedad en ningún momento sí se ha producido una interferencia desproporcionada del libre uso de su propiedad, ya que «cuando una propiedad afectada por un plan de urbanismo queda sujeta tanto a un permiso de expropiación, como a una prohibición de construcción, el derecho de propiedad se ve sustancialmente afectado, quedando en una posición precaria e inviable, que puede ser más grave en función del tiempo durante el que se prolonga dicha situación (STEDH de 23 de septiembre de 1982, asunto *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, § 60, y más recientemente STEDH de 5 de enero de 2000, asunto *Beyeler c. Italia*, § 107)». Y dicha medida resulta desproporcionada porque «puede concluirse que no se ha respetado el justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y las de la protección de los derechos fundamentales del individuo, al que se le obliga a soportar una carga excesiva al impedir el legislador durante un periodo prolongado de tiempo su derecho a instar a la administración a que expropie sus terrenos. Si el plazo para instar la expropiación rogada se fija en el art. 104 del Decreto legislativo 1/2021 en cinco años desde la entrada en vigor del plan sin que la administración lleve a efecto la expropiación de dichos terrenos, los propietarios deben esperar ahora otros siete años más para instar dicha expropiación. Y ello siempre y cuando el legislador no vuelva de nuevo a prorrogar dicho plazo unos días antes de su expiración, tal y como ha venido aconteciendo, dado que la suspensión inicial se ha ido prolongando sucesivamente sin previsibilidad alguna. Esta extensión, se ha hecho de forma arbitraria y sin justificación alguna, y ha impedido que los particulares insten las medidas de protección de su derecho de propiedad que cabe legítimamente esperar de la administración: la expropiación de sus terrenos».

El TC proyecta la declaración de inconstitucionalidad sobre la regulación del Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, ya que la sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad ha de extender la declaración de inconstitucionalidad de la norma derogada a la norma que la reproduce en un texto refundido en vigor. Tal conclusión se deriva, según la jurisprudencia constitucional, no del art. 39 LOTC, que sólo prevé la declaración de inconstitucionalidad por conexión o consecuencia respecto de los preceptos «de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley», sino de las características propias de la refundición producida (la sustancial identidad de los preceptos) que justifican extender la nulidad al precepto que reproduce la norma anulada en el texto refundido.

2.3.2. Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia

La *STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS-JCV:2023:6514)* rechaza que un ayuntamiento pueda incoar un expediente expropiatorio para obtener parcelas y ponerlas a disposición de la comunidad autónoma para la ejecución de un proyecto de mejora del acceso viario a la localidad municipal, dado que no se ejecuta el planeamiento municipal. A su juicio, es la comunidad autónoma la titular de la potestad expropiatoria en este caso.

En relación al trámite de ocupación en el procedimiento urgente (pero válido también para el procedimiento ordinario), la *STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJCLM:2023:2906)* precisa que la falta de notificación individual del trámite de audiencia en la declaración de necesidad de ocupación, lo que provoca que la primera noticia que tenga el sujeto expropiado de la expropiación sea la citación al levantamiento de las actas previas a la ocupación. Lo relevante es que el TSJ reconoce que la STS de 26 de junio de 2018 en un procedimiento expropiatorio urgente ha señalado que «el proyecto implica de por sí la necesidad de ocupación, aunque no vaya precedida de una información pública; que la información pública podrá y deberá realizarse con posterioridad; pero que tras la misma no es necesario dictar (y notificar por tanto, en ese momento) una nueva declaración de necesidad de ocupación. Pero como puede verse, y como hemos dicho, la sentencia no desautoriza ni menciona las anteriores que establecían que (cualquiera sea el momento en que la necesidad de ocupación haya de entenderse declarada y cualquiera que sea el momento en que se haga la notificación) debe existir una notificación personal e individual de la misma (art. 21.3 LEF) que garantice el derecho de defensa debidamente. El TS, que declaró que el art. 21.3 LEF era aplicable a la expropiación urgente y que su ausencia era insubsanable, no ha enmendado ni desautorizado dicha doctrina». La consecuencia de la nulidad, dado que se ha procedido ya a la ocupación del terreno y la ejecución de la obra pública (estación depuradora) no es la retroacción de actuaciones, sino la fijación de una indemnización concretada en el valor del terreno más los daños que haya sufrido el propietario, por lo que al no acreditar tales daños (sólo solicita un incremento del justiprecio en el 25 por 100), ello es rechazado.

Respecto del acuerdo del órgano de valoración (Jurado Provincial u órgano autonómico de valoración) la *STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2023* (ECLI:ES:TSJM:2023:3063) reitera el dogma tradicional de que « los acuerdos de los Jurados de expropiación gozan, según reiterada jurisprudencia, de presunción y acierto y legalidad derivada de su variada composición y de la formación jurídica y técnica de sus miembros, necesariamente exigida para asegurar la independencia y objetividad de su actuación, pero no lo es menos que tal presunción es una presunción *iuris tantum* y, por tanto, puede quebrar cuando en la adopción de los acuerdos se incurre en una infracción legal, en un error de hecho o de derecho o una desafortunada apreciación de la prueba». Por ello, acreditado el error, el TSJ « atiende a explicación de la perito judicial sobre este punto para acoger su valoración, dada la objetividad que preside su actuación, la dación de cuenta de una fuente de conocimiento razonable y el absoluto silencio que guarda el Jurado sobre esta partida indemnizatoria reclamada por el expropiado. La citada partida ha de entenderse integrada de modo implícito en el justiprecio en virtud de la llamada del Jurado a su vinculación respecto de la hoja de aprecio de la propiedad».

La figura de la indemnización por demérito en la parte de la finca no expropiada es analizada por la *STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de noviembre de 2023* (ECLI:ES:TSJCV:2023:6023), precisando que la indemnización prevista por el art. 46 LEF, en relación con el art. 23 LEF, requiere acreditar «los perjuicios invocados y, por tanto, han de ser reales. La indemnización por expropiación parcial trata de compensar el demérito que sufre la parte no expropiada en relación con el aprovechamiento que ostentaba la finca antes de la división; por este concepto no se indemniza la privación del suelo que no se expropia, sino los perjuicios en la utilización o productividad del resto de la finca no expropiada en relación con su aprovechamiento agrícola». Esto es, no se trata de una indemnización automática, añadiendo que «el método de valoración, como regla general, suele ser establecer un determinado porcentaje del valor del suelo que se aplica sobre la superficie no expropiada».

Por lo que respecta a la fecha a la que debe referirse la valoración, la *STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2023* (ECLI:ES:TSJCAT:2023:1412) reitera que ante una expropiación urgente, la fecha a la que debe referirse la valoración del bien expropiado es « el expediente de justiprecio debe iniciarse al día siguiente de la misma, en lo que constituye la fecha de referencia a efectos valorativos, pues en esta modalidad expropiatoria, el art. 52.7 LEF, determina claramente que «efectuada la ocupación de las fincas se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago según la regulación general establecida en los artículos anteriores, debiendo darse preferencia a estos expedientes para su rápida resolución», recordando que según el TS, cuando la Administración demora injustificadamente en el tiempo el inicio del expediente tras el acta de ocupación, dicha demora no puede perjudicar al expropiado que puede optar entre la fecha de ocupación y la del requerimiento para la presentación de la hoja de aprecio, determinando el justiprecio conforme a esta última». Aquí se atribuye al sujeto expropiado la capacidad para determinar una u otra fecha, en función de la que le resulte más beneficiosa.

Respecto a la expropiación por ministerio de la Ley, la *STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2023* (ECLI:ES:TSJCV:2023:6515), en aplicación de la doctrina fijada por la STC 168/2023, de 22 de noviembre, considera que la decisión municipal de inadmitir una hoja de aprecio presentada por el titular de una parcela cuyo destino por el planeamiento es dotacional público y cuya obtención no se prevé a través de algún sistema de equidistribución sobre la base de la legislación valenciana que suspende el plazo de tramitación, resulta contraria a Derecho, reconociendo la situación jurídica individualizada del recurrente a la expropiación rogada, ordenando al ayuntamiento su tramitación. La novedad reside aquí en que el ayuntamiento está utilizando ya los terrenos destinados a vial, lo que supone una vía de hecho para el TSJ.

La *STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 19 de enero de 2023* (ECLI:ES:TSJAND:2023:955) analiza la figura de la reversión expropiatoria en un supuesto donde esta ha sido reconocida judicialmente pero llegado el momento de hacerla efectiva los terrenos se encuentran en una doble situación. Unos, respecto de los que es posible la reversión in natura (al no estar transformados), pero en los que se han introducido mejoras aprovechables por los reversionistas, lo que repercute sobre el justiprecio. También hay otras superficies en que no es posible la reversión in natura, por haber sido destinada a otras finalidades de interés público, bien por su calificación y uso como equipamiento público o bien por haber sido destinada a obras públicas de interés general. En estos últimos casos se ha determinado una indemnización que los reversionistas deberán percibir conforme al art. 66 REF.

3. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELONA LLOP, J.: «Retracto de bienes culturales», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, pp. 65-98.
- CONDE ANTEQUERA, J.: «La compatibilidad de las concesiones para centrales hidroeléctricas reversibles con los derechos de terceros», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, pp. 209-240.
- EGUINO DE SAN ROMÁN, R.: «La gestión del dominio público marítimo-terrestre tras las SSTC 31/2010 y 18/2022», *Revista de Administración Pública*, núm. 222, 2023, pp. 181-208.
- ESCUÍN PALOP, V.: «La expropiación forzosa», en G. MUÑOZ RODRIGO, A. BUENO BIOT y J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coords.), *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, 2023a, pp. 291-312.
- «Expropiación de servidumbres», en G. MUÑOZ RODRIGO, A. BUENO BIOT y J. R. DE VERDA Y BEAMONTE (coords.), *Derechos reales (tratado práctico interdisciplinar)*, 2023b, pp. 843-858.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «Expropiación forzosa (arts. 42 a 47 TRLSRU/2015)», en A. J. CRIADO SÁNCHEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, 2023, pp. 663-718.
- GARCÍA VALDERREY, M. Á.: «Procedimiento de la administración ante el silencio del propietario afectado por una expropiación en cuanto a la valoración del bien», *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 181, 2023.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F.: «Régimen jurídico de las dunas litorales», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 55-92.

- LASO BAEZA, V.: «Expropiación por ministerio de la ley: antecedentes, marco jurídico, jurisprudencia y relación con la expropiación ordinaria y las cesiones de inscripción unilateral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, 2023, pp. 2495-2516.
- ORTIZ BALLESTER, J.: «La valoración de suelo rural: la determinación de la fórmula para la capitalización de la renta de la explotación», *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 180, 2023.
- PUERTA SEGUIDO, F. E.: «La expropiación forzosa y rogada de suelos no susceptibles de aprovechamiento privativo», en J. E. CANDELA TALAVERO y D. SERNA BARDAVÍO (dirs.), *El urbanismo como sector clave para un desarrollo sostenible*, 2023, pp. 207-244.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: «Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa en el Iusnaturalismo moderno», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 117-146.

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 contenido del expediente administrativo y el acceso a la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa. 2.2.2. Sobre actuaciones impugnables. Notificaciones de embargos. 2.2.3. Sobre la distinción entre inactividad administrativa, silencio positivo y negativo y el mero incumplimiento en la emisión de un informe. 2.2.4. Terminación del procedimiento y función del recurso de casación. 2.2.5. Cuantía del procedimiento contencioso-administrativo. 2.2.6. Condición de interesada y legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de un acto administrativo municipal. 2.2.7. Sobre el objeto de impugnación

* Fecha de finalización del trabajo: 31 de marzo de 2024.

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.

y la preclusividad de los plazos procesales. 2.2.8. Sobre el art. 33.2 LJCA. 2.3. Contribuciones doctrinales.—3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. Novedades normativas. 3.2. Jurisprudencia destacada: 3.2.1. Responsabilidad patrimonial y acto legislativo en el ámbito tributario. 3.2.2. Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el Real Decreto 463/2020. 3.2.3. Error de hecho y mayoría de edad. 3.2.4. Responsabilidad por daños físicos y morales sufridos en el ejercicio de una actividad funcional y pérdida de oportunidad. 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 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 ambas materias. Tras el protagonismo indudable que en los últimos dos años manifestó la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la 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 2023 ha sido un año importante y quizá azaroso para la jurisdicción contencioso administrativa, tanto en lo que respecta a la intervención legislativa, como mediante diversos pronunciamientos del TC.

En primer lugar, en lo que respecta a las modificaciones legislativas, en el año 2023 se han sucedido hasta cuatro grandes modificaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La primera de estas modificaciones fue operada 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, que modificó los arts. 19 y 60 LJCA. Esta modificación, de la que ya dimos cuenta en el Informe anterior, por haber sucedido en el primer semestre de 2023, introduce —conviene recordar ahora— una vía de legitimación procesal contencioso-administrativa adicional a las ya existentes, mediante un inciso j) al art. 19.1. La modificación alcanza también el art. 60.7 LJCA por cuanto invierte la carga de la prueba en determinados casos de discriminación sexual.

No obstante, no terminan aquí las modificaciones operadas en la Ley 29/1998 en el año 2023, y de hecho se han producido varias modificaciones más, algunas verdaderamente sustanciales. En primer lugar, una norma de largo título, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, ha venido a modificar, con efectos desde el 29 de julio de 2023, varias disposiciones relevantes de la Ley 29/1998, incluyendo los arts. 37, 56, 88 a 90, y 94, en lo que constituye una auténtica reforma del recurso de casación contencioso-administrativo. En primer lugar, la modificación del art. 37 LJCA introduce la posibilidad de tramitar preferentemente determinados recursos, en caso de que no hayan sido previamente acumulados por el órgano jurisdiccional. Así, la versión actualmente vigente de esta norma reza como sigue: «2. Cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, tramitará uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás, en el estado en que se encuentren, hasta que se dicte sentencia en los primeros. En caso de que esa pluralidad de recursos con idéntico objeto pudiera, a su vez, agruparse por categorías o grupos que planteen una controversia sustancialmente análoga, el órgano jurisdiccional, si no se hubieran acumulado, tramitará uno o varios de cada grupo o categoría con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás en el estado en que se encuentren hasta que se dicte sentencia en los tramitados preferentemente para cada grupo o categoría».

En segundo lugar, el nuevo art. 56.5 LJCA se presenta una novedosa técnica, por cuanto permite la suspensión de un recurso contencioso-administrativo en primera instancia siempre que, ante el TS, se haya admitido a trámite un recurso de casación con igual objeto: «5. Presentados los escritos de demanda y contestación, si un juzgado o tribunal, en cualquier momento anterior a dictar sentencia, tuviese conocimiento, por cualquier medio, de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación que presenta una identidad jurídica sustancial con la cuestión debatida en el recurso del que está conociendo, oír a las partes personadas por el plazo común de diez días sobre su posible suspensión, adjuntándoles copia del referido auto. Una vez presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo, si el juzgado o tribunal apreciase una identidad jurídica sustancial y que la resolución que se dicte en casación puede resultar relevante para resolver el procedimiento, acordará la suspensión hasta que se dicte resolución firme en el recurso de casación. Contra el auto que resuelva sobre la suspensión no cabrá recurso alguno. El auto que acuerde la suspensión se remitirá a la Sección de Enjuiciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo indicada en el auto de admisión, que, a su vez, remitirá testimonio de la

sentencia que recaiga en el recurso de casación al juzgado o tribunal remitente. Recibido el testimonio de la sentencia del recurso de casación, el juzgado o tribunal alzará la suspensión y dará un nuevo trámite de audiencia a las partes personadas, por plazo común de diez días, a fin de que aleguen sobre la incidencia que dicho pronunciamiento tiene para resolver el recurso. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo conferido, se continuará la tramitación del procedimiento en el momento en que se encontrare antes de la suspensión, salvo que las partes desistan del recurso o se allanen, en cuyo caso el juzgado o tribunal resolverá lo procedente». Atiéndase a que ambos preceptos se rigen en su aplicación por la DT 10.2 del mencionado Real Decreto-ley 5/2023, que aclara que: «Las modificaciones del apartado 2 del art. 37 y del apartado 5 del art. 56 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, serán de aplicación a todos los procedimientos en trámite en los que no se haya dictado sentencia a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley».

En el art. 88 se introduce una modificación en una de las causas legales de reconocimiento de interés casacional objetivo en los recursos de casación contencioso-administrativa, en particular, en su art. 88.3.b): «Cuando dicha resolución se aparte de la jurisprudencia existente de modo deliberado por considerarla errónea o de modo inmotivado pese a haber sido citada en el debate o ser doctrina asentada». Desde luego, esta modificación sugiere que no son pocos los casos de pertinacia de algunos órganos jurisdiccionales, y es un acicate importante para garantizar la eficacia del recurso de casación contencioso-administrativa. En el art. 89.5 LJCA se reduce el plazo de comparecencia de las partes ante la Sala 3.^a del TS de treinta a quince días. El art. 90.1 LJCA incluye de nuevo una reducción del plazo de audiencia excepcional, que anteriormente era de treinta días y queda ahora en veinte días. Importante también es la modificación del art. 90.3.a) LJCA que, en su redacción actual y operando un cambio sustancial y relevante, exige que la providencia de inadmisión del recurso de casación contencioso-administrativo por el TS sea ahora «sucintamente motivada»: «a) En los supuestos del apartado 2 del art. 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia sucintamente motivada, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite. No obstante, si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el art. 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado».

Significativo es que se incluye un nuevo art. 94 LJCA, antes suprimido, que recoge un modelo de tramitación preferente de uno o varios recursos de casación contencioso-administrativos y suspensión de los demás que se consideren «sustancialmente iguales», en términos relativamente similares a los que hemos visto en el nuevo art. 56.5 LJCA, pero ya en sede del TS. La nueva norma dice así: «1. Cuando por la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se constate la existencia de un gran número de recursos que susciten una cuestión jurídica sustancialmente igual, podrá acordar la admisión de uno o varios de ellos, cuando cumplan las exigencias impuestas en el art. 89.2 y presenten interés casacional objetivo, para su tramitación y

resolución preferente, suspendiendo el trámite de admisión de los demás hasta que se dicte sentencia en el primero o primeros. 2. Una vez dictada sentencia de fondo se llevará testimonio de esta a los recursos suspendidos y se notificará a los interesados afectados por la suspensión, dándoles un plazo de alegaciones de diez días a fin de que puedan interesar la continuación del trámite de su recurso de casación, o bien desistir del mismo. En caso de que interesen la continuación valorarán la incidencia que la sentencia de fondo dictada por el TS tiene sobre su recurso. 3. Efectuadas dichas alegaciones y cuando no se hubiera producido el desistimiento, si la sentencia impugnada en casación resulta coincidente, en su fallo y razón de decidir, con lo resuelto por la sentencia o sentencias del TS, se inadmitirán por providencia los recursos de casación pendientes. Por el contrario, si la sentencia impugnada en casación no resulta coincidente, en su fallo y razón de decidir, con lo resuelto por la sentencia o sentencias del TS, se dictará auto de admisión y se remitirá el conocimiento del asunto a la Sección correspondiente, siempre que el escrito de preparación cumpla las exigencias impuestas en el art. 89.2 y presente interés casacional objetivo. 4. Remitidas las actuaciones, la Sección resolverá si continua con la tramitación prevista en el art. 92 o si dicta sentencia sin más trámite, remitiéndose a lo acordado en la sentencia de referencia y adoptando los demás pronunciamientos que considere necesarios».

De nuevo hay que atender aquí a la DT 10 del Real Decreto-ley 5/2023, en este caso en su inciso 3, que establece la siguiente regla de aplicabilidad de la norma: «3. El régimen del recurso de casación contencioso-administrativo establecido en este real decreto-ley será de aplicación a las resoluciones de los juzgados y tribunales de ese orden que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor. La modificación del art. 94 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, será de aplicación a los recursos de casación que se hubieran preparado y estuvieran pendientes de admisión a la entrada en vigor de este real decreto-ley. A estos efectos, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión del trámite de admisión de estos recursos en atención a cualquiera de los recursos de casación que ya se hubieran admitido antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley, que se declararán de tramitación y resolución preferente por concurrir los requisitos del citado art. 94». Obsérvese, en todo caso, el apremio que transmite el mecanismo elegido por el legislador de urgencia de aplicar la modificación con una retroactividad relativa.

En resumen, se trata de toda una serie de modificaciones procesales que afectan especialmente al recurso de casación contencioso-administrativo, y que modifican en varios puntos la dinámica de este trámite, especialmente, introduciendo mecanismos de suspensión de los recursos sustancialmente iguales.

De nuevo, el legislador de urgencia consideró conveniente introducir modificaciones relevantes a la LJCA en una norma posterior, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. En este caso, la entrada en vigor se pospone hasta el 20 de marzo de 2024, y quizá la norma que mejor expone las peculiaridades de

esta variada reforma sea la DA 11 que esta misma norma introduce, según la cual: «Todas las referencias al expediente administrativo contenidas en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se entenderán hechas al expediente administrativo en soporte electrónico». Efectivamente, mucho de lo que se introduce en esta reforma tiene que ver precisamente con el expediente administrativo, y en particular con su soporte electrónico. En total, se incluyen hasta 32 modificaciones, que sería tedioso desglosar aquí una por una. Hemos obviado aquí las meramente nominales, en particular todas aquellas que sustituyen las referencias al secretario judicial por letrado de la Administración de Justicia, o recurso de súplica por recurso de reposición, o las que adaptan las referencias al expediente administrativo al expediente administrativo electrónico, por ejemplo, el art. 127.3 y 4 LJCA.

En todo caso, valgan algunas referencias claves. Algunas afectan a las mismas bases del procedimiento. Por ejemplo, tenemos el caso del art. 5 LJCA, que queda redactado en los siguientes términos, con atención a la profunda modificación de su inciso tercero: «Art. 5.3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, si la nueva demanda que se formule ante el juzgado o tribunal competente del orden jurisdiccional indicado en la referida resolución se presenta en el plazo de un mes desde que fuera notificada, se entenderá presentada en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si se hubiere formulado este siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o esta fuese defectuosa. Al objeto de acreditar tales extremos la parte interesada podrá solicitar testimonio de los particulares necesarios al órgano judicial que haya dictado la resolución a que se refiere el apartado anterior». Esta generosa regla sobre notificación defectuosa flexibiliza las consecuencias negativas que, para el particular, tiene su recepción. Pero no es la única modificación de calado. De nuevo, en cuanto a la competencia territorial y funcional, reza el nuevo art. 7.3 LJCA que: «3. La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso, con emplazamiento a las partes para que en el plazo de diez días comparezcan ante el mismo. Si la competencia pudiera corresponder a un tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva este». Hay que poner, a su vez, ambos preceptos en relación con el nuevo art. 59.4 LJCA.

Los arts. 23.4, 47.1 o 48.4, entre otros, recogen reglas que facilitan la implantación del formato electrónico tanto de los recursos y resoluciones judiciales como, especialmente, del expediente, y así establece este último precepto: «4. El expediente se enviará completo, en soporte electrónico, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. Al remitir el expediente, la Administración deberá identificar al órgano responsable del cumplimiento de la resolución judicial. Si el expediente fuera reclamado por varios juzgados o tribunales, la Administración enviará copias en soporte electrónico del mismo, que deberán reunir los requisitos anteriormente expresados». Claro es a este respecto el nuevo art. 48.11 LJCA: «11. La Administración remitirá el expediente electrónicamente,

utilizando, a tal efecto, los sistemas de interoperabilidad que resulten aplicables, al objeto de que el expediente administrativo en soporte electrónico así remitido quede automáticamente integrado en los sistemas de gestión procesal correspondientes». Pero quizá la norma más famosa de esta reforma haya sido el art. 52 LJCA que, en la misma línea, queda redactado en los siguientes términos: «1. Recibido el expediente administrativo en soporte electrónico en el juzgado o tribunal y comprobados, y en su caso completados, los emplazamientos, por el letrado o letrada de la Administración de Justicia se acordará su incorporación a los autos en ese mismo soporte y su entrega al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días, salvo que concurra alguno de los supuestos del art. 51, en cuyo caso dará cuenta al tribunal para que resuelva lo que proceda. Cuando los recurrentes fuesen varios, y aunque no actuasen bajo una misma dirección, la demanda se formulará simultáneamente por todos ellos. La entrega del expediente a las partes se efectuará mediante su remisión por vía telemática al tiempo de notificar la resolución en que así se disponga o a través del punto de acceso electrónico al expediente judicial».

Muy polémica ha sido la solución que el legislador ha dado a la solicitud de parte en el proceso contencioso-administrativo para que se complete el expediente y su relación con el cómputo de plazos que, en caso de denegarse tal solicitud, «se reanudará» salvo que —discrecionalmente— el Letrado de la Administración de Justicia decida lo contrario, así en el actual art. 55 LJCA: «2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior suspenderá el curso del plazo correspondiente. 3. El letrado o letrada de la Administración de Justicia resolverá lo pertinente en el plazo de tres días. Si acepta la solicitud y esta se hubiera formulado dentro de los diez primeros días del plazo para formular la demanda o la contestación, el plazo se reiniciará una vez el expediente completo remitido por la Administración se haya puesto a disposición de la parte solicitante. Si rechazara la solicitud o si, aun aceptándola, esta se hubiera presentado una vez transcurridos los diez primeros días antes referidos, el cómputo del plazo simplemente se reanudará, salvo que, en este último caso, el letrado o letrada de la Administración de Justicia considere oportuno que el plazo se reinicie atendido el volumen o la importancia para la causa de los documentos añadidos.

En ningún caso el plazo se reiniciará cuando la solicitud de complemento la hubiera formulado la Administración demandada. La Administración, al remitir de nuevo el expediente, deberá indicar en el índice a que se refiere el art. 48.4 los documentos que se han adicionado».

Hay también espacio, en el art. 60.8 LJCA, para una remisión a la nueva regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el procedimiento por videoconferencia, y así también los arts. 63.3 y 4 y 77.4 LJCA introducen mecanismos para la celebración de actos procesales por vía electrónica. Importante es la nueva posibilidad de recurrir *siempre* en apelación, en virtud del art. 81.2.e) LJCA: «Las [sentencias] que, con independencia de la cuantía del procedimiento, sean susceptibles de extensión de efectos». No es baladí tampoco que el art. 102 *bis* LJCA recoja ahora un recurso de revisión residenciable ante el juez contra los decretos del secretario judicial, tras

la declaración de inconstitucionalidad de su precedente —que expresamente recogía que no cabría recurso— por la STC 58/2016, de 17 de marzo. La redacción actual del precepto dice así: «2. Cabrá recurso de revisión ante el juez, la jueza o el tribunal contra el decreto resolutivo de la reposición y recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dichos recursos carecerán de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea».

En cuanto a la ejecución, que tantas polémicas jurisprudenciales y doctrinales ha suscitado en los últimos años, tal y como recogimos en anteriores ediciones de este Informe, se formulan algunos cambios que, de nuevo, no terminan de entrar plenamente en lo sustantivo de la institución, y se centra fundamentalmente en reforzar las potestades ejercidas por los letrados de la Administración de Justicia. De entrada, se insiste en la definición de la ejecución de las sentencias «y demás títulos ejecutivos adoptados en el proceso» del orden jurisdiccional contencioso-administrativo como «exclusiva» de los jueces y tribunales de este mismo orden jurisdiccional (art. 103.1 LJCA).

Mas significativa es la reforma del art. 139.4 LJCA en lo que se refiere al cómputo de las costas en los procesos contencioso-administrativos de cuantía indeterminada. La regla establecida ahora es la siguiente: «4. En primera o única instancia, la parte condenada en costas estará obligada a pagar una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los favorecidos por esa condena; a estos solos efectos, las pretensiones de cuantía indeterminada se valorarán en 18.000 euros, salvo que, por razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga razonadamente otra cosa. En los recursos, y sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, la imposición de costas podrá ser a la totalidad, a una parte de estas o hasta una cifra máxima». Es importante tener en cuenta que esta reforma de las costas procesales se aparta mucho de la práctica de la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en los procesos de cuantía indeterminada. La preocupación de esta reforma, recuérdese, inserta en un real decreto-ley, es que la subida de las costas judiciales se traduzca precisamente en un desincentivo al control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa.

La DA 4.^a incluye una regla de recurso especial en su apartado 5, que ahora comprende: «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, AAI, y Secciones 1.^a y 2.^a de la Comisión de Propiedad Intelectual, directamente, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

2.2. Jurisprudencia destacada

2.2.1. *Sobre el contenido del expediente administrativo y el acceso a la prueba en la jurisdicción contencioso-administrativa*

La STS 2967/2023, Sala 3.^a, Sección 2.^a, de 22 de junio, rec. cas. 6360/2020, ponente: Toledano Cantero, plantea una interesante cuestión sobre la extensión del contenido del expediente administrativo, además de incorporar varias reflexiones relevantes sobre el acceso a la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Se trata de un recurso de casación en el que se impugna la Sentencia 893/2020, de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, desestimatoria del recurso núm. 1823/2018 interpuesto contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana que, a su vez, desestimó diversas reclamaciones formuladas frente a los acuerdos de alteración de la descripción catastral de los inmuebles titularidad de los recurrentes.

Los hechos eran, sustancialmente, los siguientes. El 11 de octubre de 2007, el director general del Catastro, tras la tramitación del oportuno expediente, dictó resolución por la que se aprobó la Ponencia de Valores total de los bienes inmuebles objeto de litigio. Esta resolución, en lo que nos interesa, fue confirmada por la Resolución de 29 de enero de 2008, desestimatoria del recurso de reposición. La sucesiva vía contencioso-administrativa residenciada ante la Audiencia Nacional confirmó también la validez de la ponencia de valores, desestimando el recurso contencioso-administrativo por Sentencia de 19 de noviembre de 2013 (rec. núm. 532/2010). Posteriormente, la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante (la gerencia competente territorialmente) notificó individualmente de los valores catastrales a los distintos titulares de bienes correspondientes. Varios de estos titulares interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya Sección 3.^a resolvió el 10 de junio de 2013, dictando sentencia en el recurso núm. 1353/2010, interpuesto por la mercantil Promociones Maisa, S. L., que será luego recurrida en casación. Anulando la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia, que había desestimado la reclamación contra la notificación individual de los valores catastrales efectuada por la Gerencia Territorial del Catastro de Alicante correspondientes a diecisiete inmuebles propiedad de la mercantil actora, que traían su causa de la citada ponencia de valores, el órgano jurisdiccional afirmó que: «La inexistencia de tal estudio de mercado es causa más que suficiente para la estimación del recurso en los términos explicitados en el precedente fundamento jurídico; siendo que, en definitiva y conclusión, las carencias de motivación y justificación que se localizan en la esencia de las decisiones con relevancia valorativa de la Ponencia de Valores de que aquí se trata [...] conducen, inexorablemente o sin remisión, a las consecuencias anulatorias que se expresarán en el fallo de esta sentencia».

A partir de esta resolución, el TS se plantea las siguientes cuestiones de interés casacional objetivo: «2.1. Determinar si la Ponencia de Valores, así como el estudio de

mercado, son documentos que deben formar parte de los expedientes de alteración de la descripción catastral. 2.2. Aclarar si el demandante puede en el escrito de conclusiones efectuar alegaciones y aportar nuevos documentos, medios, instrumentos, dictámenes o informes que tengan por objeto desvirtuar los hechos aducidos en la contestación a la demanda, en aquellos supuestos en los que del escrito de contestación resultaren nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito al haber aportado prueba la administración demandada, hechos que el recurrente pretende desvirtuar mediante la aportación de cualquier medio de prueba a su alcance».

Ambas cuestiones resultaban de especial interés si se tiene en cuenta que, como punto de partida, la sentencia se dicta en un contexto en el que se está perfilando legislativamente, dentro de un debate doctrinal más amplio, la figura del expediente administrativo, no sólo en su manifestación de expediente electrónico (como hemos visto, el modelo que ha introducido ya el legislador) sino también como concepto bien caracterizado del Derecho administrativo. En este sentido, para abrirse camino, en la jurisprudencia del TS, un concepto relativamente estricto o restringido de expediente, en el que la norma general parece que consiste en que se considere que forman parte de este sólo aquellos documentos que, formando parte del procedimiento administrativo de adopción de la resolución, constituyen cauce formal de toma de conocimiento que justifica la declaración de voluntad administrativa, y que a su vez tienen auténtica relevancia en la formación de esa declaración de voluntad. Esto permite excluir del expediente determinados documentos de segundo nivel (por ejemplo, notas manuscritas informales que consten en manos de los funcionarios que han adoptado la decisión) pero también otros documentos que gozan de un alto grado de formalidad, pero que no resultan del propio procedimiento. Esta limitación, desde luego, debe ser correlativa con un mecanismo viable y efectivo de proposición de prueba en la vía contencioso-administrativa, que permita a estos documentos, excluidos del expediente, acceder al proceso al menos so carga de la prueba del recurrente, de manera que puedan ser tenidos en cuenta en la resolución judicial.

El TS se enfrenta a este problema de forma directa, pero hay que tener en cuenta, para poner su resolución en contexto, el primer punto de partida procesal, y es que «en el procedimiento no consta que la parte actora solicitase la ampliación del expediente administrativo por considerar incompleto el mismo por ausencia del estudio de mercado o de la ponencia de valores. Tampoco solicitó el recibimiento del pleito a prueba» (FJ 3.º4.). Así, resulta que fue el propio Abogado del Estado quien aportó, en este caso, la ponencia de valores y el estudio de mercado en su contestación a la demanda, dando lugar a que los recurrentes efectuaran alegaciones a ambos documentos, proponiendo además nueva prueba.

En estos términos, el recurso no tenía, en este caso, visos de prosperar, ni por la primera cuestión de interés casacional ni —quizá especialmente— por la segunda. Así de contundente se muestra el TS: «Que la ponencia de valores haya de ser aplicada para la determinación del valor catastral de los bienes, también en los casos de alteración o modificación que afecte a su descripción catastral, no implica que el documento integrante de la ponencia de valores en sí misma, ni tampoco el estudio de mercado, hayan

de integrar el expediente administrativo formado con ocasión del expediente de alteración de la descripción catastral de un inmueble y su correspondiente valoración. Son procedimientos distintos, en los que la ponencia de valores es objeto de aplicación pero no constituye su objeto. Todo ello sin perjuicio de que, impugnado jurisdiccionalmente el acuerdo que ponga fin a aquellos expedientes, el interesado pueda solicitar la prueba documental correspondiente, y en tal sentido pueda deducirse la solicitud de que se incorpore la ponencia de valores o al propio estudio de mercado en los extremos que considere necesarios, cuestión sobre la que resolverá el órgano jurisdiccional competente en atención a las concretas alegaciones y pretensiones deducidas y la relevancia de tales medios de prueba para la resolución de la controversia. Pero ocurre que en este caso que enjuiciamos, los recurrentes ni tan siquiera pidieron el complemento del expediente —demostración evidente de que no lo consideraron documento necesario del mismo— ni solicitaron el recibimiento a prueba».

En conclusión, para el TS parece que no forman parte del expediente administrativo los documentos, informes y resoluciones que constituyen actos de trámite o definitivos de otros procedimientos, pero sí que pueden, bien solicitarse mediante una ampliación del expediente del art. 55 LJCA —cosa distinta será que la Administración, finalmente, decida aportarlos— como presentarse como prueba en el procedimiento contencioso-administrativo por el recurrente, siempre en la fase adecuada del proceso y no extemporáneamente.

2.2.2. *Sobre actuaciones impugnables. Notificaciones de embargos*

La STS 1562/2023, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 24 de noviembre, rec. 822/2022, ponente: *Montero Fernández*, plantea una interesante cuestión sobre el catálogo de actuaciones impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de un recurso contencioso-administrativo residenciado directamente ante el TS mediante escrito fechado en 22 de septiembre de 2022, contra la desestimación presunta por silencio del recurso potestativo de reposición deducido en fecha 28 de junio de 2022, contra la Resolución de la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos, de 12 de mayo del 2022, por la que se acuerda archivar las actuaciones practicadas a raíz de la reclamación efectuada frente al Servicio de Notificaciones y Embargos de Santa Cruz de Tenerife. De forma fundamental, y como primer problema procesal, consta por manifiesto del abogado del Estado que la notificación de la citada resolución fue en 16 de mayo de 2022, lo que permite ya vislumbrar que tanto el recurso de reposición como el contencioso-administrativo estaban fuera de plazo.

No obstante, sobre el fondo latía una interesante cuestión jurídica: la validez o no de la notificación por haberse producido por un medio que, en su caso, vulneraría el derecho a la protección de datos del notificado recurrente en los términos de la legislación vigente. Esta cuestión, que es en sí misma de enorme interés —desde luego, no es común que los administrativistas nos planteemos el carácter defectuoso de una notificación por

motivos sustantivos ajenos a los requisitos procedimentales de este trámite contemplados en la LPAC— queda inerte, sin embargo, ante la debilidad de los argumentos de la parte recurrente y su impericia procesal. De hecho, la declaración de la notificación como defectuosa no era si quiera la pretensión de la demanda, que se limitaba a recurrir el archivo de las actuaciones de reclamación de vulneración del derecho a la protección de datos personales ante el órgano competente.

Así, aclarando el TS que estando el recurso fuera de plazo la demanda debe ser desestimada, entra a conocer brevemente sobre el fondo de la cuestión, sin duda consciente de la potencial enjundia del problema. En realidad, en los hechos, lo que había ocurrido era que la notificación de la providencia de embargo se había producido de la siguiente forma, no mediante el depósito de la carta en el buzón de correos del domicilio, sino dejándola pegada con cinta adhesiva y abierta en la puerta del garaje. El recurrente argumentaba que tal proceder vulneraba la legislación vigente de Protección de Datos de Carácter Personal. De hecho, insistía en que numerosos vecinos habían tenido conocimiento de la situación de embargo del recurrente por esta notificación presumidamente incorrecta, «teniendo que soportar miradas y comentarios incómodos por parte de las personas que viven en su urbanización».

Frente a estos hechos de factura tan endeble, el TS se ve obligado a aclarar, en la línea de la resolución recurrida, que: «Después de analizar los hechos y la forma de notificación estatuida, con el apoyo normativo que recoge, desestima la denuncia de la parte recurrente sobre dos presupuestos. Primero, que atendiendo al contenido del aviso del acto de comunicación, en el que no figuran los datos del órgano judicial, el procedimiento judicial, ni la condición en la que participa el destinatario de la notificación, no se incumple las garantías de las normas de protección de datos. Segundo, la absoluta falta de acreditación de las concretas circunstancias en que se practicó la notificación [...]. Lo cierto es que las imágenes que acompaña resultan de todo punto insuficientes a los efectos de acreditar los hechos denunciados, y habiendo sido negados estos por la resolución impugnada, le correspondía a la parte la carga procesal de acreditar los hechos base de su denuncia, lo cual omite absolutamente en estos autos. Lo cual ha de llevarnos, sin más, a desestimar la pretensión actora de anular el archivo del procedimiento seguido» (FJ 2.º).

2.2.3. *Sobre la distinción entre inactividad administrativa, silencio positivo y negativo y el mero incumplimiento en la emisión de un informe.*

La STS 1545/2023, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 22 de noviembre, rec. cas. 7521/2021, ponente: Pico Lorenzo, plantea una cuestión de gran interés que, aunque trae una jurisprudencia que ya venía destacando a lo largo del año 2022, parece consolidarse ahora en la jurisprudencia casacional. El hecho de referirse a una disposición normativa autonómica concreta no obsta a que el razonamiento de teoría general que plantea resulte de alcance más amplio.

La cuestión casacional que se plantea la sentencia es determinar si la falta de emisión del informe previsto en los arts. 6.4 y 9.4 de la Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, destinado a determinar si una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social, supone la concurrencia de un supuesto de inactividad administrativa del art. 29.1 LJCA o si, por el contrario, se trata de un supuesto de silencio administrativo.

Veamos primero qué dicen estas normas objeto de polémica casacional. El art. 6.4 de la Ley catalana 24/2015 rezaba, en su versión original¹, así:

«Art. 6. Medidas para evitar la pobreza energética.

4. Para que se aplique el principio de precaución establecido por el apartado 2, cuando la empresa suministradora tenga que realizar un corte de suministro debe solicitar previamente un informe a los servicios sociales municipales para determinar si la persona o la unidad familiar se encuentra en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial determinadas por el art. 5.10. En el supuesto de que se cumplan estos requisitos deben garantizarse los suministros básicos de acuerdo con lo establecido por el apartado 1 y deben aplicarse las ayudas necesarias establecidas por el apartado 3 para no generar deuda alguna a la persona o la unidad familiar».

Por su parte, continúa el art. 9.4 de la misma norma (no modificado posteriormente) con el siguiente tenor:

«Art. 9. Plazos.

4. La solicitud de un informe a los servicios sociales para determinar si una unidad familiar se encuentra en una de las situaciones de riesgo de exclusión residencial determinadas por el art. 6.4 obliga a la Administración a emitir el informe en un plazo de quince días. Si transcurre dicho plazo y no se ha emitido el informe, se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial».

La pregunta de interés casacional, de primeras, sorprende al administrativista dogmático. Evidentemente, no se trata de un supuesto de silencio administrativo, puesto que la solicitud de informe no es un procedimiento iniciado a solicitud del interesado, sino un trámite extrañamente configurado por la norma, desde luego, porque es la comercializadora la que debe «solicitar» obligatoriamente el informe al ayuntamiento, pero en todo caso no encaja en la finalidad tuitiva del silencio, como veremos que aprecia bien el TS. Sin embargo, esta había sido la conclusión de la sentencia de instancia, la *STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 3513/2021, de 21 de julio, rec. apel. 371/2020, ponente: de Francisco Ramos*. Su argumento se basó en una referencia a una sentencia del TS, la *STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2007, rec. cas. 7081/2004, ponente: Díaz Delgado*, a la que atribuye haber dicho lo siguiente: «Así, a tenor del art. 29.1 citado para que pueda hablarse de inactividad administrativa es

¹ La norma ha sido modificada por el art. 58.2 y 3 de la Ley catalana 3/2023, de 16 de marzo, pero en lo que es relevante para nosotros permanece sustancialmente con un contenido similar al reproducido.

necesario que la Administración este obligada a desplegar una actividad concreta que este establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas. Ahora bien, cuando existe un cierto margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso-administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración» (FJ 1.º). Sin embargo, seguidamente la Sala de instancia reinterpreta la afirmación anterior del TS en los siguientes —y muy discutibles— términos: «Por tanto y en base a dicha doctrina, en los casos en los que la Administración tiene un cierto margen de actuación o apreciación no cabe hablar de inactividad sino de acto presunto [...] Pues bien, con arreglo a lo hasta aquí expuesto podemos concluir que no estamos ante un supuesto de inactividad de la Administración (como defienden las apelantes) sino ante un caso de silencio administrativo, regulando expresamente el art. 9.4 *in fine* de la Ley 24/2015 el sentido de tal silencio al establecer que, si transcurrido el plazo de quince días desde la solicitud de la empresa suministradora y no habiéndose emitido el informe, “se entiende que la unidad familiar se encuentra efectivamente en situación de riesgo de exclusión residencial” [y, de forma crucial, culmina] Atendiendo a dicha conclusión, no procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 9.4 de la Ley 24/2015 (planteamiento solicitado en el escrito de interposición pero no reiterado en la demanda). Asimismo, tampoco procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 6.4 ni el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE del art. 6.3 del citado cuerpo legal, por constituir ello una extralimitación procesal (la cuestión de inconstitucionalidad se solicita en el escrito de conclusiones y la cuestión prejudicial en el escrito de apelación)» (FJ 2.º).

Los argumentos de la Sala de instancia no podían ser acogidos, como muy bien entendió el TS, porque excluir —discutiblemente, desde luego, pero en nuestra opinión no sin fundamento— la inactividad no permite afirmar necesariamente que rija el régimen del silencio ni positivo ni negativo, y de hecho, es evidente que el sistema contencioso-administrativo español está lejos de ser un sistema cerrado, en el que los mecanismos de acceso a la jurisdicción de los arts. 25 a 30 LJCA agoten todos los supuestos de control y cada uno de ellos se corresponda perfectamente con un espacio de control formal o material concreto. De hecho, es más bien al contrario, la realidad muestra la imperfección, solapamiento y zonas de sombra de estos mecanismos de control.

En todo caso, descartar la aplicabilidad del régimen del silencio, en cualquiera de su dos modalidades, parece perentorio para el TS: «Marco, sostener que el silencio administrativo puede operar cuando lo solicitado es que la Administración informe sobre

una situación de hecho resulta conceptualmente muy complicado; máxime cuando el informe constituye un trámite preceptivo para que el particular pueda llevar a cabo una actuación. Si la falta de emisión del informe se caracterizara como silencio administrativo negativo, ello equivaldría a admitir que la Administración puede legítimamente forzar al particular a iniciar un recurso contencioso administrativo simplemente para que no se paralice el procedimiento administrativo. Y si la falta de emisión del informe —como parece entender el Ayuntamiento de Castellar del Vallés, en aplicación del art. 9 de la Ley catalana 24/2015— se caracterizara como silencio administrativo positivo, ello equivaldría a afirmar que el particular debe iniciar un recurso contencioso administrativo con la sola finalidad de destruir una presunción legal sobre una situación de hecho; es decir, se trataría de un proceso en que no se discutiría sobre derechos o deberes, sino únicamente sobre la determinación precisa de un hecho. Pues bien, esta Sala no dice que todo ello fuera necesariamente absurdo o inviable, pero desde luego sería absolutamente inusual e innecesariamente alambicado» (FJ 4.º).

Tampoco hubiera sido tan exagerado decir que esta contradicción es, efectivamente, inviable. Parece claro que el legislador autonómico catalán no diseñó un procedimiento acorde con los parámetros de las modalidades existentes en la Ley 39/2015. Resultaría, sí, demasiado alambicado, como dice el TS, construir una teoría *ad hoc* de un supuesto procedimiento administrativo «a solicitud obligatoria» del interesado: una figura así resultaría un sinsentido, por cuanto en realidad la legislación diseña expresamente, para situaciones de intervención obligada para la Administración, un tipo de procedimientos específico, los procedimientos de oficio. Quizá aquí cabría argumentar que lo que hace el legislador autonómico es, en realidad, situar a la empresa comercializadora como garante de un interés público (como si se tratara de un concesionario forzoso de configuración legal) y, como tal, obliga a que siga un determinado procedimiento.

Lo que nos parece más discutible es la solución que el TS da a la cuestión de si el modelo de procedimiento del art. 6.4 de la Ley catalana 24/2015 permite o no el encaje de la ausencia de emisión del informe de los servicios sociales municipales con la inactividad administrativa del art. 29 LJCA. Esto es lo que, de forma tan escueta como decepcionante, afirma la sentencia, siguiendo en este sentido una línea jurisprudencial ya consolidada: «Problema distinto es si la emisión del informe previsto en la normativa autonómica es una prestación a efectos del art. 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A este respecto, dado que se trata de un precepto autonómico y que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado sobre su significado y alcance, con pleno respeto a las exigencias dimanantes de la Constitución y de la legislación básica del Estado en la materia, esta Sala nada tiene que añadir a lo dicho en la sentencia de apelación» (FJ 6.º). Pero, en realidad, la Sala de instancia se había limitado precisamente a rechazar que el precepto autonómico constituyera un supuesto de inactividad administrativa, o en otros términos y en lo que es fundamental, que la emisión del informe constituyera una «prestación» legalmente establecida del municipio en favor de la empresa suministradora. En realidad, seguramente el problema se entienda mejor si se mira desde el punto de vista del procedimiento administrativo común, es decir, bajo las reglas de los arts. 79

y ss. LPAC, de los que en realidad la norma autonómica constituye un supuesto especial. Sin negar que pudiera obligarse a la administración local a emitir el informe por la vía del art. 29 LJCA, lo cual, de entrada, ya impone una gravosa carga procesal, nosotros creemos que la interpretación más natural del precepto es sencillamente que establece un trámite de informe con una presunción legal en caso de no emisión, en favor de la vulnerabilidad del ciudadano sobre el que se plantea el corte de suministro. Establecido esto, dada la gravedad de la consecuencia jurídica impuesta por el legislador, quizá sí que tuviera sentido la vía de la cuestión de inconstitucionalidad que quizá también demasiado rápidamente descarta el TSJ en la sentencia de instancia. Cuestionar el precepto desde el punto de vista de los derechos de propiedad y libertad de empresa, en particular, parece al menos una opción con recorrido jurídico, si bien desde luego muy gravosa procesalmente para el recurrente. Esta vía, no obstante, parece cerrada por el momento.

2.2.4. *Terminación del procedimiento y función del recurso de casación*

La STS 1521/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 22 de noviembre, rec. cas. 1107/2023, ponente: Olea Godoy, se plantea como cuestión de interés casacional objetivo «cuestión identificada en este en este recurso como de interés casacional consistía en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar “la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 19 de junio de 2018 (asunto C-181/16, caso *Gnandi*), en relación con el apartado 5 del art. 46 de la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, en la interpretación por el órgano jurisdiccional que resuelve en primera instancia de los criterios contenidos en los arts. 129 y ss. LJCA , a la hora de proceder a la adopción de medidas cautelares tendentes a la suspensión de la ejecución del acto administrativo denegatorio de la solicitud de protección internacional”».

La cuestión, sin embargo, no terminó de sustanciarse en este caso, pues el recurso de casación interpuesto frente a los Autos de la Audiencia Nacional de 19 de julio y de 27 de septiembre de 2022 se resolvió cuando ya había recaído resolución definitiva sobre el fondo del asunto, lo que obligó al TS a reiterar una muy conocida doctrina: «Sin embargo, conviene recordar que en reiteradas ocasiones —por todas, baste citar la reciente STS 1331/2022, de 19 de octubre— hemos establecido que para dar respuesta precisa a la cuestión planteada debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (*ex* art. 93.1) no puede hacerse “en abstracto”, prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes. Por ello, es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el supuesto que ahora examinamos.

Y, en este sentido, es necesario reseñar que esta Sección 5.^a ha tenido conocimiento de que, en el recurso contencioso-administrativo del que dimana la presente medida cautelar, la Sala de instancia dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2023 resolviendo la cuestión de fondo suscitada en el proceso principal».

2.2.5. *Cuantía del procedimiento contencioso-administrativo*

La STS 1516/2023, Sala 3.^a, Sección 4.^a, de 21 de noviembre, rec. cas. 1228/2022, ponente: Lucas Murillo de la Cueva, se plantea la cuestión casacional siguiente: «Si ha de reputarse indeterminada o determinable la cuantía de aquellos recursos contencioso-administrativos en los que junto con la pretensión de reconocimiento de la realización de funciones de puestos de superior categoría por parte de un funcionario de una entidad local se articula la reclamación del abono de las diferencias retributivas correspondientes a dicho desempeño».

El órgano de instancia resuelve, finalmente, a favor de que la cuantía en estos supuestos debe reputarse indeterminada: «Del examen de las actuaciones se desprende, que tanto en vía administrativa como luego en vía contencioso-administrativa la recurrente en instancia formuló dos pretensiones: una ciertamente pecuniaria, consistente en el abono de las diferencias retributivas; y otra relativa al reconocimiento de que en ocasiones se le encomiendan funciones de una categoría superior, lo que podría tener consecuencias en el futuro. Hay, así, una pretensión que no es de cuantía determinable y, por consiguiente, en este caso no es aplicable el umbral mínimo fijado por el art. 81.1.a) de la Ley de la Jurisdicción [...]. Debemos reiterar lo que hemos dicho en nuestra Sentencia 1219/2023, de 3 de octubre (casación núm. 7337/2021) que sigue a las anteriores dictadas en los recursos de casación núms. 1744/2020 y 7338/2022, pronunciadas todas en supuestos iguales al que nos ocupa. A la cuestión de interés casacional objetivo debe responderse que, en supuestos como el presente, la cuantía es indeterminada. Por ello, procede estimar el recurso de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones a la Sala de apelación para que, admitido el recurso de apelación, resuelva lo que proceda sobre el fondo del mismo» (FFJJ 4.º y 5.º).

2.2.6. *Condición de interesada y legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de un acto administrativo municipal*

La STS 1479/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 20 de noviembre, rec. cas. 1051/2022, ponente: Lesmes Serrano, aborda un complejo problema en el contexto de un litigio bien conocido, que afecta de lleno al complejo asunto de la competencia para el control de la actividad de las administraciones locales, dentro del respeto a su autonomía local. La cuestión casacional a dilucidar fue, en este caso, la siguiente: «El auto de admisión considera necesario aclarar, matizar, reforzar o, en su caso, corregir la jurisprudencia existente en orden al reconocimiento de legitimación —o no— a la administración autonómica de la facultad para instar la revisión de oficio de los actos adoptados por las entidades locales» (FJ 4.º).

Para dilucidar esta cuestión, según el TS, es necesario distinguir varios supuestos. En primer lugar, y como regla general ya asentada en la jurisprudencia anterior: «De esta manera el concepto de interesado, a efectos del art. 102.1 no incluye a la Administración

autonómica que no ejercita derechos o intereses legítimos sino una potestad administrativa. Como primera conclusión, a los efectos de la cuestión casacional planteada, podemos afirmar que la Administración autonómica carece en principio de legitimación para instar la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho emanados de la Administración local. Las razones de esta negativa fueron expresadas en las SSTs de 12 de abril de 2016 (rec. cas. 3550/2014) y de 26 de octubre de 2020 (rec. cas. 1443/2019) y a ellas nos remitimos» (FJ 7.º).

No obstante, esta regla general tiene una importante excepción, que de nuevo nos remite a la decisión del legislador. Efectivamente, no se reconoce condición de interesado a la administración autonómica, salvo que sea el propio legislador autonómico quien se la haya atribuido: «De 26 de octubre de 2020 (rec. cas. 1443/2019) y a ellas nos remitimos. Sin embargo, parece deducirse de la cuestión casacional planteada en el auto de admisión del recurso de casación que nuestra STS 250/2021, de 24 de febrero de 2021 (rec. 8174/2019) vino a establecer una excepción a la regla general anterior. Tal conclusión no es correcta. En el caso que allí se juzgaba la legitimación no se reconocía por interpretación extensiva de la legitimación contemplada en el art. 102 de la Ley 30/1992, ni suponía hacer una reinterpretación de nuestra jurisprudencia anterior. Lo que la STS de 24 de febrero de 2021 hace es completar aquella doctrina jurisprudencial, al ampliar la legitimación cuando exista una previsión legal específica que se la atribuya expresamente a la Administración autonómica. Efectivamente, en el caso que se juzgaba en esa sentencia, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la ley autonómica (Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto) ha previsto expresamente una concreta legitimación de la Administración autonómica, como garantía de la legalidad urbanística, para instar el procedimiento de revisión de oficio como mecanismo de control de la actividad desarrollada por los ayuntamientos en esa materia».

En suma: «La respuesta se deduce de lo anteriormente expuesto. La Administración autonómica, salvo que tenga la condición de interesada, carece de la facultad de instar de un ayuntamiento que inicie la revisión de oficio de un acto, como es la concesión de una licencia municipal de obras, salvo que una norma con rango legal se la atribuya expresamente». Sin embargo, el caso concreto era peculiar, porque existía un proceso anterior con fuerza de cosa juzgada que sí que había reconocido a la administración autonómica tanto la condición de interesado para instar la revisión de oficio de un acto de una entidad local como legitimación procesal para impugnar la resolución resultante: «En este caso concreto dicha legitimación le había sido reconocida a la Junta de Andalucía en un proceso anterior en sentencia que ganó firmeza, produciendo los efectos de cosa juzgada, por lo que tratándose del mismo asunto dicha legitimación no le podía ser negada posteriormente por la misma Sala de Granada, como tampoco se le puede negar ahora en casación, porque ello supondría vulnerar el derecho a la invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales» y, por tanto, «nuestra anterior doctrina por las razones indicadas. Esta doctrina aplicada al caso concreto juzgado en la instancia debería dar lugar a la estimación del recurso de casación, sin embargo, tal decisión nos está vedada, como hemos dicho, por impedirlo la cosa juzgada material que deriva de la Sentencia 3552,

de 16 de diciembre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, sentencia que reconoció la legitimación ahora discutida y que es inatacable por razón de su firmeza» (FJ 8.º).

2.2.7. Sobre el objeto de impugnación y la preclusividad de los plazos procesales

La STS 1454/2023, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 16 de noviembre, rec. cas. 2320/2021, ponente: Perelló Doménech, plantea la siguiente cuestión de interés casacional objetivo: «Si procede inadmitir la solicitud de rectificación del grupo de cotización de la Seguridad Social por error de encuadramiento, en caso de haber adquirido firmeza en vía administrativa la desestimación de dicha pretensión, ello pese al pronunciamiento existente de que, no procede declarar extemporáneas estas solicitudes cuando la petición se produce a efectos del cómputo de la pensión de jubilación».

El TS concluye sin embargo, respondiendo a esta cuestión, que «en definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma [...]. La exacta identidad de lo solicitado en fecha 1 de junio de 2018 con lo que fue objeto de reclamación en el precedente procedimiento iniciado por medio de solicitud de fecha 25 de enero de 2017, nos obliga a catalogar la actividad administrativa aquí impugnada, calificada por la actora como desestimación presunta por silencio administrativo, de mera reproducción del sentido denegatorio de las previas resoluciones administrativas firmes [...]. Este es acto meramente reproductorio de anterior firme que no admite ya recurso, y que ha sido deliberadamente obviado por la recurrente para artificiosamente dirigir su recurso de alzada contra un silencio administrativo que no es tal». El TS desestima, por tanto, el recurso de casación.

2.2.8. Sobre el art. 33.2 LJCA

La STS 4330/2023, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 10 de octubre, rec. cas. 3395/2021, ponente: Córdoba Castroverde, examina una interesante cuestión al hilo del art. 33.2 LJCA y la facultad del juez contencioso-administrativo de proponer a las partes por providencia argumentos jurídicos no planteados por las partes en sus alegaciones. Es muy importante distinguir, para entender la sentencia, el planteamiento de argumentos jurídicos nuevos sobre hechos probados del planteamiento de hechos nuevos, especialmente, en apelación, que queda nítidamente vedado.

La parte recurrente en casación sostiene que el recurso se interpone aduciendo, en primer lugar, la infracción del art. 33.2 LJ y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE al haber hecho uso de la previsión contenida en dicho precepto en un recurso de apelación. El recurso de apelación conlleva, según la parte, una desta-

cada limitación en cuanto al contenido posible de la discusión, prevista en la STS de 17 de enero de 2000 (rec. apel. 3497/1992) en la que se afirma que si bien en el recurso de apelación se permite a las partes suscitar nuevos fundamentos o argumentos jurídicos no planteados en la primera instancia, pero en cambio está vedado a las partes en el recurso de apelación introducir «cuestiones nuevas» entendidas como la alteración del *petitum* de la primera instancia o la alteración de los hechos que sirvieron como razón o causa de pedir porque lo que corresponde a la fase de apelación es el examen crítico de la sentencia de primera instancia. Por el contrario y vulnerando esta previsión, la empresa Building Factory, S. L., en su recurso de apelación introdujo una cuestión nueva consistente en el hecho de que el contrato de obras ya estaría finalizado por estar la obras ejecutadas y entregadas cuando el ayuntamiento impuso a la empresa la penalidad contractual impugnada.

En lo que es relevante, el TS se plantea como cuestión casacional la siguiente: «Determinar el alcance de la potestad que los Tribunales otorga el art. 33.2 LJ en el trámite del recurso de apelación y, en su caso, los límites derivados del objeto del proceso y de las pretensiones articuladas en el mismo» (FJ 2.º). El TS resuelve la cuestión apreciando que, con independencia de si en sede de apelación puede o no recurrirse al art. 33.2 LJCA, lo que nunca puede hacerse es recurrir a él para alegar hechos nuevos: «Lo cierto es que, con independencia de si el tribunal de apelación puede hacer uso o no de la opción contemplada en el art. 33.2 LJ, esta previsión legal tan solo permite introducir en el debate procesal motivos jurídicos no apreciados por las partes, pero no hechos nuevos con trascendencia jurídica, como es el caso que nos ocupa. De modo que la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no debió introducir en el debate de apelación un hecho nuevo por la vía del art. 33.2 de la LJ» (FJ 3.º).

2.3. Contribuciones doctrinales

Las cuestiones clave sobre jurisdicción contencioso-administrativa han suscitado, de nuevo, un importante debate doctrinal. Es relevante tener en cuenta que las importantes reformas operadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 2023 están comenzando a ser analizadas ya en 2024, por lo que serán examinadas como trabajos doctrinales en el Informe del próximo año. Por otro lado, seguimos observando la permanencia de debates clásicos, que continúan teniendo vigencia.

En cuanto a los trabajos monográficos, hay que destacar el trabajo de O. BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de apelación contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 195 pp. Tras sus estudios sobre el recurso de casación contencioso-administrativo, el autor continúa examinando el régimen de recursos y profundizando en la doctrina y la jurisprudencia que articula la jurisdicción contenciosa.

La jurisdicción contencioso-administrativa viene siendo también objeto de jornadas conjuntas entre la comunidad académica y el TS que, en los últimos años, vienen pu-

blicándose en la *Revista de Administración Pública*. En el año 2023 son tres los estudios que se han publicado en esta revista producto de estos ciclos de debate. El primero es el trabajo de L. M.^a Díez-PICAZO, «Sobre la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 13-33. El segundo es el estudio crítico de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Problemas de estructura y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 35-72. Y el tercero es una llamada al acuerdo sobre la reforma de la jurisdicción contenciosa, el trabajo de T.-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un acuerdo básico sobre la necesidad de reformar la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023, pp. 73-79.

Entre los debates clásicos, destaca sin duda el trabajo de J. M.^a BAÑO LEÓN, «La acción popular urbanística: origen y crítica de una figura controvertida», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 226, 2023, pp. 11-26. El autor examina las bases históricas recientes de la institución y su posición en los dos anteproyectos más recientes, de 2018 y 2022, concluyendo que: «A nuestro juicio, pues, la reforma debería recuperar la idea de limitar la acción pública a las entidades asociativas en la línea de la legislación ambiental y de la propuesta de 2018. No hay razones de peso ni de interés público para seguir reconociendo la acción pública sin restricciones a las personas físicas. Y buena prueba de ello es que la Exposición de Motivos no acierta a encontrar razón alguna para mantener la acción pública y se limita a recordar su origen en la ley de 1956, origen azaroso como hemos tratado de demostrar, que cumplió una importante función de defensa de intereses difusos hasta 2006, y que hoy se serviría mucho mejor, con todas sus ventajas y ninguno de sus inconvenientes, con la legitimación asociativa».

La casación continúa siendo estudiada por la doctrina en diversas fuentes, y así estudia un supuesto específico de interés casacional objetivo G. CARO HERRERO, «El rechazo de la doctrina del Tribunal Supremo como presunción de interés casacional objetivo en el orden contencioso-administrativo (art. 88.3.B LJCA): contenido original y reforma efectuada por el RD 5/2023 de 28 de junio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 230, 2023, pp. 251-282.

También las medidas cautelares siguen siendo objeto de estudio académico. Un caso peculiar es el estudio de las medidas cautelares, especialmente, de las cautelarísimas, frente a las decisiones de los órganos de las Cortes Generales. Sobre esto trata el estudio de I. LASAGABASTER HERRARTE, «Las medidas cautelarísimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados, ATC 177/2022. Falta de conexión material entre enmiendas y proyecto de ley en tramitación: afectación al *ius in officium* de los diputados», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 126, mayo-agosto de 2023, pp. 245-287.

Por último, ha interesado igualmente a la doctrina la evolución de los instrumentos procesales del Derecho europeo, y así destaca el trabajo de E. COBREROS MENDAZONA, «La cuestión prejudicial europea en evolución: necesaria motivación para omitirla e instrumentos para su efectivo planteamiento», *Revista Vasca de Administración Pública*.

Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, núm. 126, mayo-agosto de 2023, pp. 103-141. El trabajo aspira a examinar tanto el aspecto de continuidad con la doctrina de la clásica STJUE *Cilfit* (probablemente, nos dice el autor, el mayoritario) como las novedades que aporta la jurisprudencia más reciente, especialmente la Sentencia *Conorzio Italian Management*, de 6 de octubre de 2021, C-561/19, que impacta sobre los requisitos para la exención de plantear la cuestión prejudicial.

Es destacable también la celebración de un importante Congreso sobre «La necesaria reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los 25 años de su aprobación» el día 22 de mayo de 2023 en la Universidad San Pablo CEU de Madrid. Aunque sus ponencias todavía no han sido publicadas, incluyeron contribuciones relevantes de jueces, abogados y profesores. Entre ellas podemos destacar, dentro del análisis histórico, la de L. MEDINA ALCOZ, «Mitos y verdades sobre la evolución de la justicia contencioso-administrativa en España».

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 las Administraciones públicas. Sin embargo, sí que ha habido, como respuesta a la STJUE (*Gran Sala*) *Comisión v. Reino de España*, C-278/2020, de 28 de julio de 2022, un *Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por daños derivados de la infracción del Derecho de la Unión*. Dado que en la edición anterior de este mismo Informe examinamos esta sentencia extensamente, y aunque el Anteproyecto caducó debido a la convocatoria electoral, cabe realizar algunas consideraciones sobre el texto.

En primer lugar, y tras una relativamente extensa exposición de motivos, al menos, para la concisión del texto del Anteproyecto, en lo sustancial se proponía una reforma del art. 32.5 LRJSP en los siguientes términos: «5. Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización en alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que la declaración de la norma nacional como contraria al Derecho de la Unión Europea se haya efectuado por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del TS.

Para que proceda la indemnización en este supuesto será necesario que 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. No será necesario haber obtenido sentencia firme desestimatoria en aquellos supuestos en que no exista una actividad administrativa impugnabile.

2.º Que el particular haya obtenido, en un proceso iniciado a su instancia ante cualquier órgano jurisdiccional nacional, sentencia estimatoria firme en la que se declare que la norma nacional es contraria al Derecho de la Unión Europea, siempre que no hubiera sido debidamente restablecido o indemnizado en el seno de dicho proceso.

En los dos supuestos deberán cumplirse, asimismo, para que proceda reconocer la indemnización, todos los requisitos siguientes:

- a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares».

Este precepto constituía lo mollar del Anteproyecto. En general, parece observarse una adaptación forzada y quizá excesivamente formalista a las exigencias de la sentencia. Por ejemplo, que la declaración de incumplimiento del Derecho europeo se extienda al TS sin duda trae causa de que se recordara en aquella sentencia que los órganos jurisdiccionales nacional también son aplicadores del Derecho europeo. Y que no sea necesario obtener sentencia firme cuando «no exista actividad administrativa impugnabile» trae causa igualmente de una crítica emanada de esta norma. Pero, en todo caso, no parece que se haya aprehendido la crítica en su conjunto. Como ya dijimos en la edición anterior del presente Informe, la STJUE de 28 de julio de 2022 no es formalmente una impugnación del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador o incluso de las Administraciones públicas al completo, pero realmente demuestra sus graves deficiencias tanto procedimentales y procesales como de fondo, y exhibe por momentos una incomprensión del sistema por parte del TJUE. Lo que parece obvio es que el sistema está diseñado como un mecanismo de tutela del Estado más que del ciudadano, y este es un problema de base que no puede resolverse con modificaciones cosméticas o con adaptaciones a críticas concretas, por concreta que sea en su objeto la sentencia del TJUE.

Cabe mencionar también que el Anteproyecto limitaba temporalmente, de nuevo, estas reclamaciones, en su propuesta de redacción del art. 34.1 LRJSP: «En el caso de la responsabilidad patrimonial a que se refiere el apartado 4 del art. 32, serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley, salvo que la sentencia disponga otra cosa». Además, cuando el propio recurrente hubiera obtenido la sentencia estimatoria de la vulneración del Derecho europeo, su derecho a reclamar prescribiría desde la fecha de firmeza de su sentencia: «Cuando se trate de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del art. 32 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se producirá la prescripción del derecho a reclamar

transcurrido un año desde que se haya publicado la sentencia del TS o la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el supuesto del núm. 1, contándose ese plazo desde la fecha de firmeza de la sentencia en el caso del núm. 2».

«En el supuesto de la responsabilidad patrimonial que se regula en el apartado 5 del art. 32, serán indemnizables los daños producidos en los términos que disponga la sentencia firme que declare la norma nacional contraria al Derecho de la Unión, sin que puedan verse afectadas situaciones jurídicas ya prescritas». De nuevo, resultaba muy discutible el empleo de un criterio desigual para los incumplimientos del Derecho europeo (sin duda, criterio generoso motivado por la sentencia) y para la responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad de las leyes, que conservaba la limitación a cinco años de la reclamación. La DF 1.^a facilitaba el acceso de las sentencias que declaraban el incumplimiento del Derecho europeo al régimen de recursos hasta la casación. Se contemplaba además un régimen especial de publicación de estas sentencias, en la propuesta de art. 107 LJCA: «La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley producirá efectos desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, salvo que en ella se establezca otra cosa». Un régimen sin duda más favorable que el general que se proponía, para las declaraciones de inconstitucionalidad (y que el que, para ambos casos, continúa en vigor) en el art. 32.6 LRJSP.

3.2. Jurisprudencia destacada

3.2.1. Responsabilidad patrimonial y acto legislativo en el ámbito tributario

La STS 629/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 17 de mayo, rec. cas. 444/2022, ponente: Olea Godoy, aborda el problema de la aplicación en el Derecho español de la doctrina sentada por la STJUE de 28 de junio de 2022 que, en la propia descripción del órgano jurisdiccional y en lo que es relevante para la sentencia, «declara el carácter contrario al Derecho de la UE del requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño». Como se recordará, ya examinamos en profundidad esta sentencia del TJUE en la edición de este Informe del año 2022.

La mercantil recurrente impugnaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2022 por el que se desestima la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado legislador, con fundamento en la STC 78/2020, de 1 de julio, por la que se declara inconstitucional el Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, relativo al pago fraccionado del Impuesto sobre Sociedades, el cual fue admitido por la Sala.

Al margen de la cuestión fiscal y de la propia declaración de inconstitucionalidad, que no son objeto de este Informe, en términos generales puede decirse que el TS se muestra cauto al tratar de incorporar la doctrina del TJUE. Por un lado, admite la doctrina emanada del Derecho europeo cuando admite —por lo demás con total ob-

viedad— que: «Es cierto que exigir al ciudadano la cautela de impugnar una actividad administrativa ajustada a la ley, con base en su previsible inconstitucionalidad, constituye una exigencia desmesurada, porque el éxito de su pretensión de que se anule dicha actividad es harto complejo» (FJ 4.º).

Sin embargo, esta crítica al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado legislador no se sustancia en ninguna consecuencia jurídica estimatoria de la pretensión. El enfriamiento de la cuestión llega con un argumento ciertamente endeble del TS, la pretendida ausencia de una norma concreta del Derecho europeo que establezca los términos de la responsabilidad patrimonial por su incumplimiento. Exponemos seguidamente los principales argumentos del TS a este respecto:

«A la vista de esas conclusiones, un primer argumento que se aduce en la demanda en contra de la exigencia que impone el art. 32.4, se refiere a la ineficacia de tal presupuesto por aplicación de la STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20; de la que se concluye que comporta la imposibilidad de condicionar esta responsabilidad a la previa sentencia contra la actividad que aplicó la ley luego declarada inconstitucional, como se declara por el Tribunal Europeo al examinar el precepto nacional y su adecuación al Derecho europeo.

El argumento requiere matizaciones y no puede ser acogido. [...] En efecto, para una mejor comprensión del debate que se suscita es obligado partir de que la integración en la UE comporta la coexistencia de dos ordenamientos vinculados, el Europeo y el de cada uno de los Estados miembros, que están vinculados al aplicarse sobre una misma población, por lo que se requiere una compatibilidad entre ambos. [...] La mencionada responsabilidad no tiene un reconocimiento expreso en el ordenamiento europeo, sino que el principio de responsabilidad de los Estados por daños causados a los particulares por infracciones del Derecho de la Unión constituye un derecho reconocido directamente por la misma Jurisprudencia del TJUE, que de manera inconcusa ha declarado que dicha responsabilidad “es inherente al sistema de los Tratados en los que se funda” la Unión. [...] La peculiaridad de que no exista una normativa concreta que regule esta institución exige que su regulación se realice por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, como hemos visto antes, es decir, que se haga en el “marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad”, lo cual genera el riesgo de que los Estados, en dicha regulación, establezcan presupuestos diferenciados que, en todo caso, deben salvaguardar aquellos principios de primacía y efecto directo [...] en modo alguno puede pretenderse que apliquemos esa jurisprudencia a derechos o instituciones propias del Derecho interno y reguladas por el Derecho español, porque esos principios de eficacia y equivalencia se impone en la compatibilidad entre el Derecho de la Unión con el de los Estados, no en el de los propios Estados cuando no hay una regulación armonizada, como es el caso de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión por los Estados que, como ya se dijo, es de creación jurisprudencial comunitaria; la cual tiene una finalidad, naturaleza y presupuestos bien deferentes de la responsabilidad por aplicación de una ley declarada inconstitucional» (FJ 4.º).

En suma, se trata de una sentencia más que nos recuerda, de nuevo, lo mal resuelto que está en nuestro ordenamiento jurídico el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

3.2.2. *Sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el Real Decreto 463/2020*

La STS 1589/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 29 de noviembre, rec. cas. 198/2022, ponente: Lesmes Serrano, aborda otro asunto de enorme enjundia en los últimos años, el de la responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas adoptadas durante la pandemia de la covid-19. Esta sentencia, que forma parte de una larga serie para la cual la tomamos como referencia, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejo de Ministros desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la recurrente el 14 de marzo de 2021 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios sufridos, en concepto de lucro cesante, como consecuencia de la declaración del Estado de Alarma efectuada en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En realidad, este es el patrón de la mayoría de estas reclamaciones, su acceso a la jurisdicción por la vía de la impugnación, por lo general de la desestimación por silencio, de la reclamación de responsabilidad patrimonial. De nuevo, el patrón de la sentencia del TS, como viene siendo habitual en esta serie jurisprudencial, es recordar la doctrina de la STC 148/2021: «La inconstitucionalidad apreciada en la sentencia no será por sí misma título (así se afirma expresamente) para fundar reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las Administraciones públicas sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En definitiva, de la declaración de inconstitucionalidad parcial de este real decreto no nace en el presente caso un derecho al resarcimiento por responsabilidad patrimonial fundado en dicha declaración» (FJ 6.º).

Esto no cierra la puerta, en principio, a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado legislador —que, por otra parte y como recuerda el TS, a menudo concurre en estas reclamaciones con reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas—. En el examen que formula el TS sobre la posible concurrencia de un sacrificio especial por parte del recurrente —en este caso, una compañía de transportes, aunque la cuestión se ha planteado igualmente en otros ámbitos, como la hostelería—, sin embargo, la fuerza argumental del recurso pierde su fuelle. El punto de partida del TS es que «las normas de excepción, al igual que el resto de las leyes, son imperativas y de aplicación general a sus destinatarios, imponiendo a todos ellos el deber de soportar las cargas que de ellas se derivan en aras del interés público que justifica su aprobación, de manera que, en principio, sólo se puede generar la responsabilidad patrimonial a favor de los afectados por dicha normativa cuando el propio legislador así lo hubiera reconocido o cuando fuere declarada su inconstitucionalidad. La misma consecuencia del deber de soportar tiene, para lo que aquí interesa, el ejercicio de las incisivas potestades que tiene reconocida la Administración pública en defensa de la salud colectiva, pudiendo en el ejercicio de las mismas limitar derechos individuales» (FJ 7.º).

Esto lleva a una consecuencia sorprendente: la confusión del TS entre el sacrificio general de los ciudadanos y el sacrificio especial de determinados sujetos y negocios directamente afectados por las medidas, y en último término, la derivación de todo resarcimiento especial por la vía de la voluntad del legislador y su aplicación por la administración competente, en particular, mediante los diversos mecanismos establecidos durante la etapa de la pandemia en forma de ayudas públicas. Así, asevera el TS que: «La sociedad en su conjunto tuvo que soportar las decisiones adoptadas por los poderes públicos para preservar la salud y la vida de los ciudadanos, de manera que la vía de reparación o minoración de daños para aquellos que la padecieron con mayor intensidad, de ser procedente, tiene que ser la de las ayudas públicas —que se concedieron ampliamente—, pero no la de la responsabilidad patrimonial que exige como presupuesto inexcusable de una antijuridicidad que aquí no es predicable. En cuanto a las ayudas públicas, basta reparar en las numerosas normas dictadas a raíz de la pandemia al objeto de mitigar los graves perjuicios económicos producidos a amplios sectores de nuestra sociedad. Algunas de estas disposiciones aparecen reseñadas en la parte final de los fundamentos tercero y cuarto de esta sentencia» (FJ 7.º). Se mire por donde se mire, sin embargo, esta no es sino la declaración de un privilegio del Estado de no responder plenamente de sus deudas, de forma que su responsabilidad patrimonial se configura mediante criterios normativos.

Los siguientes fundamentos jurídicos rechazan tanto la existencia de un pretendido sistema de responsabilidad objetiva por la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio de la Ley Orgánica 4/1981 (FJ 8.º) como la concurrencia de fuerza mayor por causa de la pandemia, aquí con un giro argumental que, de nuevo, parece considerar suficiente referirse a la «proporcionalidad» (privilegiada, sin duda) de las medidas adoptadas por la pandemia: «Podemos concluir que la fuerza mayor puede operar como supuesto de exención de responsabilidad patrimonial en relación con determinados daños directamente imputables a la pandemia covid-19, pero no cuando se deducen de la actuación de los poderes públicos, si bien en nuestro caso, como ya hemos razonado extensamente *supra*, la actividad administrativa desarrollada fue razonable y proporcionada a la situación existente por lo que no generó responsabilidad».

Para cerrar la sentencia y en una suerte de cajón de sastre, el TS se refiere, de nuevo en términos decepcionantes, a la posible responsabilidad patrimonial por vulneración de derechos fundamentales. Aquí también es clave la jurisprudencia constitucional, de nuevo para observar que la «proporcionalidad» de todas las medidas justifica, sin más, la ausencia de todo derecho indemnizatorio, hasta el punto de espetar a la recurrente no haber especificado la vinculación entre las vulneraciones de derechos y el daño, cuando parece más bien que es la doctrina protectora del interés público la que bloquea el acceso a todo resarcimiento:

«Y, por último, el art. 38 CE fue analizado por el TC en relación con las medidas del art. 10 del Real Decreto 463/2020. En este punto la Sentencia 148/2021 precisa que las medidas previstas en el art. 10 del Real Decreto no resultaron desproporcionadas. Con independencia de tal pronunciamiento constitucional ha de contestarse que el recurrente ejercita una acción de responsabilidad patrimonial sin que señale ni razone debidamente la conexión entre la posible vulneración (vulneración excluida por el pronunciamiento

de la STC 148/2021 excepto en lo relativo al art. 7 y en razón a la cobertura del estado de alarma) de tales preceptos y el daño reclamado» (FJ 10).

3.2.3. *Error de hecho y mayoría de edad*

La STS 571/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 9 de mayo, rec. cas. 331/2022, ponente: Huet de Sande, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra Resolución del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2021, que estimó parcialmente reclamación de responsabilidad patrimonial.

La citada Resolución del Consejo de Ministros de 7 de junio de 2021 había estimado parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente, por el fallecimiento de su padre por su exposición laboral al amianto. El recurso de revisión frente a esta resolución y cuya desestimación presunta se impugna pretende que se reconozca que la resolución habría incurrido en error de hecho, por haber reconocido la Administración que el recurrente era menor de edad a la fecha del fallecimiento, fijando, sin embargo, la indemnización idéntica a la de sus hermanos mayores de edad. En opinión del recurrente, su condición de menor de edad haría que le correspondiera una mayor indemnización siguiendo el baremo establecido.

Concluye el TS, desestimando el recurso contencioso-administrativo, que «aunque aceptáramos, a efectos meramente dialécticos, que la Administración hubiera reconocido la minoría de edad del recurrente, con dificultad puede entenderse que el tratamiento igualitario de todos los hermanos a efectos indemnizatorios efectuado por la Administración, prescindiendo de aquella circunstancia, pueda constituir un «error de hecho», tal y como lo hemos definido, cuando el baremo tomado como referencia para la cuantificación de la indemnización —que es el baremo contenido en la OM de 5 de marzo de 1991, actualizado en sus cuantías, en la fecha de reclamación, por Resolución de 9 de marzo de 2015, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, según expresamente se indica en la resolución de la reclamación, y no el que afirma el recurrente, contenido en la Resolución de dicha Dirección General de 5 de marzo de 2014— se ha utilizado sólo de forma meramente orientativa y así se indica expresamente en la resolución impugnada. Que es este el baremo utilizado por la Administración, y no el indicado por el recurrente, y que su utilización ha sido orientativa se dice expresamente en la resolución de la reclamación cuyos términos conviene reproducir» (FJ 3.º).

3.2.4. *Responsabilidad por daños físicos y morales sufridos en el ejercicio de una actividad funcional y pérdida de oportunidad*

La STS 3040/2023, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 23 de junio, rec. cas. 171/2021, ponente: Olea Godoy, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la reso-

lución del Consejo de Ministros, adoptado en sesión de 21 de julio de 2020, por el que se estimaba parcialmente su reclamación de los daños y perjuicios originalmente interpuesta por la recurrente.

La recurrente, oficial que ejercía una carrera militar truncada por los hechos causantes del daño objeto de reclamación, en lo que es relevante para nosotros, reclama un complemento a la indemnización otorgada en concepto de «pérdida de oportunidad». En opinión de la recurrente, «debía haberse incluido en la cuantía de la indemnización reconocida, es decir, la de la pérdida de oportunidad para el desarrollo de su carrera militar o en el campo de la medicina en general en el ámbito público o privado» (FJ 1.º).

Esta reclamación da lugar a que el TS aclare en qué consiste la pérdida de oportunidad tal y como ha sido reconocida por la jurisprudencia. En palabras del órgano jurisdiccional, «suscitado el debate en la forma expuesta es obligado comenzar por poner de manifiesto la errónea premisa de que se parte en el razonamiento que sustenta la pretensión. Es cierto que la pérdida de oportunidad ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia de este TS y a los efectos de fijar las cuantías de los daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Ahora bien, como con acierto se señala también en las alegaciones de la defensa de la recurrente, ese criterio de valoración de los daños y perjuicios ocasionados, lo ha sido con relación a supuestos en los que se reclamaba la indemnización con fundamento en la responsabilidad por asistencia sanitaria. Es decir, el concepto y presupuesto de la pérdida de oportunidad es bien diferente del que se pretende en el caso de autos. Se considera por la mencionada Jurisprudencia que existe esa pérdida de oportunidad cuando en la prestación de una asistencia sanitaria debida, si bien no se han vulnerado los principios de *lex artis* —que es el presupuesto de la responsabilidad en ese ámbito de la actividad prestacional administrativa— y no podría apreciarse dicha responsabilidad, en sentido estricto, es lo cierto que por alguna de las circunstancias del tratamiento no se ha dado oportunidad de haber podido prestar una asistencia alternativa que pudiera haber sido menos lesiva para el perjudicado [...].

En efecto, la pérdida de oportunidad, en la forma delimitada, comportaría que la Administración no habría adoptado medidas alternativas para minorar el daño ocasionado a la recurrente. Pero lo que aquí se sostiene no es esa reducción del daño, sino que no se ha indemnizado, a juicio de la recurrente, los efectos, de indudable contenido económico, que los hechos generadores de la lesión le han supuesto por frustrar su expectativas profesionales [...].

Reconducido el fundamento a lo que propiamente comporta los perjuicios que se reclaman en la demanda, debe señalarse que esos previsibles ingresos que la recurrente ha dejado de percibir por el pase a la situación de baja en su actividad profesional, evitando su carrera profesional, constituyen no una pérdida de oportunidad, que ya se descartó, sino un lucro cesante referido a las expectativas profesionales» (FJ 2.º).

Con estos argumentos, el TS desestima la pretensión deducida por la parte recurrente.

3.3. Contribuciones doctrinales

Al igual que afirmábamos en el Informe del año 2022, puede reiterarse que estamos en un momento de intenso desarrollo del debate sobre la responsabilidad patrimonial del Estado, si bien, al igual que en la jurisprudencia, la intensidad de la discusión parece haberse aplacado. Al menos, es necesario tiempo para reflexionar sobre todo lo que se publicó el año anterior. En 2023, no obstante, seguimos encontrando contribuciones importantes.

En primer lugar, la responsabilidad patrimonial ha sido examinada desde varios aspectos que, a su vez, también han atraído el interés de la jurisprudencia. Cabe destacar, a este respecto, un estudio que ha examinado precisamente la teoría de la pérdida de oportunidad en su estado jurisprudencial actual. En este sentido, debe destacarse el trabajo de M.^a J. GALLARDO CASTILLO, «Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 115, 2023, pp. 45-100. El trabajo, lógicamente centrado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, parte de una premisa definitoria del propio concepto que nos ayuda a entender también la jurisprudencia recaída sobre este concepto: «Pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de acaecimiento de un hecho favorable, lo que en sí mismo es susceptible de comportar para quien la sufre un daño reparable si esta probabilidad rebasa un determinado umbral. Lo que la doctrina de la pérdida de oportunidad hace entonces es conceder relevancia indemnizatoria a dicha pérdida, reconociendo responsabilidad a quien, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio» (p. 48).

Algunos hitos jurisprudenciales han sido también examinados por otros autores, como A. B. GÓMEZ DÍAZ, «Cesión de créditos y responsabilidad patrimonial en la sentencia del Tribunal Supremo 124/2020 de 22 de enero (rec. 1159/2015)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 224, 2023, pp. 181-204. En suma, estudia si el derecho a ser indemnizado por la Administración puede ser objeto de cesión, cuestión sobre la que se proyecta un intenso debate legal en la intersección del Derecho público y privado.

A la doctrina le ha interesado, en este año, también algún otro ámbito específico, especialmente, la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas a resultas de las diversas derivadas de la covid-19, ya centradas en cuestiones muy particulares y específicas. Un ejemplo lo ofrece el estudio de 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, 2023. En este ámbito, en realidad, la responsabilidad de la Administración es sólo una parte de toda la responsabilidad existente. A partir del examen de las competencias de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la autora disecciona las diferentes modalidades de responsabilidad patrimonial que se derivan de sus relaciones con los fabricantes, distribuidores y particulares.

Un segundo ejemplo podemos encontrarlo, en el mismo número, en el estudio de 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 General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023. El autor examina una jurisprudencia de primera instancia que postula que la decisión administrativa de no vacunar a los médicos de la sanidad privada supuso un agravio comparativo no justificado con respecto al resto de médicos de la sanidad pública, dando lugar a responsabilidad patrimonial indemnizable. El trabajo incluye un estudio comparado con los fallos de la jurisdicción social sobre la misma cuestión, concluyendo que «en materia laboral, a la responsabilidad por daños se le adiciona un componente preventivo-punitivo».

Empleo público

Alfonso ESTEBAN MIGUEL

Profesor 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. NOVEDADES NORMATIVAS EN EL EMPLEO PÚBLICO: 2.1. Modificación de los permisos de los funcionarios públicos. 2.2. Modificación del EBEP para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI. 2.3. Desarrollo de ciertos preceptos del EBEP para la Administración General del Estado.—3. TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: 3.1. Medidas para estabilizar las plazas del personal temporal. 3.2. Consecuencias de la temporalidad abusiva: la conversión del contrato en indefinido no fijo. 3.3. Consecuencias de la temporalidad abusiva: posible reconocimiento de indemnizaciones. 3.4. Límites a la contratación temporal: el contrato de interinidad para sustitución.—4. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: 4.1. Valoración de la experiencia a efectos de acceso. 4.2. Cuestiones sobre los órganos de selección y los terceros de buena fe de procesos declarados nulos. 4.3. Titulaciones exigidas para el acceso. 4.4. Los procesos selectivos por el turno de discapacidad.—5. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPIDOS POR CAUSAS OBJETIVAS TRAS LA DEROGACIÓN DE LA DA 16 ET.—6. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO: 6.1. La negociación colectiva en el empleo público. 6.2. La delimitación de la relación de alta dirección en el sector público. 6.3. Cuestiones relativas a la relación de la policía local. 6.4. Situación de los funcionarios electos como miembros de corporaciones locales. 6.5. Derechos del personal interino.

1. INTRODUCCIÓN

El presente informe recoge y analiza las novedades normativas, doctrinales y jurisprudenciales más importantes que se han producido durante el año 2023 en el empleo público local.

La excesiva temporalidad en el sector público y sus consecuencias es una cuestión capital en el empleo público en los últimos años. Cuestiones sobre las condiciones laborales o la extinción del personal «indefinido no fijo» siguen generando muchas controversias judiciales y dudas jurídicas que siguen sin solucionarse. Todo ello, sin olvidar las diferencias interpretativas que existen sobre las reacciones a este abuso de la temporalidad entre la Sala de lo Social del TS, cuando analiza las cuestiones relativas al personal laboral, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo, cuando aborda esta cuestión para el personal funcionario interino o el personal estatutario. Cuestiones que han sido elevadas, en algunas ocasiones, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que sus respuestas tampoco han terminado con la incertidumbre que generan estas prácticas en el seno del sector público.

No obstante, aunque la temporalidad es uno de los problemas que se enfrenta el empleo público. En los últimos años están surgiendo con fuerza nuevas cuestiones a las que hay que dar respuesta por parte de la doctrina. Por ejemplo, cómo afectará la Inteligencia Artificial al sector público. Para saber más de esta cuestión, es interesante el artículo de P. MENDILIBAR NAVARRO, «Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 10, 2023.

Otra cuestión que se ha tratado por parte de la doctrina ha sido la relativa a la regulación del teletrabajo, se puede mencionar el trabajo de R. VIDA FERNÁNDEZ, «La regulación del teletrabajo en el empleo público: coyuntura y perspectivas de futuro», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 6, 2023.

En este análisis de los retos que presenta el empleo público local, son destacables el núm. 267 de la *Revista de Estudios Local. Cunal*, que está dedicado íntegramente a estas cuestiones y el núm. 11 de *Documentación Administrativa: Nueva Época*.

Por último, en este informe también se han recogido otros temas de relevancia para el empleo público local que han sido objeto de análisis por diferentes pronunciamientos judiciales tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo. Como otros años, el estudio no se ha centrado en exclusiva 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 ámbito local.

2. NOVEDADES NORMATIVAS EN EL EMPLEO PÚBLICO

2.1. Modificación de los permisos de los funcionarios públicos

El Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones ha modificado el

art. 49.e) EBEP para extender las mejoras a los empleados públicos contempladas en el Estatuto de los Trabajadores en el supuesto del permiso por cuidado de hijo menor, afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

Por su lado, 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 modificó la letra e) del art. 48 y las letras a) y c) del art. 49 EBEP, introduciendo una cláusula de no discriminación por razón de orientación sexual y características sexuales. Asimismo, se especifica que el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, traspuso la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE, del Consejo. En concreto, el art. 128 de la citada norma modifica los arts. 48 y 49 EBEP, con el fin de incrementar los permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización intervención quirúrgica sin hospitalización del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta primer o segundo grado. También se incluye en el permiso por matrimonio de la letra l) del art. 48 EBEP, el registro o constitución formalizada por documento público de pareja de hecho.

En el caso de los permisos del art. 49, se añade una nueva letra g) que contempla un permiso parental para el cuidado de hijo, hija o menor acogido hasta el momento en que el menor cumple ocho años no superior a ocho semanas, continuadas o discontinuas, que se podrá disfrutar a tiempo completo o a régimen de jornada a tiempo parcial.

2.2. Modificación del EBEP para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI

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 no sólo ha modificado los permisos de los funcionarios, como se ha adelantado en el apartado anterior, también ha introducido otros cambios como las letras h) e i) del art. 14 EBEP sobre derechos individuales. En concreto, añadiendo en las dos letras como objeto de respeto y no discriminación la identidad sexual, expresión de género y características sexuales. También se incluyen estas singularidades en los principios éticos del art. 53.4 EBEP, que especifica que la conducta de la persona funcionaria no debe producir discriminación alguna, y cuando se describen las faltas muy graves en la letra b) del apartado 2 del art. 95 EBEP.

Por otro lado, esta norma también ha modificado los arts. 82.1 y 89.1 y 5 EBEP para eliminar el término violencia sexual.

2.3. Desarrollo de ciertos preceptos del EBEP para la Administración General del Estado

Antes de finalizar el año, en el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, se regularon materias como la planificación estratégica de recursos humanos, el acceso al empleo público, evaluación del desempeño, la carrera profesional y el régimen del personal directivo, en el ámbito de la Administración General del Estado. Este desarrollo normativo se encuentra recogido en el libro segundo de la citada norma bajo el título «medidas legislativas urgentes en materia de función pública».

Esta regulación se enmarca en los compromisos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En concreto, en el componente 11, que tiene como objetivos la revitalización de los instrumentos de planificación, ordenación y gestión de los recursos humanos, la garantía de la efectividad de los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como la transparencia y agilidad de los procesos selectivos, la regulación de la evaluación del rendimiento con arreglo a un marco basado en las competencias, en particular, para las nuevas incorporaciones, y el desarrollo de la figura del personal directivo público profesional, elemento clave en la concepción de una Administración pública orientada a la planificación, evaluación y control de las políticas públicas.

3. TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

3.1. Medidas para estabilizar las plazas del personal temporal

La excesiva temporalidad en el empleo público no es ninguna novedad. Se ha analizado este tema en numerosas ocasiones en los informes de otros años. El año pasado se dio cuenta de las singularidades de los procesos extraordinarios de estabilización que se recogieron 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). Sobre esta norma puede verse el trabajo de X. BOLTAINA BOSCH, «La estabilización del personal laboral indefinido no fijo. Elementos críticos de la Ley 20/2021 y de los procesos selectivos ordinarios de la Ley 31/2022», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 3, 2023.

Con el objetivo de seguir avanzando en los procesos de estabilización y poner medidas para reconducir la excesiva temporalidad del sector público, el legislador ha aprobado una nueva tasa adicional para procesos selectivos, que puede considerarse una «repesca» de los procesos generales de la Ley 20/2021. Estos nuevos procesos selectivos se recogieron en el art. 217 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea

en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Es llamativo, aunque no deja de ser muy habitual, que se recojan medidas de empleo público en normativas que regulan materias que no tienen conexión.

El preámbulo de la norma recoge en relación con la justificación de esta materia que «se autoriza una tasa adicional a las Administraciones públicas para que convoquen procesos selectivos conforme a la DA 8.^a de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público. La aplicación de esta norma está teniendo un impacto muy importante en la estabilidad en el empleo público de todas las Administraciones, aunque en la ejecución de los procesos de estabilización derivados de la misma han confluído procesos que derivaban de normas anteriores, generando diferencias respecto del sistema selectivo previsto por la DA 8.^a de la citada Ley, con la consecuencia de que en función del territorio los procesos de estabilización para supuestos similares pudieran haberse convocado con reglas diferentes. Por tanto, es necesario ofrecer un proceso que, garantizando los principios de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia, permita a quienes cumpliendo los requisitos para poder participar en un proceso de estabilización con las reglas de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no hayan tenido la posibilidad de hacerlo. Con el fin de asegurar el cumplimiento, en las Administraciones públicas, de los procesos de estabilización de las plazas vacantes de naturaleza estructural, ocupadas de forma temporal por personal con anterioridad a 1 de enero de 2016, se incluye un mandato dirigido a todas las Administraciones para que convoquen los procesos de estabilización en los términos previstos en la mencionada DA 8.^a de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre».

En concreto, el art. 217 de la citada norma, bajo el título «garantía del derecho de acceso a los procesos derivados de la DA 8.^a de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas para reducir la temporalidad en el empleo público», autoriza una tasa adicional para que las Administraciones públicas convoquen procesos selectivos mediante concurso con aquellas plazas de naturaleza estructural ocupadas por personal que no hubiera superado el proceso de estabilización convocado con un sistema selectivo distinto al concurso exclusivamente. Estas ofertas de empleo público se han tenido que aprobar antes del 31 de diciembre de 2023 y las convocatorias deberán estar resueltas antes del 31 de diciembre de 2024. Expresa claramente esta norma que las convocatorias deberán ajustarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y libre concurrencia. Sobre esta cuestión, es clarificador el trabajo de X. BOLTAÍNA BOSCH, «El “cuarto” proceso de estabilización del personal temporal e interino: el art. 217 del Real Decreto-ley 5/2023 de 28 de junio», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 12, 2023.

Por otro lado, estos procesos extraordinarios de estabilización han generado dudas de legalidad y, en concreto, si son acordes al Derecho europeo. En concreto, las SSTs (*Sala de lo Contencioso-Administrativo*) de 24 de enero de 2023 (rec. 3960/2021,

ECLI:ES:TS:2023:172); de 21 de abril de 2023 (*rec. 5972/2021, ECLI:ES:TS:2023:1667*) y de 14 de junio de 2023 (*rec. 4502/2021, ECLI:ES:TS:2023:2746*) dan respuesta a la cuestión de interés casacional de si las ofertas para la estabilización del empleo temporal vulneran la cláusula 5 de la Directiva sobre trabajo temporal y, en su caso, si deben ser desplazadas por el principio de la primacía del Derecho de la Unión, con independencia de su rango legal, aplicándose directamente el Acuerdo Marco. La Sala no aprecia lesión de la Directiva 1999/70/CE y mantiene que «[d]e la lectura de la cláusula 5 del Acuerdo Marco se infiere que este precepto tiene una finalidad predominantemente objetiva; es decir, busca que en el ordenamiento interno de cada Estado miembro haya normas que —previa consulta con los agentes sociales y «conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales»— impidan o al menos dificulten la utilización injustificada y, en ese sentido, abusiva de las formas de trabajo de duración determinada. Dicho de otra manera, la cláusula 5 del Acuerdo Marco, cosa distinta es la cláusula 4, no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en concretas relaciones jurídicas».

Además, añade que «[a] tenor de nuestra jurisprudencia, por tanto, no hay un derecho, que además opere de forma automática, permitiendo al funcionario interino mantenerse indefinidamente en la función pública, cuando la Administración en un intento, precisamente, de reducir la temporalidad en el empleo público para evitar el abuso que podría comportar su duración, aplica el TREBER, incluyendo las plazas, con los criterios legalmente establecidos, en la oferta pública de empleo, que es el escalón previo para que puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera, a cuyos procesos selectivos, que han de garantizar, la igualdad, el mérito y la capacidad (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE), pueden presentarse los funcionarios interinos».

Por último, determina que «[e]n definitiva, las medidas que reducen la temporalidad y pretenden estimular la duración indefinida en el desempeño de la función pública, mediante la cobertura definitiva de las plazas, como es el caso, no pueden vulnerar la Directiva 1999/70/CE, que se basa fundamentalmente, según su propio Preámbulo, en “reconocer que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de la relación laboral”. No se transgrede el Acuerdo Marco de la expresada Directiva cuando la finalidad es la reducción de la temporalidad y la cobertura indefinida de las plazas ofertadas».

Otra de las cuestiones que ha generado controversias dentro de estos procesos de estabilización es la posibilidad de beneficiar a las personas que han prestado servicios en la Administración convocante. Esto es posible siempre y cuando no sea desproporcionado. Por ejemplo, la *STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de marzo de 2023 (rec. 18/2023, ECLI:ES:TSJM:2023:1921)*, determina que «aun cuando pueda admitirse que se primen de modo muy notable los servicios prestados en el órgano convocante, otorgándoles a quienes los han prestado un trato diferenciado, lo que no resulta de recibo es que la diferenciación se convierta en desproporcionalidad. Y desproporcionado es, a todas luces, atribuir a los servicios prestados para la USC una puntuación de 0,25 puntos por mes y a los prestados en

otras Administraciones públicas la de 0,050 puntos mes. Supone, nada menos, que un 500 por 100 más de puntuación a los primeros que a estos últimos. Excede, sin lugar a duda, los límites de lo tolerable y haría prácticamente imposible superar el proceso de selección partiendo de una puntuación tan inferior en la fase de concurso, exigiéndose al aspirante afectado obtener una puntuación elevadísima en la fase de oposición para poder ponerse a la altura de los aspirantes premiados. [...] En todo caso, tampoco vale argumentar que ese trato discriminatorio responde a la necesidad de poner fin a la excesiva temporalidad en el trabajo y a la de procurar la estabilización en el empleo».

3.2. Consecuencias de la temporalidad abusiva: la conversión del contrato en indefinido no fijo

La respuesta de los tribunales a las irregularidades o abuso en la temporalidad de las relaciones laborales en el empleo público ha sido la conversión de estas en indefinidas no fijas. Sobre esta cuestión, en el último año se ha publicado la monografía de E. VILLALOBOS SÁNCHEZ, *Fraude de ley en las relaciones laborales de las Administraciones públicas y la figura del trabajador indefinido no fijo*, Laborum, 2023.

Aunque esta doctrina del TS lleva aplicándose décadas, son varias las cuestiones que siguen abiertas. Incluso es recurrente que la Sala de lo Social del TS se pronuncie sobre si la respuesta al abuso en la contratación temporal en el sector público debe ser la fijeza en lugar de indefinida no fija.

En el año 2023, el TS se ha pronunciado sobre esta cuestión en la *STS (Sala de lo Social) de 14 de junio de 2023 (rec. 2527/2020, ECLI:ES:TS:2023:2634)*. En concreto, la controversia planteada en el recurso de casación radica en determinar si la superación de un proceso selectivo convocado por una Administración pública para la contratación temporal de trabajadores es suficiente para que, al haberse acreditado la existencia de fraude de ley, la relación laboral de la persona trabajadora se declare fija en vez de indefinida no fija. La Sala recuerda su doctrina en el sentido de que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo.

En este sentido, la Sala de lo Social expone que «la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal. La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes». También recoge un pronunciamiento de la Sala 3.^a, en concreto la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de septiembre de 2002 (rec. 2738/1998) que explica que «las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [...] no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya

selección, como dice el precitado Auto de 12 de diciembre de 1999, “lógicamente exige menos rigor en la selección”, habida cuenta de que a través de la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, insusceptibles de una cobertura previamente planificada».

En el último año, también se puede mencionar el *ATS (Sala de lo Social) de 24 de enero de 2023 (rec. 2604/2022, ECLI:ES:TS:2023:1255A)* que inadmite el recurso relativo a la adquisición de fijeza por abuso en la contratación temporal en virtud del tiempo transcurrido al no contemplar el derecho español indemnizaciones resarcitorias de la situación, debiendo acudir a la solución fijada por la cláusula 5 de la Directiva 1999/70. El Tribunal recuerda que «la doctrina establecida por esta Sala que determina que las consecuencias que acarrea en el contrato de trabajo las irregularidades cometidas por la Administración, bien en el momento de su celebración, bien a lo largo del desarrollo del mismo suponen que el trabajador adquiere la condición de indefinido no fijo, pero no la fijeza».

3.3. Consecuencias de la temporalidad abusiva: posible reconocimiento de indemnizaciones

La protección de la estabilidad en el empleo también debe ser una máxima en el empleo público. Como se ha visto en el apartado anterior, la temporalidad injustificada en el sector público tiene como respuesta la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo. No obstante, esta solución no es del todo satisfactoria porque este tipo de contratos están abocados a su finalización mediante la amortización de la plaza o la cobertura reglamentaria de la misma. La doctrina del TS sobre la extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por cualquiera de las dos vías contempladas conlleva la indemnización de veinte días de salario por año trabajado, equivalente al despido objetivo. No obstante, esta indemnización no supone en extensión una sanción al abuso de la temporalidad por parte del empleador público ni la reparación del daño de la persona trabajadora por sufrir años de inestabilidad en el empleo. Por su parte, el legislador en la DA 17 EBEP adoptó este criterio jurisprudencial y recogió la misma cantidad como compensación económica para aquellos funcionarios interinos o personal laboral que hubiesen sobrepasado los plazos máximos de permanencia de las diferentes figuras temporales.

Sin embargo, hay pronunciamientos judiciales recientes que plantean la posibilidad de reconocer a la persona afectada indemnizaciones sancionadoras superiores a las establecidas en la ley y por el TS. Esta es la posición que defiende la *STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 27 de octubre de 2023 (rec. 304/2023, ECLI:ES:TSJM:2023:11782)*, que ha reconocido una indemnización a una trabajadora con una relación fija-discontinua con la Comunidad de Madrid de dieciséis años, catorce de ellos con el reconocimiento judicial de indefinida no fija. La Sala una vez que justifica la imposibilidad de reconocer la fijeza reclamada por la trabajadora en base a los arts. 23.2 y 103.3 CE aborda la cuestión

relativa a declarar una indemnización «por los perjuicios derivados de haber padecido abuso en la contratación temporal y como medida disuasoria contra el uso de esa forma de contratación por parte de la Comunidad de Madrid con fines distintos a los que le son propios».

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid reconoce una indemnización superior a la contemplada legalmente, pero sin llegar a la indemnización por despido improcedente, que solicitaba la trabajadora. El primer argumento recogido en la sentencia es que la condición de indefinido no fija es una relación de naturaleza temporal, y, por tanto, tiene encaje en la Directiva 1999/70. En concreto, determina que «la persona trabajadora indefinida no fija carece de expectativas de permanencia y estabilidad en el puesto de trabajo que ocupa, siendo el evento que determina la conclusión de la relación la decisión de la Administración de cubrir dicha plaza mediante los procedimientos previstos, o de amortizarla, decisión que depende exclusivamente de la voluntad del empleador».

Sin embargo, la declaración de indefinido no fijo después de sucesivos contratos temporales en fraude de ley no ha permitido «eliminar las consecuencias derivadas de la infracción de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE por parte de la Comunidad de Madrid [...] y tampoco han garantizado la adecuada protección de la demandante frente al recurso abusivo a esa figura». Ello porque después de dieciséis años la trabajadora ha seguido «desempeñando igual puesto de trabajo, en unas condiciones de absoluta incertidumbre e inseguridad laboral, en provecho de la Comunidad de Madrid que se beneficia de su estatus precario», sin que aprobara convocatoria alguna para proveer con carácter definitivo la plaza que ocupa la trabajadora.

Según la Sala, tampoco la indemnización prevista para la cobertura reglamentaria de la plaza es suficiente para cumplir con la Directiva. En palabras del Tribunal «[e]l abono de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio en el caso de cese de la trabajadora por cobertura o amortización de la plaza que desempeña como mecanismos disuasorio para la Administración y ventajoso para la trabajadora se revela manifiestamente insuficiente como evidencia la perpetuación de la situación, máxime si se tiene en cuenta que la eventual indemnización tiene un tope de doce mensualidades, por lo que a partir de los dieciocho años de prestación de servicios no experimenta incremento». Además añade que «con una actuación como la glosada es perfectamente posible que la actora, durante la vigencia de la relación indefinida no fija, a cause baja en la comunidad por diferentes motivos, como la declaración de incapacidad permanente, el pase a la jubilación o el acceso a otro empleo, sin llegar a percibir compensación alguna, de forma que la Administración empleadora no tendría que soportar ningún efecto adverso derivado del abuso cometido hacía su persona, que quedaría impune, lo que puede representar un factor adicional que desincentive la solución de la problemática objeto de enjuiciamiento».

Por todo ello, considera adecuado imponer una indemnización a la trabajadora superior a la contemplada legalmente porque «constituye una herramienta apropiada y

efectiva a un triple efecto: 1.º) sancionar la infracción por parte de la Administración autonómica de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE, bien entendido que la expresión “sanción” que utiliza el tribunal comunitario no tiene un carácter propiamente punitivo, constituyendo una consecuencia asociada a la situación antijurídica generada; 2.º) garantiza la protección de la demandante frente al abuso de que es víctima, satisfaciendo la finalidad resarcitoria del daño sufrido, y 3.º) erradicar ese tipo de comportamientos, cumpliendo una importante función preventiva en tanto puede coadyuvar de manera muy destacada a que el empleador ponga en marcha mecanismos que eviten el mantenimiento prolongado en el tiempo de situaciones manifiestamente contrarias al ordenamiento comunitario».

Por último, en cuanto al importe de la indemnización, no reconoce la solicitada por la trabajadora como suma de la indemnización por despido improcedente. «Y ello, porque estando prevista esa compensación para los supuestos de extinción injustificada de la relación laboral a iniciativa del empresario, no hay ningún motivo fundado que permita aplicarla a una situación en la que la relación se mantiene en vigor y si esta concluye por cobertura o amortización de la plaza, la trabajadora devengará una indemnización calculada también sobre la base de los años de servicio y del importe de la retribución». En su lugar, «considera adecuado, razonable y proporcionado acudir como referente orientativo, dada la triple dimensión “sancionadora” en el sentido anteriormente señalado, reparadora y disuasoria de la indemnización, al monto de la sanción pecuniaria fijada en el art. 40.1.c) *bis* de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para actuaciones empresariales como la protagonizada por la Comunidad de Madrid, que el art. 7.2 de esa misma norma tipifica como falta grave». En virtud de este criterio, la Sala fija la indemnización en 10.000 euros.

En cambio, la Sala 3.ª del TS, en la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de febrero de 2023 (rec. 3841/2021, ECLI:ES:TS:2023:499)*, ha rechazado el reconocimiento de una indemnización sancionadora en caso de abuso de la temporalidad. En este caso se trataban de nombramientos en el ámbito sanitario como personal de refuerzo y luego como personal interino de más de siete años. La Sala mantiene el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia que determinó que la situación de los demandantes constituyó un abuso en los términos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, pero revoca la fijación de una indemnización por los ceses. En concreto, la sentencia recoge que «la utilización por la Administración sanitaria de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante un nombramiento injustificadamente prolongado, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente. Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia, algo que el

ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite».

En necesario aclarar que en el caso planteado en esta sentencia es anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo, donde se recoge una compensación económica para estos casos. Es más, la Sala reflexiona sobre esta opción del legislador cuando mantiene que «[n]ada impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada. Esto es, por cierto, lo que hace pro futuro el reciente Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo. Y no deja de ser significativo que a este respecto use la expresión “compensación económica”, en vez de “indemnización”, dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTs (*Sala de lo Contencioso-Administrativo*) de 6 de marzo de 2023 (rec. 3889/202, ECLI:ES:TS:2023:804), y de 9 de mayo de 2023 (rec. 5132, ECLI:ES:TS:2023:1927), en el caso del cese de funcionario interino policía local con relación abusiva, y de 19 de septiembre de 2023 (rec. 8372/2021, ECLI:ES:TS:2023:3641), en el caso de una funcionaria interina de un ayuntamiento.

3.4. Límites a la contratación temporal: el contrato de interinidad para sustitución

El TS admitió en su STS (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 2021 (rec. 2199/2019) que el contrato de interinidad se podía utilizar para sustituir a una persona trabajadora cuya relación laboral con la empresa no se hubiese suspendido, sino que la empresa le hubiese adscrito temporalmente a un puesto de trabajo distinto. Esta doctrina ha sido matizada, entre otras, en las SSTs (*Sala de lo Social*) de 11 de enero de 2023 (rec. 3647/2021, ECLI:ES:TS:2023:71 y rec. 3844/2019, ECLI:ES:TS:2023:149) en el caso de empresas públicas. La Sala mantiene que «la empresa puede contratar válidamente a un interino para sustituir al trabajador titular que es destinado temporalmente a un puesto de trabajo diferente con reserva del anterior, sin suspensión de la relación laboral», pero matiza que «cuando esa adscripción del sustituido a otro puesto de trabajo sea verdaderamente temporal y puramente coyuntural, de corta duración, y motivada por circunstancias productivas de naturaleza singular que justifiquen la cobertura temporal de su puesto de trabajo por haber sido destinado de manera ocasional a otro distinto». Rechazando la contratación temporal de sustitución «cuando la adscripción del trabajador sustituido se prolonga más allá de un periodo de tiempo razonable, y justificando por la circunstancial existencia de acreditadas razones que pudieren concurrir en aquella decisión, cuya prueba corresponde a la empresa».

Un nuevo pronunciamiento del TS posterior precisa más la utilización de estos contratos y ha determinado que no pueden superar los doce meses. Si superan ese límite temporal, la relación laboral será calificada de indefinida no fija. Esta doctrina se recoge en la *STS (Sala de lo Social) de 7 de julio de 2023 (rec. 2809/2020, ECLI:ES:TS:2023:3116)*, que especifica que «debemos precisar cuánto tiempo puede estar adscrito temporalmente el trabajador sustituido a otro puesto de trabajo sin desnaturalizar el contrato temporal del trabajador sustituto. Como regla general, consideramos que el plazo de doce meses, que diferencia el desplazamiento temporal del traslado (art. 40.6 ET), constituye un límite temporal para la duración de esa adscripción temporal. Es decir, si el trabajador sustituido con reserva de puesto de trabajo permanece en su nuevo puesto de trabajo más de doce meses, debemos concluir que se trata de una adscripción que excede de un plazo razonable, por lo que, en tal caso, el trabajador sustituido adquiere la condición de trabajador con un contrato indefinido no fijo».

No puede olvidarse que se trata de una interinidad especial donde la persona trabajadora sustituida no tiene suspendido el contrato de trabajo. Así Sala establece que «[d]ebemos hacer hincapié en que no se trata de un contrato de interinidad por sustitución cuya justificación radica en la suspensión del contrato del trabajador sustituido, en cuya caso se prolongaría mientras durase la suspensión, aun cuando fuera superior a doce meses. Es un contrato de interinidad por sustitución en el que no se ha suspendido el contrato del trabajador sustituido sino que únicamente ha sido adscrito temporalmente a otro centro de trabajo, manteniendo la reserva del puesto que ocupaba. Por ello, la prolongación de la adscripción durante más de doce meses revela que no era una adscripción justificada por razones coyunturales sino que hay necesidad estructural de mano de obra».

4. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Los procesos de acceso al empleo público generan muchas controversias judiciales como, por ejemplo, cómo valorar ciertos méritos o la ponderación que tienen estos en un procedimiento que debe garantizar la igualdad, o las condiciones que deben cumplir los aspirantes a determinados puestos. Han sido muchas las cuestiones relevantes a las que ha dado respuesta este último año el TS.

Uno de estos importantes pronunciamientos para el empleo público local es la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de julio de 2023 (rec. 4284/2021, ECLI:ES:TS:2023:3455)* donde el Tribunal ha manifestado que el sistema de oposición es el régimen general de acceso en el ámbito local salvo que se justifique otro modelo por razón de las funciones. La Sala 3.^a da respuesta a la cuestión de interés casacional, «si para la selección de sus funcionarios de carrera, los entes locales cuentan con libertad para elegir entre los sistemas de oposición y concurso-oposición, o prevalece la regla general de la oposición por el sistema de oposición conforme a art. 2 del Real Decreto 896/1991».

En concreto en la sentencia se establece que «[s]e mantiene la vigencia del art. 2 del Real Decreto 896/1991 como norma especial aplicable a la selección de los funcionarios de carrera de la Administración local, por lo que el sistema de oposición es el general y el concurso-oposición será el aplicable cuando así se justifique por ser más adecuado atendiendo a la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar».

4.1. Valoración de la experiencia a efectos de acceso

Son varias las cuestiones que se han resuelto en el último año por parte de los tribunales relativas a la valoración de la experiencia en la Administración para acceder a la condición de funcionario de carrera.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo ha declarado que el tiempo de excedencia por cuidado de hijos ha de considerarse experiencia a efectos de acceso y provisión. En concreto, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de enero de 2023 (rec. 7061/2020, ECLI:ES:TS:2023:185)* recoge que «[l]a conclusión es que, por una parte, el Estatuto de los Trabajadores no matiza que “antigüedad” no equivalga a trabajo o servicios efectivos y, por otro parte, que tratándose de acceso al empleo público como contratado laboral, según el III Convenio el “ingreso libre” es una movilidad de «provisión de vacantes». Hay que entender, por tanto, que al aplicarse el art. 57 de la Ley Orgánica 3/2007 a «los concursos para la provisión de puestos de trabajo» en la Administración General del Estado, tal precepto es aplicable también al ingreso o acceso libre como contratado laboral, por lo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijo en un trabajo previo en el sector privado es computable como mérito a efectos de valorar la experiencia profesional previa».

Además, precisa que «en sede de prelación de fuentes el art. 7.2 EBEP exceptúa la preferencia de la normativa laboral y de los convenios en cuenta a los permisos de nacimiento, en cuyo caso el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por el previsto en el EBEP. Este no es el caso, pues lo que se ventila no es el cómputo de los días disfrutados mediante un permiso por nacimiento, sino una modalidad de excedencia voluntaria que supone un cambio de situación administrativa, aquí laboral». Por tanto, «los mencionados preceptos de la Ley Orgánica 3/2007 han de aplicarse a todos los empleados públicos, incluidos los contratados laborales y proyectarse en lo relativo a la valoración de la experiencia previa no sólo a los procedimientos de provisión en sentido técnico sino también a los de selección».

Sin embargo, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de octubre de 2023 (rec. 3017/2021, ECLI:ES:TS:2023:3970)* entiende que la experiencia de servicios como personal eventual no se debe tener en cuenta para el proceso de ingreso. Así, la Sala establece que «[l]a previsión del art. 12.4 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, es aplicable para el acceso a la función pública sin excepción y, por tanto, para la adquisición de la condición de personal laboral fijo, como modalidad del concepto de empleado público del art. 8 del citado texto legal, sin que ello represente discriminación injustificada para el personal eventual, que no accedió a esa clase de empleado público con observancia de los principio de igualdad, mérito y capacidad que regulan los arts. 23.2 y 103.3 CE».

4.2. Cuestiones sobre los órganos de selección y los terceros de buena fe de procesos declarados nulos

En la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de febrero de 2023 (rec. 3686/2023, ECLI:ES:TS:2023:550)*, se resuelven dos cuestiones importantes relacionadas con el acceso al empleo público. La primera, si el tribunal calificador puede designar colaboradores sin el carácter de delegados, aunque no lo siga la convocatoria. Y la segunda, matizar, si procede, la jurisprudencia sobre terceros de buena fe. En concreto si infringe la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que ampara a los que superaron el proceso selectivo y obtuvieron plaza, si al retrotraerse el proceso selectivo no superan la fase en la que se aprecia la nulidad.

A la primera cuestión, la Sala responde que «[c]abe, por tanto, que el órgano de selección cuente con asesores, posibilidad que deberá preverse en las bases y que intervendrán a título de colaboración o auxilio, no como órganos delegados. De esta manera el órgano de selección ostenta la titularidad y asume el ejercicio de la competencia, luego dirige el proceso selectivo, y es quien evalúa y finalmente selecciona a los aspirantes, si bien puede contar con el asesoramiento de expertos para valorar y evaluar conocimientos, habilidades o exigencias técnicas. Tratándose de procesos selectivos y a falta de una regulación expresa que lo prevea, no cabe hablar en estos casos y con propiedad de delegación, pues implicaría que el órgano de selección como delegante cedería al delegado —siempre otro órgano administrativo— el ejercicio de la competencia de la que es titular».

En relación con la segunda cuestión, el Tribunal entiende que los aspirantes que superaron un proceso selectivo anulado o declarado nulo, obteniendo una plaza, debe ser respetada su situación, aunque se declare la nulidad o anulación de la plaza. En base a razones de buena fe, de confianza legítima, de seguridad jurídica y de equidad. Además, mantiene que «[e]ste criterio descansa principalmente, por un lado, en el hecho de que las infracciones determinantes de la invalidez del proceso selectivo son imputables exclusivamente a la Administración mientras que los aspirantes que lograron el nombramiento son ajenos a ellas. Por otro lado, se apoya en que el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el proceso selectivo en cuestión priva de justificación y proporción a dejar sin efecto las situaciones jurídicas creadas por esa actuación administrativa que se han asentado durante años. En fin, tiene en cuenta esta jurisprudencia que cabe satisfacer plenamente el derecho del aspirante que ha visto prosperar sus pretensiones sin necesidad de deshacer todo lo anterior».

También puede destacarse en relación con la actuación de los órganos de selección, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de abril de 2023 (rec. 4104/2020, ECLI:ES:TS:2023:1388)* que determina que siempre deben estar motivadas las decisiones de este órgano, ajustándose en las bases de la convocatoria y que es necesario dejar constancia en el expediente administrativo de los criterios de valoración empleados.

4.3. Titulaciones exigidas para el acceso

Sobre los estudios necesario para el acceso a determinados puestos, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2023 (rec. 7458/2020, ECLI:ES:TS:2023:2805)* aclara que la exigencia en exclusividad de la titulación de ingeniero industrial para la configuración de bolsa de trabajo temporal no resulta ajustada a Derecho al ser competentes también los graduados en ingeniería civil que cuenten con el máster correspondiente. Y es que, en palabras del Tribunal «la exclusión de los titulados pre-Bolonia es injustificada y desproporcionada, pues los títulos de Ingeniería de Caminos, Canales y Puertos, ya sean pre o post-Bolonia, tienen un nivel 3 MECES y nivel europeo 7 EQF. Tras cursar estudios conducentes a la obtención de esa titulación con arreglo al sistema anterior o al actual, esos titulados cuentan con una formación en la que es inherente haber adquirido antes los conocimientos que se acreditaban con la antigua Ingeniería Técnica o con el actual grado correspondiente».

4.4. Los procesos selectivos por el turno de discapacidad

La *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de noviembre de 2023 (rec. 5386/2021, ECLI:ES:TS:2023:4578)* resuelve la cuestión de determinar cuál es el momento en que debe cumplirse el requisito relativo al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados. La sala responde que «[e]l momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y sólo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir».

5. LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPIDOS POR CAUSAS OBJETIVAS TRAS LA DEROGACIÓN DE LA DA 16 ET

La extinción de la relación laboral en el empleo público siempre ha suscitado mucha controversia y presenta muchas aristas. En el último año, es interesante el trabajo publicado sobre estas cuestiones por R. ROQUETA BUJ, «Problemas vinculados a la extinción de contratos de trabajo en las Administraciones públicas», *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2023.

La reforma laboral de 2021 trajo consigo la derogación de la DA 16 ET, que fue introducida por el Real Decreto-ley 3/2012 con el objetivo de definir un régimen jurídico propio del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público.

En la Exposición de Motivos de la Reforma no se concretó nada sobre los efectos que se buscaban con esta derogación, creando una incertidumbre sobre la posibilidad o no de que las Administraciones y los entes del sector público acudieran a este tipo de extinciones. La doctrina también estuvo dividida en esta cuestión. Una parte de los autores sostuvo que la derogación de la DA 16 implicaba la imposibilidad de realizar despidos bajo esta modalidad por parte de las Administraciones públicas. Sin embargo, otra parte de la doctrina entendió que la derogación no suponía la prohibición de los entes del sector público de despedir por causas ETOP, sino que desaparecía el régimen especial introducido por Real Decreto-ley 3/2012. Por tanto, las Administraciones públicas o los entes del sector público podían continuar despidiendo al personal laboral bajo esta modalidad, pero aplicando las normas y criterios de los arts. 51 y 52 ET para los despidos por causas objetivas.

Esta segunda opción es la que acoge la *STSJ de Extremadura (Sala de lo Social)* de 29 de marzo de 2023 (*rec. 879/2022, ECLI:ES:TSJEXT:2023:364*) donde se analiza el despido de un trabajador de un ayuntamiento por amortización de la plaza que ocupaba. La Sala para responder a la cuestión sobre si las Administraciones públicas ya no pueden acudir al despido objetivo por causas ETOP *ex* arts. 52.c) y 51 ET para amortizar puestos de trabajo comienza explicando que la introducción de la propia DA 16 «no sirvió para dar carta de naturaleza a los despidos objetivos por causas ETOP en las APP, sino para concretar o especificar sus causas con exclusión de las productivas, establecer norma de procedimiento y otorgar una prioridad de permanencia específica al personal laboral fijo, atendiendo a las particularidades de las AAPP». Por tanto, considera que «la norma derogada establecía un régimen jurídico especial del despido objetivo por causas ETOP en las AAPP respecto al régimen general constituido por los arts. 52.c) y 51 ET, adaptando a las peculiaridades del sector público las causas y procedimientos que para el despido objetivo por causas ETOP se establecían con carácter general para el sector privado».

Con relación a la derogación de la disposición mencionada mantiene que «[l]a exposición de motivos del real decreto-ley, pese a su extensión y detalle, no contiene mención alguna al alcance de la derogación normativa en lo relativo a la DA 16 ET. Y ello cuando uno de los objetivos declarados de la reforma es la lucha contra la precariedad laboral a través de medidas dirigidas al fomento de la estabilidad en el empleo. Parece razonable concluir que una derogación que implicase que las AAPP (en sentido propio o estricto) no podrían acudir al mecanismo de flexibilidad externa mediante el despido por causas ETOP hubiera merecido algún comentario en la exposición de motivos». Además, también argumenta que «no se contiene una regla prohibitiva expresa en ninguna forma sobre el despido objetivo por causas ETOP en las AAPP» como, en cambio, sí existe en la DA 17 ET para la suspensión del contrato y la reducción temporal de jornada por causas ETOP o por fuerza mayor en las AAPP.

Por tanto, concluye que «no existiendo prohibición normativa expresa ni implícita, las AAPP pueden acudir al despido objetivo por causas ETOP a fin de adecuar sus plantillas a sus necesidades, sin perjuicio de que a consecuencia de la derogación normativa de la DA 16 ET, a la hora de interpretar y aplicar las causas que describen el art. 51.1 ET, deberemos efectuar un ajuste o adecuación de la normativa general acorde a la naturaleza específica de las AAPP».

Sobre esta cuestión, puede leerse la interesante entrada del *Blog de Eduardo Rojo* (www.eduardorojotorrecilla.es) de 9 de julio de 2023: «La extinción contractual por causas objetivas del personal laboral en las Administraciones públicas. A propósito de las sentencias del TSJ de Galicia de 18 de mayo y del TSJ de Extremadura de 9 de marzo de 2023 (previo repaso de las aportaciones de la doctrina laboralista)».

6. OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

6.1. La negociación colectiva en el empleo público

La negociación colectiva en el empleo público siempre ha presentado muchas aristas. Diferentes estudios publicados este año han tratado esta cuestión. Por ejemplo, L. ROMERO ALONSO, «La negociación colectiva del personal funcionario. Una aproximación a la situación actual desde sus orígenes», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núms. 5 y 7, 2023.

Otra de las obras de trascendencia sobre esta materia en el último año ha sido la obra colectiva dirigida por A. TODOLÍ SIGNES y A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, *La negociación colectiva en el sector público*, Aranzadi, 2023.

6.2. La delimitación de la relación de alta dirección en el sector público

La delimitación de la relación de alta dirección es una de las cuestiones que genera más controversias. Especial complejidad tiene en el ámbito del sector público donde

los requisitos que configuran dicha figura se ven condicionados por las limitaciones del Derecho administrativo sobre la delegación de competencias. La STS (Sala de lo Social) de 11 de octubre de 2023 (rec. 2053/2021, ECLI:ES:TS:2023:4318) recoge la doctrina en relación con esta cuestión y establece que los gerentes provinciales no son relaciones laborales especiales de alta dirección sino relación laboral de carácter común.

Para concretar el debate de esta cuestión es necesario partir de que el *nomen iuris* que las partes den a la relación no es decisivo, sino que lo que determina realmente la relación especial laboral son las funciones que desempeña la persona trabajadora. Si bien es cierto, que la calificación de las partes constituye un indicio sobre la verdadera relación jurídica. De esta forma, la Sala establece que «la suscripción de un contrato especial de alta dirección no determina su verdadera naturaleza, aunque pueda tomarse como indicio de que así es, sino que ha de estarse al verdadero contenido de las funciones asumidas».

Como se ha comentado, la delimitación de estas relaciones en el ámbito del sector público es más compleja. Así lo reconoce el TS, porque al no existir una norma específica para el sector público que defina a este tipo de personal «hay que estar al concepto de personal de alta dirección contenido en el citado art. 1.1 del Real Decreto 1382/1985». Por ello la Sala recuerda su doctrina sobre la delimitación de la relación especial de alta dirección que se asienta sobre cuatro características fundamentalmente. En primer lugar, el ámbito de los poderes del contrato especial, «el contrato de alta dirección implica el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto forma de apoderamiento». En segundo lugar, en la intensidad de dichos poderes, pues estos «han de estar referidos a la íntegra actividad de la empresa o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nuclear para dicha actividad». En tercer lugar, las decisiones deben tomar con autonomía real. En este sentido, «es imprescindible la verdadera autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa. Normalmente estarán bajo la legislación laboral común quienes reciban tales instrucciones de órganos directivos, delegados de quien ostente la titularidad de la empresa, como sucede con los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias». Por último, una cuestión importante es la interpretación restrictiva. De este modo, «no hay relación laboral especial por el mero ejercicio de determinadas funciones directivas (por delegación), pues el ámbito de este singular contrato no puede ser objeto de una interpretación extensiva».

Teniendo en cuenta las características específicas de la relación especial de alta dirección, es necesario trasladarlas a las singularidades del sector público. Con este objetivo, la Sala recuerda su doctrina, tomando como referencia la STS (Sala de lo Social) de 16 de marzo de 2015 (rec. 819/2014). Con relación a ello, el Tribunal manifiesta que «no hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones

públicas y si estas en virtud de las normas de Derecho administrativo no pueden en principio delegar “poderes inherentes” a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales».

Por consiguiente, la Sala mantiene que no hay una relación especial de alta dirección en el sector público cuando las funciones encomendadas a la persona trabajadora «no entrañan realmente ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativo a sus objetivos generales». En otros términos, cuando su actividad, realmente, se limita a realizar funciones directivas intermedias, dependiendo funcionalmente de diversos órganos.

Por último, sobre la figura del alto cargo puede consultarse el trabajo de F. GARCÍA RUBIO, «La inexistente figura del alto cargo y la regulación del personal directivo en la Administración local. Reflexiones para una reforma», *Revista de Estudios Locales*, núm. 260, 2023.

6.3. Cuestiones relativas a la relación de la policía local

En relación con la provisión de plazas de policías locales, es interesante la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de enero de 2023 (rec. 2733/2021, ECLI:ES:TS:2023:167)* donde se resuelve la cuestión de si es posible la exclusión de un funcionario que pertenece a otro cuerpo policial para una movilidad horizontal a plazas de policía local por el hecho de no estar destinado en la comunidad autónoma correspondiente, cuando así lo prevén las bases de la convocatoria y la propia reglamentación autonómica. La Sala entiende que «la movilidad interadministrativa puede, en principio operar, cruzando los linderos de diferentes CCAA, salvo que una ley establezca lo contrario». En el caso concreto, la limitación estaba impuesta por un precepto reglamentario autonómico, declarado ilegal por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por tanto, debe estarse a esa interpretación.

Por otra parte, en relación con las retribuciones de los policías locales, la *STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de octubre de 2023 (rec. 1405/2022, ECLI:ES:TS:2023:4275)* reconoce la naturaleza retributiva de los incentivos a la jubilación de este personal, que tienen reconocido un coeficiente reductor de edad de jubilación. Esta doctrina también ha sido recogida para el mismo colectivo por las *SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de marzo y de 18 de septiembre de 2023 (rec. 8149/2021, ECLI:ES:TS:2023:1181; rec. 6620/2021, ECLI:ES:TS:2023:3647)* y para bomberos en las *SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de febrero y de 26 de abril de 2023 (rec. 763/2021, ECLI:ES:TS:2023:505; rec. 219/2022, ECLI:ES:TS:2023:1657)*.

En todas ellas, la Sala mantiene que «no caben primas, gratificaciones, indemnizaciones o, en general, incentivos por jubilación anticipada de policías locales para el rejuvenecimiento de la plantilla. La razón es que tales incentivos tienen naturaleza retributiva, luego, al ser la relación funcional estatutaria, rige el régimen de las retribuciones funcionariales, por lo que sólo serán conformes a derecho si tienen la cobertura de una norma legal general, relativa a la remuneración de los funcionarios de la Administración local; en consecuencia, al no identificarse esa norma de cobertura es por lo que venimos sosteniendo que esos acuerdos municipales son inválidos».

Por otro lado, establece que «la DA 21 *in fine* de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aun previendo medidas de incentivación de la jubilación anticipada, no hizo una regulación precisa para el supuesto de que dichas medidas tuvieran carácter retributivo y, por ello, no satisface la exigencia de que las gratificaciones por jubilación anticipada tengan cobertura en una norma legal de alcance general».

6.4. Situación de los funcionarios electos como miembros de corporaciones locales

La STS (*Sala de lo Contencioso-Administrativo*) de 12 de enero de 2023 (*rec. 4839/2021, ECLI:ES:TS:2023:115*) se pronuncia sobre el derecho de los funcionarios electos como miembros de las corporaciones locales, sin dedicación exclusiva en dicha condición, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo en el centro o centros de trabajo públicos o privados, matizando la situación de los interinos. En otros términos, la garantía del art. 74.3 LBRL «tutela el ejercicio del cargo de concejal y respecto de funcionarios de carrera o personal estatutario fijo esa tutela responde a la necesidad de no entorpecer el desempeño de esa función representativa, de ahí que no puedan ser trasladados por decisión administrativa por lo que en tanto sean concejales sin dedicación exclusiva se les garantiza “la permanencia en el centro o centros de trabajo”» También matiza que, «[t]ratándose de interinos no cabe oponer tal garantía si la Administración actúa como el ordenamiento prevé y le ordena que actúe, esto es, que ponga fin a una situación excepcional de interinidad ofertando la plaza vacante para su cobertura por funcionarios de carrera o personal estatutario fijo: esa es la normalidad o regularidad jurídica y lo anómalo sería prolongar indefinidamente la interinidad pese a que desaparezca el presupuesto objetivo que lo justifica».

6.5. Derechos del personal interino

En relación de los derechos del personal interino, la STS (*Sala de lo Contencioso-Administrativo*) de 17 de octubre de 2023 (*rec. 4531/2021, ECLI:ES:TS:2023:151*) reitera la doctrina de que la excedencia voluntaria por interés particular prevista en el

art. 89.2 EBEP no resulta de aplicación a los funcionarios interinos. Ello porque «[n]o estamos frente a un cese de la relación de servicios acordado por la Administración, sino frente a una solicitud de excedencia voluntaria de un funcionario en cuyo nombramiento la Administración estableció que puede extinguir la relación cuando la plaza sea amortizada, cuando se extinga el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido o no existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina [...]. Hay, pues, razones objetivas, que justifican el trato distinto al trabajador por razón del carácter temporal de su empleo a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco».

Novedades sobre los delitos relacionados con la corrupción en la Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO
Investigadora Ramón y Cajal en el Área de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-5580-5365

Palabras clave: Derecho penal; prevaricación; cohecho; malversación; funcionarios públicos; jurisprudencia.

Keywords: Criminal Law; prevarication; bribery; embezzlement; public officials; case-law.

SUMARIO: 1. NOVEDADES NORMATIVAS: 1.1. Modificaciones al Código Penal. 1.2. Otras normas con relevancia penal: 1.2.1. Ley de protección del informante (*whistleblower*). 1.2.2. Proposición de Ley Orgánica sobre la amnistía de los delitos relacionados con el «*procés*».—2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA: 2.1. Delitos de prevaricación administrativa: 2.1.1. Participación del *extraneus* en el delito especial. 2.1.2. Relación entre el delito de prevaricación y el de fraude a la Administración. 2.1.3. Prevaricación omisiva. 2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal. 2.1.5. Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación. 2.2. Delitos de cohecho: 2.2.1. Participación subsiguiente en el delito de cohecho. 2.2.2. Coautoría en el delito de cohecho. 2.3. Delitos de malversación: 2.3.1. Carácter público de los bienes incautados por la policía. 2.3.2. Malversación y continuidad delictiva. 2.3.3. Malversación omisiva. 2.3.4. Redacción más favorable al reo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. 2.3.5. Participación del *extraneus* en el delito de malversación. 2.4. Otros.

1. NOVEDADES NORMATIVAS

1.1. Modificaciones al Código Penal

En 2023, el Código Penal fue objeto de tres reformas en febrero¹, marzo² y abril³. De ellas, la que tiene alguna relevancia en el ámbito local es la *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, en materia de maltrato animal*. Así, se modifican los arts. 335 y 336, se suprimen los arts. 337 y 337 bis y se introduce un nuevo título XVI bis titulado «De los delitos contra los animales», que contiene cuatro nuevos artículos numerados como 340 *bis*, 340 *ter*, 340 *quater* y 340 *quinqües* CP.

Los arts. 335 y 336 CP quedan redactados en los siguientes términos:

«Art. 335 CP.

1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a doce meses, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo.

2. El que cace o pesque o realice actividades de marisqueo relevantes sobre especies distintas de las indicadas en el artículo anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar, pescar o realizar actividades de marisqueo por tiempo de uno a tres años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial o a la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar, pescar, y realizar actividades de marisqueo por tiempo de dos a cinco años y privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo⁴.

¹ *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

² *Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal.*

³ *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

⁴ En realidad, las únicas modificaciones en relación con la redacción anterior son las penas: en el apartado 1 se añade la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años; en los apartados 2 y 3 la de privación del derecho para la tenencia y porte de armas. Además, se suprime el apartado 4, que obligaba a imponer la pena en su mitad inferior cuando las conductas tipificadas

Art. 336 CP.

El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses y, en cualquier caso, la de inhabilitación especial para profesión u oficio e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, con la privación del derecho para la tenencia y porte de armas por el mismo periodo. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior»⁵.

Los nuevos arts. 340 *bis* y 340 *ter* CP tipifican las conductas de maltrato de animal vertebrado, agravado cuando es doméstico o domesticado:

«Art. 340 *bis* CP.

1. Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de seis a doce meses y con la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales el que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud. Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de uno a cuatro años.

2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias agravantes: *a)* Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal. *b)* Ejecutar el hecho con ensañamiento. *c)* Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal. *d)* Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal. *e)* Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable. *f)* Ejecutar el hecho con ánimo de lucro. *g)* Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. *h)* Ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación. *i)* Utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva.

en el artículo se realizaran «en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

⁵ Respecto a la redacción anterior, se añade la pena de privación del derecho para la tenencia y porte de armas.

3. Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado 1 de este artículo, se cause la muerte de un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano, se impondrá la pena de prisión de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Cuando, con ocasión de los hechos previstos en el apartado primero de este artículo, se cause muerte de un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de seis a dieciocho meses o multa de dieciocho a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial de dos a cuatro años para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales. Si el delito se hubiera cometido utilizando armas de fuego, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente la pena de privación del derecho a tenencia y porte de armas por un tiempo de dos a cinco años. Cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el juez o tribunal impondrá las penas en su mitad superior.

4. Si las lesiones producidas no requiriesen tratamiento veterinario o se hubiere maltratado gravemente al animal sin causarle lesiones, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de tres meses a un año para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Art. 340 *ter* CP.

Quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales».

Por último, el art. 340 *quater*⁶ CP extiende la responsabilidad por estas conductas a las personas jurídicas y el art. 340 *quinquies* CP establece la posibilidad de adoptar medidas cautelares⁷. Según la Exposición de Motivos de la Ley, estas modificaciones enmiendan una de las más evidentes carencias del régimen anterior de protección de

⁶ Art. 340 *quater*: «1. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este título, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista en la ley una pena de prisión superior a dos años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. 2. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 *bis*, en los supuestos de responsabilidad de personas jurídicas los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en el art. 33.7, párrafos b) a g)».

⁷ Art. 340 *quinquies*: «Los jueces o tribunales podrán adoptar motivadamente cualquier medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal. Cuando la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales recaiga sobre la persona que tuviera asignada la titularidad o cuidado del animal maltratado, el juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, adoptará las medidas pertinentes respecto a la titularidad y el cuidado del animal».

los animales, que dejaban fuera de su ámbito de aplicación las conductas de maltrato de animales silvestres que vivían libres en su medio natural y que, por no pertenecer a especies protegidas, resultaban impunes. Es preciso tener en cuenta, no obstante, que no todas las agresiones a animales son objeto de represión penal, puesto que quedan excluidas las actividades legalmente reguladas. Sobre este punto son especialmente útiles los trabajos de A. E. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «Los delitos de maltrato animal tras su reforma por las leyes de bienestar y maltrato animal», *Diario La Ley*, núm. 10259, 21 de marzo de 2023, que sostiene que «el ámbito de aplicación del delito de maltrato animal es la regla general que se extiende a cualesquiera animales, siendo su exclusión una excepción justificada por una regulación legal de carácter sectorial que tiene presente otras consideraciones»; y de J. L. MANZANARES SAMANIEGO, «La protección de los animales en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10282, 9 de mayo de 2023. Este autor recuerda que la determinación de los animales vertebrados excluidos —adaptación de la eximente completa del ejercicio legítimo de un derecho— debe realizarse mediante una regulación legislativa y no meramente administrativa. También son muy pertinentes sobre esta cuestión los trabajos de A. AZNAR DOMINGO y F. MARTÍN GARCÍA, «Los delitos de maltrato animal tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 166, 2024; A. VELA MOURIZ, «La reforma de los delitos de maltrato animal (LO 3/2023, de 28 de marzo)», *Diario La Ley*, núm. 10261, 4 de abril de 2023; V. MAGRO SERVET, «El “maltrato vicario” a los animales en la violencia de género en la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo», *Diario La Ley*, núm. 10262, 5 de abril de 2023. Por último, destaca el trabajo de E. HAVA GARCÍA, «¿Hacia dónde va la política criminal española sobre maltrato animal?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 23, 2023, pp. 1-45, muy crítica con la nueva regulación porque, a su juicio, no logra alcanzar los objetivos propuestos por la teoría del «bienestar animal», ni los de la tesis de los «derechos de los animales».

En el año 2023 también entró en vigor la reforma del Código Penal que eliminó los delitos de sedición y modificó sustancialmente los de malversación y desórdenes públicos (arts. 577 a 577 *ter* CP). Como se indicó en el anterior informe de 2022, esta *Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre*, reconfigura los arts. 432 y 433 CP (malversación) y los escinde en tres modalidades que van de mayor a menor gravedad: en primer lugar, la apropiación de patrimonio público con ánimo de lucro (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). De esta manera, recupera el modelo anterior a la reforma de 2015, diferenciando según el grado de afectación del patrimonio, por un lado, y de la función pública, por otro. 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», excluyendo así la posibilidad de una concepción puramente jurídica del patrimonio público.

«Art. 432 CP.

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 tratare 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.

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.

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».

También se crea un nuevo delito especial en el art. 438 *bis* CP, conocido informalmente como delito de «enriquecimiento ilícito»—aunque se trata más bien de un delito de infracción del deber de informar—, que castiga el incumplimiento de la obligación de informar y justificar los incrementos patrimoniales de más de 250.000 euros que se hubieran producido hasta cinco años después de haber desempeñado un cargo público:

«Art. 438 *bis* CP.

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».

No está de más recordar que la Exposición de Motivos trata de despejar las dudas sobre la constitucionalidad de este delito, indicando que lo que se castiga es la desobediencia (la premisa es que los funcionarios tienen un deber previo de ejercitar la función pública en condiciones de transparencia) y, por tanto, no se trata de 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». Esto, sostiene, despeja las dudas sobre su constitucionalidad por la colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Doctrinalmente, el estudio de las reformas ha generado una abundante producción científica. Examinan su alcance, efectos y lagunas, entre otros: I. RODRÍGUEZ DE LA RIVA, «El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 268, 2023, pp. 111-144; J. GARCÍA GONZÁLEZ, «Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 10, 2023, pp. 59-72; D. ARNAIZ BOLUDA, «De la reforma del delito de malversación de 2022», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2023; E. DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, «La reforma del delito de malversación», *Jueces para la Democracia*, núm. 106, 2023, pp. 39-46; A. HERNÁNDEZ ROYO, «Desórdenes, desórdenes agravados y desórdenes legislativos: los efectos de la reforma de los delitos de malversación y sedición en el *procés*», *La Ley Penal*, núm. 160, 2023; J. RIBA CIURANA, «La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2023; 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, 2023, pp. 1-21; J. MUÑOZ CUESTA, «El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2023. Destacan los minuciosos estudios de M. A. HERNÁNDEZ MORALES, «La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25, 2023,

pp. 1-48; A. J. MOSQUERA BLANCO, «Reforma y contrarreforma del delito de malversación, Estudios penales y criminológicos», núm. 43, 2023, pp. 398-426; y dos obras colectivas. La primera, coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, se titula *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. Son especialmente relevantes los Capítulos 8 (sobre malversación, pp. 146-164, escrito por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC) y 10 (sobre la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades, pp. 189-234, de A. RAGA I VIVES). La segunda está dirigida por L. MORILLAS CUEVA, y se titula *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Dykinson, Madrid, 2023. En ella destaca del capítulo escrito por M. A. CANO PAÑOS («El delito de malversación en el Derecho Penal español tras la reforma del año 2022. Cuestiones jurídico-penales sobre la base del “procés” y del Derecho Comparado»), en pp. 491-520.

1.2. Otras normas con relevancia penal

Es preciso señalar otras dos normas con relevancia penal para la Administración local. La primera es 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*. La segunda es la *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña*. Aunque en este último instrumento aún se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, su indiscutible importancia hace que sea conveniente examinarla, aunque sea sucintamente.

1.2.1. *Ley de protección del informante (whistleblower)*.

Con esta ley se pretende perseguir mejor las infracciones graves del Derecho nacional o de la Unión Europea, reforzando la protección de aquellos que emplean los canales de denuncia, a los que la ley denomina «informantes». Como apunta el art. 2, 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»⁸. Únicamente se excluye de la protección las informaciones que afecten a información clasificada o las re-

⁸ Aunque no tiene que ver con la *Ley 2/2023, de 20 de febrero*, es preciso tener en cuenta que la *Ley Orgánica 10/2022, de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* obliga a las empresas y a las Administraciones públicas unos cauces internos para las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de conductas contra la libertad sexual o la integridad moral en el trabajo. Así, el art. 12 indica: «1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital».

lativas 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, se configura un sistema interno como cauce preferente del que deben disponer las personas jurídicas obligadas por la ley, incluidas las entidades del sector público (art. 13). Este sistema tiene que asegurar la confidencialidad de la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la información, así como su protección (art. 5); y su supervisión a cargo de un responsable, perfilado como un órgano independiente con la dotación necesaria para cumplir su función y que no puede recibir instrucciones de ningún tipo (art. 8). Como indica el art. 15, las entidades públicas pueden externalizar la gestión de este sistema interno, pero sólo si acreditan la insuficiencia de medios propios. Además, se les permite compartir la gestión con otros municipios u Administraciones, 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.

Si hay indicios de que los hechos pueden ser constitutivos de delito, debe remitirse la información al Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea (si los hechos afectan a intereses financieros de la UE). El procedimiento de gestión de las informaciones por esta vía interna trata de salvaguardar el equilibrio entre el fin de la norma, que es 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. La ley reconoce que puede incurrirse en responsabilidad penal si la forma de acceso o la revelación encajan en el tipo penal (apdos. 1, 2 y 3 del art. 38)⁹. Para evitar el enorme desincentivo para informar que supone el enfrentarse a una posible responsabilidad penal por la revelación, quizá podrían explorarse vías para eximir de responsabilidad, como la aplicabilidad directa de la Directiva a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP).

⁹ Art. 38. «Medidas de protección frente a represalias. 1. No se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información, y aquellas no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo en relación con dicha comunicación o revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión en virtud de esta ley, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2.3. *Esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal.* Lo previsto en el párrafo anterior se extiende a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada. Todo ello sin perjuicio de las normas específicas de protección aplicables conforme a la normativa laboral. 2. Los informantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, *siempre que dicha adquisición o acceso no constituya un delito.* 3. Cualquier otra posible responsabilidad de los informantes derivada de actos u omisiones que no estén relacionados con la comunicación o la revelación pública o que no sean necesarios para revelar una infracción en virtud de esta ley será exigible conforme a la normativa aplicable».

La transposición en España de la «Directiva *Whistleblowing*» ha despertado un enorme interés académico. Destacan los novedosos (y exhaustivos) trabajos de: J. LEÓN ALAPONT, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; J. M. AYALA DE LA TORRE y J. M. BUENO SÁNCHEZ, *La protección del informante en el Derecho español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; L. JERICÓ OJER, «Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 8, 2023, pp. 1-55; J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Comentarios a la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; J. M. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático 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*, La Ley, Madrid, 2023; O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, «Canales de denuncia», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 25, 2023, pp. 285-309; E. JUEZ-RUBIO, «La Directiva *Whistleblowing*. La protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión», *La Ley Penal*, núm. 164, 2023; A. UZAL SÁNCHEZ, «La tutela del *Whistleblower* frente a represalias empresariales. Una laguna en el ordenamiento jurídico español», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 71, núm. 1, 2023, pp. 347-375; A. CASALS FERNÁNDEZ, «*Whistleblowers*: la lucha contra las conductas ilícitas. Análisis 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», *La Ley Penal*, núm. 161, 2023. También son útiles para el sector público los análisis de P. IGLESIAS REY, «Implicaciones de la nueva ley de protección del informante la exigencia de los canales de denuncia en el sector público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 81, 2023, pp. 164-178 (que centra el análisis en la afectación de los canales de denuncias en el sector público); el de J. SIERRA RODRÍGUEZ, «Los sistemas internos de Información en la Ley 2/2023 de protección de personas Informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad», *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24, 2024, pp. 70-98 (donde reflexiona sobre los elementos que considera claves para que funcionen correctamente estos sistemas internos); y el de M. PAJARÓ CALVO, «Las entidades locales ante 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”», *Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, núm. extra 3, 2023.

Otros trabajos abordan los retos que plantea la nueva ley desde la perspectiva de los programas de cumplimiento, como el de A. ALDEA GAMARRA, «Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva *Whistleblowing* y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracción», *Revista de Estudios Europeos*,

núm. 83, 2024, pp. 92-113; y el de A. GÁLVEZ JIMÉNEZ, «*Compliance programs* y canales de denuncias internos en el ámbito privado: efectos de la Ley *Whistleblower* (Ley 2/2023, de 20 de febrero)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 141, 2023, pp. 91-122.

Desde la perspectiva administrativa o procesal, destacan trabajos como el de S. OUBIÑA BARBOLLA, «Luces y sombras en la puesta en marcha de los canales de información de la Ley 2/2023: cuando el tiempo importa», *Diario La Ley*, núm. 10334, 2023; J. M. PÉREZ MONGUIÓ, «Red o telaraña: las condiciones para la protección del informante», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 18, 2023, pp. 133-163; J. VIGURI CORDERO, «Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 17, 2023, pp. 271-298; S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante. Ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023; J. GIMENO BEVIÁ, «El derecho de defensa en la ley 2/2023 de protección del informante. La otra cara de la moneda», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 8, 2023, pp. 9-34; M. BARCELÓ MOYANO, «Obligaciones de reporte al Ministerio Fiscal en la nueva ley de protección de *whistleblowers*», *Actualidad Jurídica*, vol. 61, núm. 1, 2023; A. M. VICARIO PÉREZ, «La Directiva *Whistleblowing*: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, núm. 9, 2023, pp. 689-722; H. C. A. VALVANERA CAMPOS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Implicaciones, y posibles incógnitas, tras la entrada en vigor de la Ley de Protección al Informante», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 70, 2023, pp. 73-86.

1.2.2. *Proposición de Ley Orgánica sobre la amnistía de los delitos relacionados con el «procés»*

Esta Proposición de Ley Orgánica, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria en el momento en que se escriben estas líneas, amnistía «los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración» (art. 1.1).

Quedan comprendidos expresamente los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación¹⁰, los actos de desobediencia o resistencia,

¹⁰ En ese caso, «únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad

los desórdenes públicos, los actos de desconsideración, crítica o agravio vertidos sobre funcionarios públicos o entes e instituciones públicas, los atentados contra la autoridad, o los actos tipificados como delitos de prevaricación, siempre que hubieran sido ejecutados con el propósito de permitir la celebración de las consultas populares o por cualquier causa relacionada con el movimiento independentista. En todo caso, quedan excluidos de la aplicación de la amnistía los actos enumerados en el art. 2, que incluyen los actos tipificados como delito que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea (p. ej., fraude de subvenciones o ayudas de la Unión Europea del art. 308 CP).

Si bien todos los textos doctrinales que ha suscitado la proposición de ley necesariamente tendrán que revisitarse para adecuar el análisis a la redacción final, es fundamental la obra dirigida por M. ARAGÓN REYES, E. GIMBERNAT ORDEIG y A. RUIZ ROBLEDO, titulada *La amnistía en España Constitución y Estado de Derecho* (Colex, Madrid, 2024), donde aparecen 88 contribuciones que discuten sobre la constitucionalidad de la amnistía en general, o de la que se propone en particular, así como otros aspectos relevantes sobre la conformidad de la amnistía con el Derecho europeo o sobre los términos de la proposición de ley orgánica.

2. NOVEDADES EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

2.1. Delitos de prevaricación administrativa

Según el art. 404 CP, prevarica «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Cuando este tipo de resoluciones se adoptan en ámbitos expresamente regulados, como el urbanístico o el de medio ambiente (arts. 320¹¹ y 329¹² CP), o afectan a ciertas y determinadas áreas (p. ej., el art. 405 CP), la aplicación del delito se ve desplazada por el principio de especialidad (art. 8.1 CP). De esta manera, la prevaricación administrativa

pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad» [art. 1.a) y b)]. El apartado 4 de ese mismo artículo aclara que «[n]o se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial».

¹¹ 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.

¹² El art. 329 CP castiga la modalidad de prevaricación 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 medioambiente.

del art. 404 CP se configura como un delito residual que se aplica ante la ausencia de uno más concreto. Esta relación de parentesco permite que se pueda aplicar la jurisprudencia sobre los delitos de prevaricación administración a los regímenes especiales y que no infrinja el principio acusatorio el que se modifique la calificación y se condene por el delito de prevaricación general, aunque no se haya formulado acusación por ese delito específicamente.

2.1.1. Participación del extraneus en el delito especial

Sobre el delito de prevaricación administrativa, resulta esencial la reciente STS 849/2023, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060), sobre los últimos coletazos de la «trama Gürtel» —pieza del Ayuntamiento de Boadilla del Monte—, objeto de comentario por M.-J. DOLZ LAGO, «Mafia y corrupción política: un episodio más del caso Gürtel», *Diario La Ley*, núm. 10444, 12 de febrero de 2024. En esta sentencia el TS resuelve los siete recursos de casación interpuestos contra la resolución de la Audiencia Nacional. De los 23 condenados, 16 se habían mostrado conformes con la calificación del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, no recurrieron la sentencia dictada. La sentencia aborda un entramado delictivo liderado por Francisco Correa Sánchez, quien desde aproximadamente 1999 hasta 2009 orquestó un complejo esquema societario y personal con el propósito de enriquecerse y financiar de manera irregular al Partido Popular a través de fondos ilícitos obtenidos de actividades delictivas. Este entramado operó principalmente en el municipio de Boadilla del Monte, controlado por el Partido Popular entre 2001 y 2009. Correa y sus colaboradores se valieron de su influencia sobre funcionarios y empleados para manipular la contratación pública y obtener contratos para empresas vinculadas al grupo a cambio de comisiones. Utilizaron diversas prácticas fraudulentas, como la adjudicación directa de contratos, el fraccionamiento de contratos, la creación de una «caja B» para ocultar pagos y un entramado societario y financiero para encubrir la procedencia de los fondos.

En relación con los siete recurrentes, el TS ha confirmado la sentencia impugnada de tres de ellos (el que era alcalde de Boadilla del Monte, el director técnico de la concejalía de Deportes y una empresa condenada como responsable civil subsidiaria). En el supuesto del técnico municipal, confirma que sobrevaloró, junto con el alcalde, la oferta de una de las empresas que compareció a concurso público, con el objetivo de adjudicarle indebidamente el servicio público de residuos sólidos urbanos del municipio. Si estima parcialmente el recurso interpuesto por un empresario que consideraba que debió aplicársele la atenuación de la pena del art. 65.3 CP al *extraneus* en relación con el delito de prevaricación en el que participó a título de cooperador necesario. De esta manera, rebaja la pena por no concurrir las condiciones que fundamentan la cualidad del autor. El Tribunal recuerda que el art. 65.3 CP establece la posibilidad de punir a los *extraneus* en ciertos delitos especiales cuya mayor penalidad se basaba en una específica relación o condición, previendo la posibilidad de reducir la sanción precisamente por tratarse de

personas ajenas a esa relación. Si bien es cierto que esta rebaja es de carácter facultativo, indica que *sólo puede excluirse de manera motivada* cuando concurren *razones añadidas* «que desplieguen mayor intensidad frente a la aconsejada rebaja de la pena derivada de la condición de tercero del partícipe». Como no se identifican en la resolución impugnada tales «razones bastantes» o la especial motivación que demanda la equiparación penológica entre el autor material y el partícipe, el motivo finalmente se estima y se rebaja la pena un grado (FJ 13).

2.1.2. *Relación entre el delito de prevaricación y el de fraude a la Administración*

La *Sentencia 849/2023, de 20 de noviembre*, también se pronuncia sobre la relación entre el delito de fraude a la Administración (art. 436 CP)¹³ y el de prevaricación. Frente a la alegación de la defensa de que la relación es de concurso de normas —relación de subsidiariedad fáctica— el TS sostiene que debe aplicarse el concurso ideal porque, «aunque sean en esencia unos mismos hechos los cometidos por el mismo autor, ambos tipos aplicados protegen bienes jurídicos diferentes» (FJ 14). Este vínculo de conexidad sustancial entre ambos delitos es lo que impide la declaración de prescripción del delito de prevaricación, ya que se ideó todo un sistema para adjudicar ilícitamente un derecho de superficie en el que desarrollar un proyecto de edificación de oficinas para su alquiler y gestión: «la torticera aplicación del ordenamiento jurídico realizada por parte de la Administración municipal, con la relevante intervención del ahora recurrente, no se limitó a la adjudicación del derecho de superficie sobre las referidas parcelas realizada en el año 2005. Era preciso también, y así se llevó a cabo, que, conforme al plan proyectado ya desde un primer momento, se aceptara la cesión de dichos derechos desde Rústicas —utilizada únicamente para dar al concurso una falsa apariencia de legalidad—, a Artas; e igualmente convenía, y así se realizó también, suavizar al extremo las condiciones económicas esenciales de la adjudicación —canon y plazo—, hasta el punto de lograr, *con la indispensable cobertura de las diferentes resoluciones administrativas ya referidas*, que las adjudicatarias —en último término y levantado el velo: los propios partícipes en el acuerdo—, no llegaran a abonar cantidad alguna a la EMSV en concepto de canon. De este modo, el delito de prevaricación, estrechamente conectado en lo sustancial al delito de fraude a la Administración, no puede considerarse prescrito» (FJ 4.º).

¹³ «La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a estos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años».

2.1.3. Prevaricación omisiva

Sobre esta cuestión es relevante la *STS 493/2023, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2900)*, un supuesto en el que se condenó por un delito continuado de prevaricación urbanística al alcalde del municipio, por no haber paralizado unas obras iniciadas antes de ostentar el cargo, aun sabiendo que no tenían cobertura contractual. Esta sentencia es comentada en A. CÓCERA SALÓ, «El delito omisivo y la comisión por omisión», *Diario La Ley*, núm. 10403, 11 de diciembre de 2023; y someramente también en V. MAGRO SERVET, «La prevaricación administrativa omisiva del artículo 404 CP. Líneas generales del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, con especial referencia a la Jurisprudencia reciente sobre la prevaricación omisiva», *La Ley Penal*, núm. 164, 2023. En los hechos probados se evidencia la adjudicación directa de unos contratos de mantenimiento y obras sin cumplir adecuadamente los procedimientos legales, así como la omisión de deberes de control por parte de los acusados, especialmente en relación con unas obras concretas donde se detectaron irregularidades en la contratación y ejecución. Además, se constató la emisión de facturas por trabajos inexistentes o fuera del ámbito municipal, algunas de las cuales fueron abonadas por el ayuntamiento. La sentencia explica que, cuando el alcalde accedió al cargo y comprobó cuál era la verdadera situación de las obras y la legalidad, debió paralizarlas, sin que el hecho de que ya estuvieran en marcha modifique este deber: «[c]onsiderada la prevaricación como delito de infracción de un deber, este queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad» (FJ 2.º). La comisión por omisión se admite, pues, en la prevaricación administrativa, entendiéndose por tanto que el «mantenimiento de la situación antijurídica» es el resultado al que alude el art. 11 CP.

2.1.4. La diferencia entre el ilícito administrativo y el injusto penal

La *STS 650/2023, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2023:3740)* se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre el elemento diferenciador entre la ilegalidad administrativa y la penal (básicamente, la arbitrariedad). Se declara probado que el alcalde de Noja negoció con un particular para adquirir unas fincas en el municipio, mencionando su influencia en la concesión de licencias urbanísticas. Sin embargo, las negociaciones fracasaron, y las fincas fueron vendidas a una empresa (Nocanor) que presentó una mejor oferta. Tras ello, el alcalde encargó un informe jurídico sobre unas supuestas obligaciones urbanísticas de las fincas adquiridas por Nocanor, donde se concluía que se requerían proyectos de urbanización y la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento al ayuntamiento. A pesar de no haber procedimientos administrativos previos, se exigió a la empresa la tramitación de proyectos de urbanización y compensación antes de conceder la licencia de obras, y, posteriormente, la paralización de las obras por presuntas irregularidades técnicas y una multa coercitiva. Estas resoluciones municipales fueron impugnadas y

anuladas por los tribunales, que determinaron que no se requerían proyectos de urbanización ni compensación.

La sentencia concluye que la existencia de dictámenes favorables no excluye la responsabilidad del alcalde al tratarse de un incumplimiento flagrante de la normativa urbanística —es decir, que la arbitrariedad material no se elimina o subsana con la apariencia meramente formal de legalidad—: «Aunque las decisiones consistoriales controvertidas estuvieron *formalmente* fundadas en determinados informes técnicos que apoyaron la obligación de que el promotor presentara un proyecto de urbanización o de compensación, el Tribunal realiza un análisis del contenido de esos informes y de su contradicción con la normativa aplicable al caso o con otros posicionamientos previos de los mismos profesionales que emitieron los informes, concluyendo que esos dictámenes *fuleron de complacencia* y se emitieron como instrumento con el que tratar de justificar las decisiones obstativas del recurrente» (FJ 1.º4). Abundando en esta idea, el Tribunal sostiene más adelante que el elemento diferenciador entre el injusto administrativo y el injusto penal es de carácter subjetivo: en el segundo caso, la resolución contradictoria con el derecho se emite *a sabiendas de su injusticia* o con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para abordar la cuestión. Así, se decanta expresamente por tesis subjetivistas, frente a tesis objetivas que se habían mantenido en otras resoluciones, donde el acento se establecía en la «patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho». Lo decisivo, sostiene el Tribunal, es el «ejercicio arbitrario del poder, que tiene lugar cuando la autoridad o funcionario dictan una resolución no fruto del ordenamiento jurídico sino producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad» (FJ 5.º3).

La *STS 222/2023, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1286)*, también incide en el elemento subjetivo «a sabiendas de la ilicitud» como elemento básico para diferenciar entre el ilícito administrativo y el penal. En esta sentencia se enjuicia una trama corrupta que logró crear un entramado para obtener contratos de suministro y servicios relacionados con el V Encuentro Mundial de la Familia, celebrado en Valencia en julio de 2006. Así, aprovechando su posición en la Fundación y en RTVV (radiotelevisión valenciana), y evadiendo los procedimientos regulares de contratación pública, empleados públicos adjudicaron diversos contratos públicos de manera fraudulenta —entre ellas, a empresas vinculadas al grupo Correa—, en un proceso plagado de falsedades documentales e irregularidades de distinto tipo. Uno de los recurrentes impugna la existencia de dolo de prevaricar, pero el Tribunal considera probado el conocimiento de la injusticia de la resolución por indicios que constan en el relato fáctico, en concreto, porque el funcionario era consciente de que el informe técnico se emitió después de la adjudicación del contrato público y porque sabía que la solicitud del gasto excedía el límite del presupuesto (FJ 3.º).

2.1.5. *Unidad de acción y continuidad delictiva en el delito de prevaricación*

Una última cuestión de relevancia para nuestro análisis se plantea sobre la aplicación de la continuidad delictiva (art. 74 CP) en el delito de prevaricación, en la mencionada STS 650/2023. La defensa sostiene que, en realidad, los hechos deben considerarse una *unidad natural de acción* o *unidad típica de acción* —o, lo que es lo mismo, que todos los hechos deben valorarse conjunta y globalmente como un único evento—. El Tribunal admite que esta categoría se utiliza para agrupar conjuntos de actos que se presentan como un solo acontecimiento en su dimensión socio-normativa (por ejemplo, aunque se produzcan varios puñetazos, no hay inconveniente con castigar por un único delito de lesiones que se haga cargo de la gravedad del resultado final); o exigidos por el propio tipo (por ejemplo, en delitos complejos como el de secuestro, que requiere la privación de libertad por un lado, y la solicitud de un precio para la liberación, por otro). Concluye que tal *unidad de acción* no concurre en este caso porque no es identificable una unidad espacio temporal que reúna las condiciones que nos permitan hablar de un único evento ante un espectador imparcial: «Las decisiones se sucedieron en el tiempo durante los varios años en los que se dilató el proyecto de construcción, y cada resolución introducía nuevas exigencias que se acumulaban a las trabas administrativas anteriores y retardaban sucesivamente la culminación de las obras. Consecuentemente, cada acción integró por sí misma el tipo penal de aplicación y *no se aprecia que entre las decisiones exista la vinculación espacio-temporal* que se aprecia en aquellas conductas prevaricadoras que se ejecutan en un único momento o circunstancia, de modo que no puede hablarse de una unidad natural de acción sino de distintos episodios fácticos insertables en la figura del delito continuado» (FJ 6.º3).

En este último año caben destacar las siguientes contribuciones sobre el delito de prevaricación: 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, plantean una serie de medidas de carácter penal, procesal y administrativo. Entre las de carácter penal, proponen una reforma del delito básico de prevaricación administrativa. Sugieren ampliar la conducta típica incorporando la emisión de informes contrarios a la legalidad administrativa (con una enorme capacidad de influencia en los procesos de aprobación de resoluciones en la práctica), la emisión de votos favorables a la aprobación de una resolución arbitraria, y 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, proponen también una redacción del precepto que admita sin dificultad la punición de las conductas ejecutadas con dolo eventual (p. 111). Por último, plantean la revisión del sistema de penas para equipararlas como mínimo al resto de modalidades de prevaricación (pp. 113-115). También resulta de extraordinario interés el artículo de A. JAREÑO LEAL, «La prevaricación urbanística: tres cuestiones acerca de su aplicación y una reflexión final», en A. MATALLÍN EVANGE-

LIO y A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 425-458, donde trata fundamentalmente tres cuestiones: la naturaleza de los tipos de prevaricación urbanística; la coautoría en la resolución prevaricadora y la conducta consistente en votar; y la concurrencia de varios informes o resoluciones prevaricadoras en un mismo procedimiento administrativo. De esa misma obra colectiva, también destaca el capítulo de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, «Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción», pp. 51-64; y el de F. NAVARRO CARDOSO, «Corrupción pública empresarial en el contexto de un programa de cumplimiento normativo penal», pp. 301-328.

I. MELIÁN proporciona un útil escáner de la jurisprudencia consolidada sobre el delito de prevaricación administrativa en I. MELIÁN, «Análisis judicial del delito de prevaricación administrativa», vol. 11, núm. 1, 2023, pp. 43-59. Más específicamente sobre la prevaricación urbanística y, en concreto, sobre las dispensas urbanísticas impulsadas por intereses ajenos al ordenamiento jurídico: J. A. VIERA GONZÁLEZ, «Moldear la normativa a la ilegalidad a través de dispensas urbanísticas y “a sabiendas de su injusticia”», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, vol. 58, núm. 367, 2024, pp. 115-151; A. PELEGRÍN LÓPEZ analiza los delitos de urbanización ilegal en «El delito de construcción ilegal y el papel de la Administración local para su prevención y sanción», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 63, 2023, pp. 416-444; así como J. C. SALCEDO HERNÁNDEZ y J. CAMPESINO-FERNÁNDEZ, en «La urbanización ilegal de la isla de Valdecañas (Cáceres): demolición total por Sentencia del Tribunal Supremo de 2022», *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, vol. LV, núm. 216, 2023, pp. 373-390.

También encontramos referencias muy didácticas a los delitos de prevaricación administrativa en manuales de Derecho Penal como el *Memento práctico Penal 2023*, coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, núm. 16535-16544 (sección escrita por L. POZUELO PÉREZ); en el manual de J.-M. SILVA SÁNCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2023 (pp. 387-394, escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO); el que dirige L. MORILLAS CUEVA, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, en pp. 1229-1244 (escrito por el propio L. MORILLAS CUEVA); en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 697-707, a cargo de S. CARDENAL MONTRAVETA y G. ROGÉ SUCH); en el manual de F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 967-998); o en la obra coordinada por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal Parte Especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023 (pp. 729-754, escrito por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC).

2.2. Delitos de cohecho

Bajo la etiqueta de «cohecho», los arts. 419 a 427 *bis* CP regulan comportamientos que tienen que ver con lo que popularmente se conoce como «soborno». El ob-

jetivo de la regulación es preservar el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración, evitando que el interés privado sea excesivamente influyente en el ejercicio de las funciones públicas. 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). Otra distinción doctrinal de utilidad es la de cohecho propio/impropio: mientras que el delito de cohecho propio es el que se basa en la realización de un acto contrario a los deberes propios del funcionario, en el impropio, la dádiva se da en atención al cargo que ostenta el funcionario, sin que tenga que hacer o dejar de hacer algún tipo de actuación.

2.2.1. Participación subsiguiente en el delito de cohecho

La mencionada STS 849/2023, de 20 de noviembre, sobre la pieza de Boadilla del Monte de la «Trama Gürtel», realiza consideraciones interesantes sobre la participación en un delito de cohecho que se materializa después de que se haya efectuado el acto contrario a derecho. Así, en los hechos probados se recoge que el hijo de uno de los empresarios efectuó unos pagos (157.800 euros en total) con posterioridad a la adjudicación de un contrato de prestación de servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos, y por estos hechos se le condena como cooperador necesario de un delito de cohecho activo. Este recurre por la indebida aplicación del art. 423 CP vigente en la fecha de los hechos, sosteniendo que su conducta se insertaba ya en la fase de agotamiento del delito, en un momento en el que se encontraba este ya definitivamente consumado, por tratarse de un delito de mera actividad. Así, si bien es cierto que la entrega de la dádiva o comisión acordada ha de ser considerada como un elemento del delito, el delito de cohecho no requiere que se produzca la entrega de la dádiva ofrecida para su consumación.

El Tribunal estima el recurso al entender que se trata de un acto posterior a la consumación (por tanto, impune), recordando que esta clase de delitos se construyen con la técnica del tipo mutilado e imperfecto en dos actos «que, por tanto, supone una anticipación de la barrera punitiva, lo que implica la existencia de un concurso real entre el delito del art. 419 y el delito al que se ordena funcionalmente». Así, teniendo en cuenta cómo se redactaba el art. 423 CP —«Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos»—, puede decirse que no eran posibles formas imperfectas de ejecución. Puesto que no considera probado que el hijo conociera la existencia del acuerdo al que llegó su padre al tiempo en que este se produjo, el Tribunal llega a la conclusión de que el pago posterior no puede fundamentar la imputación a título de cooperador necesario porque el delito *ya se había consumado*. En sus propias (y prís-

tinas) palabras, que no me resisto a reproducir aunque se trate de un párrafo largo: «No puede ser necesaria para cometer un delito, cualquier delito, una contribución causal efectuada con posterioridad a que este se encuentre ya consumado. Si el delito de cohecho, conforme se ha explicado, quedaba perfeccionado desde el momento en el cual el particular se dirigió a la autoridad o funcionario público, para corromperle o intentar corromperle con la entrega de una dádiva o con el ofrecimiento o promesa de entregarla, sin necesidad siquiera de que el interpelado la aceptara y, desde luego, sin que fuera precisa la realización del acto injusto comprometido por este, mal puede sostenerse que el posterior cumplimiento de la promesa constituyera un acto necesario para la comisión de un delito, consumado ya con notable anterioridad temporal. Dicho de otra manera: si, alcanzado el tan referido acuerdo de 2001, como consecuencia del incumplimiento de sus “compromisos” por parte del grupo corrupto (por ejemplo, debido a una mejor oferta, también ilícita), la UTE que dirigía el padre del acusado no hubiera logrado la adjudicación que perseguía, el delito de cohecho activo habría sido igualmente cometido en grado de consumación. Y lo mismo hubiera sucedido si el incumplimiento de los compromisos resultara imputable a la empresa favorecida por la ilegítima adjudicación (resolviendo, por ejemplo, pagar una cantidad menor a la comprometida o simplemente no realizar pago alguno). Si esto es así, que es así, la intervención de un tercero, ajeno a la propuesta corruptora (y al acuerdo después alcanzado), dando cumplimiento a cualquiera de las “obligaciones” comprometidas como consecuencia de aquel, por mucho que conociera posteriormente la existencia de dicho acuerdo y la finalidad del pago, no puede reputarse un acto de contribución necesaria a la comisión de un delito ya previamente consumado» (FJ 2.º).

Por último, el Tribunal recuerda que, aunque se «transmutase» la condena del acusado como partícipe en el delito cometido por un tercero para mantenerla como autor de un delito de cohecho, en cierto modo desvinculado del anterior, tampoco podría afirmarse que el pago realizado por el recurrente se efectuara con la intención de corromper a las autoridades o funcionarios públicos, tal y como exige el art. 423 CP.

2.2.2. *Coautoría en el delito de cohecho*

La mencionada STS 613/2023, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3302), profundiza en los elementos necesarios para sostener la existencia de una coautoría en un delito de cohecho, aunque no se participe directamente en los hechos. Así, la sentencia se refiere a un supuesto en el que un funcionario del cuerpo de Instituciones Penitenciarias introducía teléfonos móviles y hachís a cambio de dinero en prisión. El recurrente, condenado previamente por tráfico de drogas, junto con otros internos del centro penitenciario, concertaron la introducción de una mochila con tales efectos para distribuirlos entre los internos, involucrando a otros intervinientes en el exterior.

El recurrente sostiene que se le aplicó indebidamente el delito de cohecho, ya que, al estar interno en el centro penitenciario de Picassent, no tuvo ninguna interacción

con el funcionario de prisiones. Simplemente, aduce, su actuación se limitó a sufragar doscientos cincuenta euros, pero ignoraba que el dinero tuviera por destino pagar a un funcionario, o que fuera ese el mecanismo ideado por sus compañeros para introducir la mercancía. Añade que tampoco consta si fueron los internos quienes ofrecieron el pago del cohecho o si, por el contrario, fue el funcionario quien se ofreció para la operación y quien reclamó un dinero a cambio.

La sentencia desestima el recurso porque entiende probado que concurran en el acusado todas las exigencias para ser considerado autor de un delito de cohecho del art. 424 CP, en relación con el art. 419 CP (propósito de corromper o intentar corromper al funcionario), sin que la participación directa sea una de esas exigencias: «esta responsabilidad no sólo es exigible a la persona que materialmente entrega el dinero o la dádiva, sino que son autores todos aquellos que realizan conjuntamente el hecho delictivo. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, como elemento subjetivo de la coautoría, de la existencia de una decisión conjunta y, como elemento objetivo, de un dominio funcional del hecho, con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva. Nuestra jurisprudencia es expresiva también de que la concurrencia del elemento subjetivo puede concretarse en una *deliberación previa* realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede asumirse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal avanza simultáneamente con la acción o la precede en unos instantes, pudiendo ser tanto expresa como tácita. En lo que hace referencia al elemento objetivo, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integradores del núcleo del tipo, sino que *el acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, permite integrar en la coautoría, como realización del hecho, aquellas aportaciones que no integran el núcleo del tipo, pero que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución*» (FJ 4.º). En definitiva, el hecho de que se demostrase que el acusado había *concertado* la introducción de mercancía en prisión, y que había aportado una cantidad, es suficiente para castigarlo como autor y no únicamente como cooperador necesario o cómplice, a pesar de que no ejecute los hechos directamente.

En la doctrina, es imprescindible mencionar la monografía de B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024 (se refiere al cohecho en el Capítulo III). También resulta de gran interés el análisis de G. D. M. CERINA, «El incorruptible político parcial. Notas sobre el cohecho del político», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-54. Este autor critica cierta tendencia a estirar los preceptos del Código Penal en aras a configurar un Estatuto penal del político cuya creación (jurisprudencial), sin embargo, termina resultando contradictoria.

Finalmente, no se pueden dejar de mencionar 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 L. POZUELO PÉREZ (núms. 16735-16830); en el de J. M. SILVA SÁNCHEZ, en el Capítulo 16 escrito por I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (pp. 394-401); en el que dirige L. MORILLAS CUEVA, en el Capítulo 39, de M. OLMEDO CARDENETE (pp. 1034-1035); en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO (pp. 708-717 por S. CARDENAL MONTRAVETA y G. ROGÉ SUCH); en el de F. MUÑOZ CONDE (pp. 755-765); o en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (pp. 606-612) escrito por él mismo.

2.3. Delitos de malversación

2.3.1. *Carácter público de los bienes incautados por la policía*

Debemos comenzar por la *STS 545/2023, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:2976)*, que enjuicia un supuesto en el que una agente del Cuerpo Nacional de Policía sustrae dinero incautado al que tiene acceso por su condición de funcionaria y lo sustituye por unos billetes falsos. La recurrente considera que «no tuvo competencia alguna específica como funcionario público sobre el dinero intervenido, y menos aún un deber especial de conservación o de custodia y en condiciones determinadas, y menos aún por razón de sus funciones».

Con carácter previo, el Tribunal recuerda que el delito de malversación requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 CP, o resultar asimilado a la condición de funcionario *ex art. 435*; 2) los efectos o causales, en todo caso de naturaleza mueble, han de ser públicos, en el sentido de formar parte objetivamente de los bienes propios de la Administración pública, y sin que esta adscripción precise de su efectiva incorporación en el erario público; 3) los caudales o efectos públicos deben estar a cargo, por razón de sus funciones, del funcionario público. Esta *facultad decisoria* debe entenderse en un sentido fáctico, esto es, que no requiere que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tales facultades decisorias. Como recuerda la *STS 464/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2627)*, esta facultad decisoria puede ser fáctica, en el sentido de detentación material de los caudales o efectos, o jurídica, en cuyo caso no se precisa una posesión inmediata y es suficiente la mediata, siempre que tal capacidad de disposición e inversión implique que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario. Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito. En último lugar 4), la acción punible a realizar consiste en «sustraer o consentir que otro sustraiga», admitiendo expresamente una comisión activa o meramente omisiva (en este caso, debe existir un *deber de impedir*), que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro.

Teniendo en cuenta estos elementos, a continuación responde a las objeciones planteadas: en primer lugar, entiende que concurre en la acusada la condición de funcionario público en los términos establecidos en el art. 24.2 CP y que, además, la custodia de los objetos contenidos en la caja de seguridad de las dependencias policiales le correspondía, no de manera explícita o nominal, *sino en su condición funcional* como miembro del grupo. De esta manera, estos medios se les proporcionaban *para el ejercicio de su función* y, por tanto, debían responsabilizarse de su buen uso y de la custodia de los objetos depositados en dicha caja. En segundo lugar, con relación a la naturaleza pública de los efectos intervenidos, determina que estos quedan bajo la exclusiva disposición de los funcionarios públicos, siendo su destino el de incorporarlos al procedimiento judicial seguido como consecuencia de aquella intervención, y, por tanto, no cabe duda de que se trata de efectos públicos. Por estas razones, certifica la presencia de todos los elementos indispensables para conformar el delito de malversación por el que la recurrente resultó condenada.

2.3.2. *Malversación y continuidad delictiva*

Efectúa consideraciones interesantes sobre la continuidad delictiva en la malversación la *STS 464/2023, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2627)*. Los hechos probados son los siguientes: el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía creó una estructura de personal paralela en la Consejería de Empleo, contratando empleados a través de la empresa UMAX Informática y Consultoría de forma ilegal. Estos empleados trabajaban exclusivamente para la consejería, pero se pagaban como si fueran servicios externos, con el conocimiento y participación de otros funcionarios. La situación continuó desde 2003 hasta 2010, implicando pagos irregulares por un total de más de dos millones de euros. Ante una reclamación de pago, la consejería rechazó la solicitud de UMAX y abrió una investigación sobre la legalidad de los contratos.

Los recurrentes cuestionan la aplicación de la continuidad delictiva en el delito de malversación. Entiende la defensa que «no hay unidad de acción, no hay unidad de sujeto activo, hay expedientes de contratación independientes en los que pudiera concurrir otra figura delictiva si se acreditara su tipicidad, como la prevaricación, pero cada uno de ellos de forma autónoma e imputable a la autoridad o funcionario que lo realiza pero no se puede amparar que bajo el instituto de la continuidad delictiva, se atribuya una multitud de actuaciones heterogéneas realizadas por distintos funcionarios o autoridades de distintos organismos, a mi defendido por el simple hecho de haber ejercido el cargo de director general de Trabajo en periodo comprendido desde el 28 de abril de 2008 al 6 de abril de 2009, sin concretar ni contratos, ni facturas, ni fechas, ni nada». El Tribunal recuerda los elementos exigidos para la aplicación del delito continuado¹⁴ y con-

¹⁴ En concreto: «i) Debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; ii) la existencia de un dolo unitario que equivale, desde

cluye puede apreciarse en este caso. Así, se produjeron una pluralidad de disposiciones de fondos de similar contenido que, además, fueron realizadas en un mismo contexto organizativo en el que se encontraba a cargo el mismo sujeto como director general de Trabajo, durante un periodo prolongado de tiempo.

2.3.3. *Malversación omisiva*

La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales (separación de su destino) e implica un ánimo de apoderamiento definitivo, en un sentido idéntico al usado en otros delitos patrimoniales. La modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, derivada de la obligación legal dirigida al funcionario responsable —garante— de evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público. La *STS 803/2023, de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4557)*, se refiere a un supuesto en el que el Ayuntamiento de Bigastro vendió una parcela a una empresa. El alcalde y el secretario-interventor debían asegurarse de que el dinero se ingresara en las arcas municipales. Sin embargo, parte de los fondos (26.000 euros de una fianza y 44.440 euros de pagos parciales) fueron desviados por el alcalde para su beneficio personal, con el conocimiento de Mario. El recurrente alega que la conducta de apropiación se atribuye exclusivamente al alcalde coacusado y que sólo podría motivar una condena si se hubiera acreditado constitutiva de cooperación necesaria. No obstante, ni fue acusado de esta forma de participación, ni podría haber sido condenado como tal, ya que su contribución tenía un carácter no necesario. Por otro lado, indica que las modalidades comisivas del art. 432 CP requieren distintos elementos subjetivos del injusto (en la modalidad activa, ánimo de lucro propio, en la omisiva, ánimo de lucro de un tercero), por lo que un mismo relato de hechos probados no puede integrar «dos conductas típicas opuestas reputables de cada partícipe cuando ambos comparten la condición de custodios de los caudales, y máxime cuando la apropiación de los caudales supuestamente fue material».

El Tribunal responde estas observaciones sosteniendo que basta que de los autos se extraigan todos los requisitos del tipo, es decir, que conste el hecho apropiatorio y el conocimiento de la persona que tenía la obligación legal de evitarlo, sin que la certificación de una conducta activa impida que se aprecie la omisión impropia —en este caso, singularmente tipificada—: «[c]odisponía del dominio del hecho al tiempo que se abstenía conscientemente de atender a la obligación legal de custodiar los fondos

el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; iii) la unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; iv) también desde el punto de vista objetivo la homogeneidad “del *modus operandi*” o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; v) la identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; vi) que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo, y (vii) que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el art. 74.3 CP» (FJ 11).

públicos que tenía a su cargo. No se trata de que fuere cooperador del alcalde (efectivamente cabía también esta vía para su condena), sino de que cumplimenta el tipo omisivo que de forma alternativa a la ejecución activa, se contemplaba y se conminaba en el art. 432 CP» (FJ 4).

2.3.4. Redacción más favorable al reo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre

Sobre esta cuestión realiza consideraciones interesantes la *STS 900/2023, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5308)*, en la que se revisa una sentencia que condenaba a dos personas como autoras de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito agravado de malversación. El único motivo de impugnación es la inaplicación del art. 2.2 CP, ya que la defensa entiende que los hechos se subsumen en el nuevo art. 433 CP y no en el art. 432 CP, que establece un tratamiento penológico más favorable al reo.

Los recurrentes sostienen que la modificación de la redacción del art. 432 CP, que alude ahora a «apropiarse» en lugar de «sustraer», cambia el sentido del precepto, sin que el juicio histórico pueda integrar ese acto de apropiación que exige el tipo¹⁵. A su juicio, la nueva configuración de los delitos de malversación propugna un entendimiento del elemento subjetivo el tipo del art. 432 como una verdadera finalidad de lucro personal o de tercero y no como un *animus rem sibi habendi* en sentido amplio, en el que cabría cualquier disposición a título de dueño. Lo entienden así porque, si se continúa haciendo una interpretación extensiva del ánimo de lucro del art. 432 CP, el nuevo art. 433 CP, que tipifica desvíos presupuestarios, sería prácticamente inaplicable.

En primer lugar, el Tribunal responde a estas objeciones sosteniendo la plena aplicabilidad de la jurisprudencia del delito de malversación anterior a la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, en la que de manera constante se entendió que el término sustraer es equivalente a la «apropiación sin propósito de ulterior reintegro»: «Por sustraer ha de entenderse en un sentido amplio, como separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos suyos o de otro, en apropiación definitiva, *con deseo de no restituír*» (FJ 2.º). Esta apropiación con ánimo de lucro no exige necesariamente enriquecimiento, sino que es

¹⁵ Es preciso tener en cuenta que la norma aplicable a este caso no era la que resultó de la reforma de la *Ley Orgánica 1/2015* (los hechos fueron anteriores), sino la resultante del Código Penal de 1995 y modificada por la *Ley Orgánica 15/2003*: Art. 432 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

suficiente que el autor haya querido atraer los objetos bajo su dominio personal (certificándose así el *animus rem sibi habendi*).

En segundo lugar, niega que tal entendimiento del ánimo de lucro deje sin potencial aplicación el nuevo art. 433 CP. Aquí recuerda que este precepto es una copia literal del predemocrático art. 397 (Código Penal de 1973), que también coexistió con otro delito básico de sustracción de caudales públicos (art. 394 del Código Penal entonces); y que fue de aplicación a supuestos de administración del presupuesto de manera diversa a la permitida o establecida con carácter previo, sin que se certifique un desvío u extracción de «lo público». Así, pone el ejemplo de un supuesto en el que el secretario-interventor municipal retuvo en su poder transitoriamente cierta suma dineraria (sin ingresarla en la Caja Municipal ni entregarla al depositario ni a otros empleados), atendiendo con ella obligaciones contraídas por el ayuntamiento, dándole así directamente una aplicación pública, pero distinta de la que hubiera correspondido legalmente de haberse efectuado, como era de rigor, el correspondiente ingreso en la referida Caja Municipal.

2.3.5. Participación del *extraneus* en el delito de malversación

Por último, sobre la participación o autoría del *extraneus* en un delito especial como el de malversación resulta de utilidad mencionar la STS 249/2023, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2023:1405), comentada por M.-J. DOLZ LAGO, «Caso del Puerto de Málaga. Malversación de fondos públicos. En concurso con falsedad», *Diario La Ley*, núm. 10339, 1 de septiembre de 2023. En esta sentencia se examina un supuesto en el que dos ingenieros del puerto de Málaga, funcionarios públicos, en connivencia con otro ingeniero de una empresa contratista, expidieron certificaciones falsas con el objetivo de que la autoridad portuaria de Málaga abonara con fondos públicos unas obras que no se habían realizado o se habían sobredimensionado. El TS estima los recursos del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado, que sostuvieron que los ingenieros eran autores del delito de malversación, y los condena por el delito de malversación de caudales públicos, a pesar del criterio de la Audiencia, que los había absuelto por entender que no podían ser condenados al no ser los titulares de los fondos públicos malversados y por no haber sido acusado el que sería el autor principal del delito (autoridad portuaria de Málaga).

El Tribunal recuerda que anteriormente ha admitido que en los delitos especiales puedan inculparse personas no afectadas por la condición especial de autoría que el tipo penal requiere (esto es, extraños o *extraneus*), siempre que se certifique un grado de participación penalmente relevante, incluso aunque el funcionario público (*intraneus*) sea absuelto, ya que para que pueda haber accesoriedad lo único indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico, sin que nada afecte la imposibilidad sobrevenida de enjuiciamiento del autor principal (FJ 15).

En el presente caso, se puede certificar esta intervención punible porque es este informe técnico mendaz, preciso y relevante el que *causa* el desvío ilícito de los fondos,

no como simples partícipes, sino como autores: «[e]n el hecho, los recurridos, acusados de malversación, son quienes, como jefe de obra y miembros de la dirección facultativa, funcionarios públicos declaran el cumplimiento de las exigencias del contrato de obra pública y realizan las mediciones que son el presupuesto técnico, suficiente y necesario, para su abono. Su conducta cumple las exigencias del art. 28 CP respecto al delito de malversación de caudales públicos, que considera autor al material, al mediato, al inductor y al partícipe necesario» (FJ 12).

De esta manera, aunque los dos funcionarios acusados no eran jurídicamente los detentadores de los caudales públicos, aportaron a ese libramiento de caudales un hecho de capital importancia, que era el aporte técnico. Conocían la trascendencia de sus actos, pues pertenecían a la dirección facultativa, y sabían que las funciones de control de los detentadores del caudal eran más bien aparentes ya que no afectaban a los presupuestos técnicos, que eran de su exclusiva responsabilidad. En consecuencia, son considerados autores directos (detentadores de hecho), aunque instrumentalicen a una persona cualificada porque los libradores (detentadores jurídicos), porque en este caso se puede certificar tanto la infracción de un deber como la *detentación de hecho* de los fondos malversados: «el fundamento de los delitos de los funcionarios públicos radica en la inobservancia del deber de probidad, junto a otras especificidades derivadas de la naturaleza pública de los caudales y las posiciones de garantía de tutela de interés pública consagrados en el art. 103 CP. En este caso, esas exigencias concurren en los dos acusados, y son autores por el dominio del hecho que tienen de la acción, y son detentadores de hecho de los caudales públicos que son malversados, pues su aportación a la realización del hecho es el de tal implicación que, infringido su deber, disponen *de facto*, de los caudales públicos» (FJ 15).

Al haberse reformado los delitos de malversación recientemente, 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 2023 se analizan sus elementos, como en M. JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 139, 2023, pp. 71-90, así como es imprescindible mencionar la monografía de B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024 (se refiere al cohecho en el Capítulo V); el artículo de I. OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; o el de A. RAGA I VIVES, «Del enriquecimiento ilícito a la desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023.

Por último, los manuales de la Parte Especial del Derecho penal tratan este delito: en el coordinado por F. MOLINA FERNÁNDEZ, en la sección escrita por L. POZUELO PÉREZ, núm. 16880-16907; 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 (pp. 1305-1318); en el de F. MUÑOZ CONDE, en el Capítu-

lo XLII (pp. 1003-1007); en el de J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (pp. 770-779) escrita por él mismo; o en la obra colectiva de M. CORCOY BIDASOLO (pp. 718-728, de G. ROGÉ SUCH).

2.4. Otros

Entre las novedades doctrinales relacionadas con otros más o menos aspectos generales de la corrupción pública, o con reflexiones sobre la función pública con importancia jurídico-penal, cabe destacar los siguientes trabajos: L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Dykinson, Madrid, 2023; B. GARCÍA SÁNCHEZ, *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024; M. A. MORALES HERNÁNDEZ, «¿Es necesario un modelo propio de atribución de responsabilidad criminal en España para partidos políticos?: un análisis jurídico en base al derecho interno y comparado», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núm. 29, 2023, pp. 315-371; C. DOMINGO JARAMILLO, «Aproximación a la aplicación de sistemas de Inteligencia artificial para prevenir la corrupción en la administración pública», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 140, 2023, pp. 105-134; J. GARCÍA CALDERÓN, «La calumnia como estrategia de corrupción», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 139, 2023, pp. 5-34; V. DIPSE, «Reflexiones en torno al concepto de servicio público en el art. 511 CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-27; M. J. RODRÍGUEZ PUERTA, «La corrupción como problema de acción colectiva: desnormalización y participación social», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 43, 2023, pp. 1-24; S. BASUALDO MOINE, «¿Resultan exitosas las medidas represivas contra la gran corrupción? ¿Existe solución superadora?», *Revista Sistema Penal Crítico*, vol. 4, 2023, pp. 1-46; M. B. MACÍAS ESPEJO, «Perspectiva Criminológica de la Corrupción Pública a través de las Teorías de la Criminalidad. Derecho Global», *Estudios sobre Derecho y Justicia*, vol. 9, núm. 26, 2024, pp. 233-255; M. C. PÉREZ VILLALOBOS, «¿Es corrupción la actividad lobista? La respuesta penal frente al fenómeno *lobby* en el entorno de la Unión Europea», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 10, 2023, pp. 1-41; M. S. BARBER BURUSCO, «La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; S. B. BRAGE CENDÁN, «Los lobbies y la libre competencia: ¿una posible nueva tipificación penal?», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; G. D. M. CERINA, «El político corrupto como funcionario público a efectos penales», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 39, 2023; V. FRIDRICZEWSKI y N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; G. GUINARTE CABADA y M. CASTRO CORREDOIRA, «Prohibiciones para contratar con el sector público y corrupción», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; D. M. SANTANA VEGA, *Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Riesgos penales en la gestión de los Fondos Next Generation UE», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; F. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, «Las reuniones de los altos cargos de la Administración con los grupos de interés y la prevención de la corrupción pública: algunas notas a pro-

pósito de la publicación de las llamadas agendas para la transparencia», *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; P. ESQUINAS VALVERDE, *Corruptos y delincuentes de cuello blanco en España. Un estudio criminológico de sus características, causas y vías de prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; P. LECUMBERRI, «Justicia restaurativa y corrupción pública», *Revista Penal*, núm. 52, 2023; A. RODRÍGUEZ BARRUETA, «Medios para la persecución y represión de la corrupción», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, 2023; M. H. BORINSKY, *Delitos de corrupción. Un análisis de Derecho penal y procesal penal. Aportes de la sociología, la economía y la política*, Didot, Buenos Aires, 2023.

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 2023

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Conflictos normativos en el sistema de Derecho local

Francisco VELASCO CABALLERO

ESTUDIOS

Consultas preliminares del mercado en la contratación pública local: aproximación sistemática a su régimen jurídico

Silvia Díez SASTRE

El régimen sancionador de la seguridad ciudadana municipal

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ

Las dificultades del gravamen a la vivienda desocupada en España

María José CANO CUELI

El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública

Reyes MARZAL RAGA

Financing Local Governments in South Africa

Jaap DE VISSER

Los modelos de gobernanza metropolitana en España: similitudes y diferencias

Mariona TOMÁS

Miquel ROSSELLÓ XAMENA

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-FALLOI

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Neus TEIXIDOR MARTÍNEZ

Presupuestos locales

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID

DE L'HOTELLERIE-FALLOI

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ

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

Novedades sobre los delitos relacionados con la corrupción en la Administración local

Ana Belén VALVERDE-CANO