

Nº 8
Cuarto trimestre 2016

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 8. Diciembre 2016

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Próximamente disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha



CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

D. Isaac Martín Delgado

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*"

Gabilex
Nº 8
Diciembre 2016
www.gabilex.jccm.es



Castilla-La Mancha



SUMARIO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EDITORIAL: "EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO"10

El Consejo de Redacción

"HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: EL USO DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN".....14

D^a Teresa Medina Arnáiz

"EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL"

Seis notas prácticas y una dificultad superada en parte.....40

D. Manuel Peláez Muras

"DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA".....82

D. Alberto Campos Jiménez

"LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO: UNA CUESTIÓN PENDIENTE DE RESOLUCIÓN"112

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda

"LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"152

D. Roberto Moreno García

“LA LEY 4/2016, DE 15 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE CASTILLA-LA MANCHA: ANTECEDENTES Y SUJETOS OBLIGADOS DEL ARTÍCULO 4”219
D. Carlos-Mª Rodríguez Sánchez

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 163/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 3 DE OCTUBRE DE 2016: FORMA DE PROCEDER DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS ANTE LA ALEGACIÓN DE FALTA DE ACUERDO PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES”256
D. Roberto Mayor Gómez

“COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº 723/2016 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA (SECCIÓN 2ª), DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2016: VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE EMPRESA PRIVADA DE CORREO POSTAL”262
D. Roberto Mayor Gómez

BASES DE PUBLICACIÓN272

EDITORIAL

EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

EL pasado 25 de noviembre de 2016, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales de dos Proyectos de Ley a través de los que se transponen a la legislación española tres Directivas comunitarias sobre contratación pública, en concreto:

-La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

-La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

-La Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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.

Su tramitación y aprobación es urgente ya que se ha sobrepasado el plazo de transposición máximo previsto para el pasado 18 de abril.

Las leyes tienen como principales objetivos agilizar los procedimientos de contratación, aumentar la competencia, mejorar la publicidad y transparencia, luchar contra la



corrupción y servir como instrumento de políticas medioambientales, sociales y de I+D.

Uno de los aspectos que queremos reseñar del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público es, que se pretende aumentar la competencia y permitir un mayor acceso de las pymes a la contratación pública con medidas que incentivan que los contratos se dividan en lotes. Hasta ahora, la normativa vigente exigía que se motivara la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva ley, el principio será el contrario, debiéndose justificar, como excepcional, el hecho de que no exista división de los contratos en lotes.

Destacamos algunas novedades que se contienen en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público como por ejemplo, una regulación más estricta de los encargos a medios propios. Es decir, se aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios esté justificada y no atenten al principio de libre competencia. También, se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria; se elimina la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía; se hace una regulación de los conflictos de intereses y se extienden las prohibiciones de contratar por vínculos familiares; se regula la profesionalización de las mesas de contratación, etc. Se regula, además, un modelo de gobernanza que debe servir para reconducir malas prácticas e ineficiencias.

Con el Proyecto de Ley se pretende reducir las cargas administrativas y agilizar los procedimientos de contratación pública, reduciendo en general los plazos de tramitación y apostando por la utilización de medios electrónicos, informáticos y tecnológicos.

Por otra parte, se persigue mejorar la publicidad y transparencia y luchar contra la corrupción en los contratos públicos.

En definitiva, el proyecto de Ley nos merece una valoración positiva y queremos remarcar el acierto en las medidas adoptadas para prevenir la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

ARTÍCULOS DOCTRINALES

HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: EL USO DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

D^a Teresa Medina Arnáiz

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos¹

RESUMEN

La modernización de las Administraciones públicas es una de las prioridades clave para el éxito de la *Estrategia Europa 2020* que apuesta por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La implantación de servicios digitales para los ciudadanos y las empresas en toda Europa tiene una repercusión directa sobre el entorno económico –en cuanto al ahorro de costes – y, por ello, se considera crucial para estimular la productividad y la competitividad. La contratación pública es uno de los ámbitos

¹ Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de investigación reconocido por el Ministerio de Economía y Competitividad «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» (DER2015-67102-C2-1-P) y tiene su origen en la comunicación presentada en el *IV Congreso sobre Innovación Tecnológica y Administración Pública*, celebrado los días 20 y 21 de octubre en el INAP (Madrid).



que implica una proporción considerable de la actividad económica en la Unión Europea y el objetivo de lograr una contratación pública electrónica ha sido una constante desde el año 2004. Con las nuevas Directivas sobre contratación pública se renueva esta apuesta haciendo obligatoria la gestión de documentos electrónicos que ayuden a reducir la carga burocrática asociada a las licitaciones públicas. El objetivo final es una contratación pública electrónica «de extremo a extremo» en la que todas las fases del procedimiento, desde la notificación hasta el pago, se lleven a cabo de forma automatizada por medios electrónicos. Uno de los instrumentos que contribuyen a ello es el Documento Europeo Único de Contratación.

ABSTRACT

Public Administration modernization is one of the key priorities for the success of the Europe 2020 strategy that focuses on smart, sustainable and inclusive growth. Digital services deployment for citizens and companies across Europe has a direct impact on the economic environment –regarding cost cuts– and therefore is deemed crucial in order to stimulate productivity and competitiveness. Public procurement makes for a significant amount of the economic activity in the European Union and achieving a widespread use of e-Procurement has been a permanent target since 2004. The new Directives on Public Procurement increase this focus making electronic documents mandatory and reducing the administrative burden. The ultimate prize is 'straight through e-Procurement' with all phases of the procedure from notification to payment being conducted on an automated basis, through the use of electronic procedures. One of the instruments to achieve this goal is the European Single Procurement Document.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública electrónica, Documento Europeo Único de Contratación.

Keywords: e- procurement; European Single Procurement Document

SUMARIO:

I.INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN. 1. El Documento Europeo Único de Contratación como declaración responsable: Características. a. Declaración responsable. b. Declaración normalizada multilingüe. c. Electrónico. d. Reutilizable. e. Obligatorio. 2. Contenido. III. REFLEXIONES FINALES. IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Los planes de acción sobre Administración electrónica han constituido instrumentos políticos pensados para avanzar en la modernización de las Administraciones públicas en toda la Unión Europea². Los imperativos de la sociedad de la información exigen

² Baste señalar los programas IDA de intercambio de datos entre Administraciones (*Interchange of Data between Administrations*) IDA I (1995–1998) e IDA II (1999 – 2004); el Programa IDABC de prestación interoperable de servicios paneuropeos 2005–2009 (*Interoperable Delivery of European e-government services to public Administrations, Businesses and Citizens*); el Programa ISA de soluciones de interoperabilidad para las Administraciones públicas europeas 2010-2015 (*Interoperability Solutions for European Public Administrations*) y su sucesor, el Programa relativo a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos Programa ISA2 como medio de modernización del sector público (2016-2020).



aprovechar las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) no sólo en el sector privado, sino también en el ámbito de la Administración propiciando nuevos canales de comunicación con los ciudadanos, a fin de permitir una mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los servicios que presta y contribuir de esta manera al cumplimiento de la *Estrategia Europa 2020*³.

En su *Estrategia para el Mercado Único Digital*, la Comisión Europea insiste en el objetivo de modernizar las Administraciones y facilitar su interacción con los ciudadanos desde el fomento por el uso de documentos electrónicos en toda la Unión a fin de reducir los costes y la carga administrativa que soportan empresas y particulares en especial en aquellos sectores que movilizan un mayor volumen de recursos⁴.

Uno de esos sectores es el de la contratación pública⁵. No obstante, a pesar de los avances logrados para reducir la carga administrativa soportada por los operadores económicos interesados en un procedimiento de adjudicación, los obstáculos

³ Uno de los elementos clave en la Estrategia Europa 2020 es estimular el crecimiento económico sobre la base de una economía innovadora, competitiva y que utilice eficientemente los recursos, *EU2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo 2010.

⁴ Comunicación de la Comisión *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM (2015) 192 final, de 6 de mayo de 2015, págs. 18 y 19.

⁵ Según datos aportados por la Comisión Europea, en el año 2014 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se han fijado en un 13 por ciento del PIB (excluidos los servicios públicos y los contratos en el ámbito de la defensa). Véase el Documento de trabajo *Public Procurement Indicators 2014*, de 2 de febrero de 2016, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016].

burocráticos se siguen considerando uno de los factores más disuasorios para participar en una licitación, al tiempo que se entiende que son una de las razones que impiden mejorar los exiguos porcentajes de participación transfronteriza en las compras públicas (3,7 % según datos del año 2014).

Por ello, uno del actual marco regulador de la contratación pública se ha centrado en simplificar los requisitos de documentación a presentar por parte de los operadores económicos interesados en la adjudicación de un contrato⁶. La apuesta decidida en reducir las cargas administrativas en la contratación – tanto para los poderes adjudicadores como para los operadores económicos – se ha materializado en distintas medidas e instrumentos dirigidos a facilitar el acceso al mercado público y en reducir los costes de las empresas vinculados a la licitación a partir de la apuesta decidida por una contratación pública electrónica en el año 2018⁷.

⁶ Las vigentes Directivas sobre contratación pública del año 2014 – todavía no transpuestas al Derecho español – son la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la 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 (DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014).

⁷ La contratación electrónica es el término general utilizado para designar la sustitución de los procedimientos basados en soporte de papel por el tratamiento y la comunicación mediante TIC a lo largo de todo el procedimiento de adjudicación. Sobre esta materia resultan de interés el *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación electrónica en la UE*, COM (2010) 571 final, de 18 de octubre de 2010 y las comunicaciones *Estrategia en pos de la contratación pública electrónica*, COM (2012) 179 final, de 20 de abril, y *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para*



La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, prevé la sustitución de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para participar en un procedimiento de licitación por una declaración formal y actualizada del operador económico que se materializa en el denominado «Documento Europeo Único de Contratación» (artículo 59 de la citada Directiva).

Este trabajo centra su atención en esta novedosa herramienta. Ponemos en valor su objetivo de simplificar los requisitos documentales que debe presentar el operador económico para participar en una licitación y, lo que aún consideramos más importante, de estandarizar la burocracia a nivel europeo.

II. LA REGULACIÓN DEL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO DE CONTRATACIÓN

El Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) consiste en una declaración responsable del propio operador económico – en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros – que sirve como prueba preliminar en el procedimiento de adjudicación para acreditar ante el órgano de contratación el cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar y la ausencia de prohibiciones de contratar. Su objetivo, por tanto, no es otro que reducir las cargas burocráticas que conlleva la obligación de presentar un número importante de documentos relacionados con los criterios de selección cualitativa del contratista.

Ahora bien, es importante destacar que no se trata de un supuesto de exoneración de los requisitos exigidos para contratar, sino de exceptuar a los licitadores y candidatos de la formalidad

modernizar la administración pública, COM (2013) 453 final, de 26 de junio.

de presentar las certificaciones y la documentación que así lo acreditan. Por tanto, con la presentación del DEUC únicamente se retrasa la presentación de dichos certificados a un momento posterior del procedimiento y, en principio, únicamente para quien resultase adjudicatario del contrato⁸.

Su regulación se encuentra en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE y, en menor medida, en la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») que declara su aceptación a efectos de aplicar los motivos de exclusión y los criterios de selección. Para la elaboración del DEUC se ha previsto adecuarse al formulario normalizado que figura en el Anexo II del Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 y cumplimentar los apartados que, en cada caso, requiera el poder adjudicador⁹.

A tenor de lo dispuesto en este artículo 59, el DEUC constituye una declaración formal por la cual el operador económico manifiesta ante el poder adjudicador que no está incurso en alguna de las situaciones de prohibición de contratar y que cumple los criterios de selección que han sido establecidos por este bien para ser licitador (en el caso del procedimiento abierto) o para ser invitado a presentar una oferta (candidato).

Este artículo no tiene correspondencia en la Directiva 2014/23/UE («concesiones»); sin embargo, entiendo que su ausencia no supone un obstáculo para que los Estados miembros, al transponer las prescripciones de esta Directiva a sus derechos nacionales, permitan que este documento sea utilizado por los

⁸ Al amparo del artículo 59.4 de la Directiva 2014/24/UE, el poder adjudicador podrá pedir a los operadores económicos que presenten la totalidad o una parte de los certificados y de los documentos justificativos requeridos en cualquier momento del procedimiento, "cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo".

⁹ Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DOUE L 3, de 6 de enero).



operadores económicos que concurran a la adjudicación de un contrato de concesión, ya que en ambas disposiciones se señala igualmente la necesidad de que los operadores económicos acrediten su solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar en términos similares a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE¹⁰. Del mismo modo, cabría pensar en la posibilidad de extender su uso a la adjudicación de los contratos públicos en los ámbitos de la defensa y la seguridad, puesto que la Directiva 2009/81/CE también se refiere a los criterios de selección cualitativa del contratista y, salvo diferencias menores, resultan coincidentes con los señalados en la Directiva 2014/24/UE (artículos 39 a 46 de la Directiva 2009/81/CE)¹¹.

1. El Documento Europeo Único de Contratación como declaración responsable: Características

¹⁰ Artículo 38.4 de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»). No se puede amparar la ausencia de una referencia normativa al DEUC en esta Directiva en que deba resultar también de aplicación a las entidades adjudicadoras, puesto que el DEUC también “debe estar a disposición de las entidades adjudicadoras que están sujetas a la Directiva 2014/25/UE y que, al aplicar los criterios de exclusión y de selección previstos en la Directiva 2014/24/UE, deben hacerlo de la misma forma y en las mismas condiciones que los poderes adjudicadores”.

¹¹ Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 (DOUE L 216, de 20 de agosto de 2009). Una de esas diferencias, por ejemplo, deriva de la regulación de las causas de prohibición de contratar. En ambas regulaciones no resultan completamente coincidentes puesto que la Directiva 2009/81/CE no contempla los nuevos supuestos de prohibición de contratar obligatorios por condena judicial en relación con el trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos o por incumplimiento de las obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social que en las nuevas Directivas son motivos de exclusión obligatorios.

Se trata de una declaración normalizada multilingüe prevista para ser cumplimentada en formato electrónico y reutilizable más allá de un concreto procedimiento de licitación. Tiene plena eficacia frente a los poderes adjudicadores de todos los Estados miembros para el supuesto de los contratos sujetos a regulación armonizada y pretende una mayor simplificación documental mediante la sustitución de las diversas declaraciones nacionales requeridas a los operadores económicos interesados en una licitación por un formulario único establecido a nivel europeo y que esté disponible en las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión¹².

En atención a esta descripción, las principales características del DEUC – y que resultan ser también sus mayores fortalezas – son las siguientes:

a. Declaración responsable. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado califica al DEUC de declaración responsable en tanto que se trata de un documento suscrito por el operador económico en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa para ser contratista¹³.

El artículo 59 de la Directiva hace referencia a su naturaleza de “declaración formal del operador económico” utilizada como

¹² Como bien apunta GALLEGRO CÓRCOLES, una de las finalidades del DEUC es simplificar, pero bien es cierto que este documento “no se caracteriza por su excesiva simplicidad, pues reproduce los cuestionarios de precalificación que venían siendo empleados, no sin crítica, en otros Estados miembros como el Reino Unido”, en GALLEGRO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, trabajo presentado en el *VIII Seminario de Teoría y Método* en Toledo, el 3 de junio de 2016.

¹³ Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública* (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2016).



prueba preliminar que sustituirá – e insistimos en ello – a la aportación inicial de la documentación establecida por el poder adjudicador para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para contratar. De esta manera, y con carácter general, únicamente deberá presentar la documentación acreditativa de su aptitud el operador económico en el cual recaiga la propuesta de adjudicación.

b. Declaración normalizada multilingüe. Por parte del operador económico, el empleo de un modelo normalizado en todos los Estados miembros le facilita la posibilidad de acudir a una contratación transfronteriza, puesto que le permite acceder fácilmente a la información sobre los requisitos documentales exigibles para participar en una licitación con independencia del Estado miembro en el que se encuentre¹⁴. Además de ello, contribuye a una mayor seguridad en el propio sistema en tanto que sustituye la obligación de cumplimentar divergentes declaraciones nacionales por un único documento establecido a nivel europeo (como su propio nombre indica)¹⁵.

¹⁴ Es preciso recordar, en primer lugar, que el depósito de certificados en línea e-Certis contiene una lista completa de los documentos y certificados que en cada Estado son susceptibles de ser utilizados como medio de prueba del cumplimiento de los requisitos previos de acceso a una licitación pública. En segundo lugar, que los formularios normalizados para la publicación de anuncios constituyen también un importante mecanismo para garantizar unas condiciones uniformes de aplicación de las Directivas, así como el establecimiento de un «Vocabulario común de contratos públicos (CPV)» para armonizar las referencias a las distintas nomenclaturas utilizadas por los poderes adjudicadores para describir el objeto de los contratos.

¹⁵ En la Propuesta de Directiva sobre contratación pública se hablaba del «pasaporte europeo de contratación pública» que sería reconocido por todos los poderes adjudicadores como prueba del cumplimiento de las condiciones de participación (artículo 59, con el contenido previsto en el Anexo XIII de la Propuesta de Directiva).

Por la otra parte, el poder adjudicador se encuentra ante el DEUC como un formulario de máximos, puesto que para cada contrato que esté sometido a regulación armonizada deberá establecer qué clase de información requiere de los candidatos o licitadores en atención a los documentos, declaraciones y/o certificados que sean adecuados al objeto contractual. Es decir, el órgano de contratación tiene libertad para acomodar el formulario a sus necesidades, pero siempre siguiendo el modelo normalizado previsto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, puesto que al tener un alcance general, ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro no puede ser modificado por parte del órgano de contratación incorporando nuevos contenidos.

A propósito de su consideración multilingüe, procede añadir que su finalidad es la de facilitar a los operadores económicos la traducción de los requisitos exigidos por parte del órgano de contratación y, de esta manera, ayudar a superar las barreras lingüísticas relacionadas con la falta de precisión en la redacción – y en la propia comprensión – respecto de las exigencias documentales. Ahora bien, al igual que sucede en el supuesto de los anuncios de licitación, entiendo que el texto publicado en la lengua oficial del Estado miembro del poder adjudicador será el único auténtico en caso de existir divergencias entre versiones lingüísticas.

A mi parecer, la consideración del DEUC como declaración estándar multilingüe supone que al operador económico que la presente no se le puede exigir que presente la traducción del mismo. No obstante, ello no impide que en un momento anterior a la adjudicación del contrato, se solicite a quien ha resultado adjudicatario, la documentación en la lengua oficial del Estado donde se va a ejecutar la prestación contractual o bien, si dicho Estado tiene varias lenguas oficiales, en alguna de ellas, o en



cualquier otra lengua que ese Estado miembro haya aceptado expresamente¹⁶.

c. Electrónico. Uno de los objetivos previstos en las nuevas Directivas sobre contratación pública es la transición a un sistema de contratación plenamente electrónico para octubre de 2018. El reto es que, para esta fecha, los operadores económicos sean capaces de presentarse a una licitación por vía electrónica en cualquier Estado miembro y que para el año 2019, la facturación electrónica sea una realidad en la toda la UE¹⁷.

En esta línea de favorecer una contratación pública electrónica, el artículo 59.2 párrafo segundo de la Directiva 2014/24/UE, prescribe que el DEUC se ofrecerá exclusivamente en formato electrónico, requiriendo, por tanto, que sea emitido, transmitido y recibido en dicho formato¹⁸. Ahora bien, dado que

¹⁶ Por lo que se refiere a las lenguas cooficiales en España, cabe indicar que en la Instrucción 1/2016, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, ofrece instrucciones para cumplimentar el DEUC e incluye el formulario normalizado en versión catalana. Igualmente, desde la página web de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico de la Generalitat Valenciana, puede descargarse el formulario (en pdf. rellenable) en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Valenciana <http://www.hisenda.gva.es/web/subsecretaria/contratacion> [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016]. Por su parte, Galicia también facilita en lengua gallega orientaciones para cumplimentar el DEUC a través de la Recomendación 1/2016, de 7 de julio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia.

¹⁷ Artículo 11 de la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública (DOUE L 133, de 6 de mayo de 2014).

¹⁸ En esta materia resulta de interés, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; MARTÍN DELGADO, I., "La contratación pública electrónica", en la obra

la propia Directiva posibilita que los Estados miembros aplacen el cumplimiento de esta obligación hasta el 18 de abril de 2018¹⁹, hasta ese día está prevista la coexistencia de la versión electrónica y en soporte papel.

La cumplimentación del DEUC electrónico tiene lugar a través de la aplicación habilitada a estos efectos: el servicio en línea DEUC electrónico al que se puede acceder a través de <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdl>. Este servicio en línea permite a los órganos de contratación crear un modelo de DEUC (o reutilizar un modelo ya utilizado en un procedimiento anterior) que está disponible únicamente por vía electrónica y está pensado para resultar interoperable en toda Europa bajo un formato XML o PDF. El operador económico interesado en la adjudicación de un contrato importará dicho modelo, cumplimentará los datos necesarios, lo descargará y presentará telemáticamente junto con los demás documentos requeridos por el órgano de contratación.

Según se recoge en el documento de preguntas frecuentes sobre el DEUC electrónico "funciona con las versiones más recientes de los navegadores más habituales, como Chrome, Internet Explorer, Firefox, Safari y Opera. Para evitar posibles problemas, se recomienda utilizar las versiones más recientes de dichos navegadores. Debe tener en cuenta que ciertas funciones, como descargar un fichero, no se pueden realizar en los teléfonos inteligentes, ni en las tabletas"²⁰.

Respecto de la versión en papel, el órgano de contratación: (i) bien adjunta el modelo de DEUC al pliego de cláusulas

colectiva Tratado de Contratos, vol. XVI, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 277 - 326

¹⁹ Artículo 90.3 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁰ <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16002/attachments/1/translations/es/renditions/native> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2016].



administrativas adaptándolo a cada contrato según el modelo previsto en el Anexo II del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7, de 5 de enero de 2016, o (ii) bien facilita una dirección electrónica y la referencia concreta al procedimiento de adjudicación para que el operador económico lo importe, lo cumplimente, genere su DEUC en formato PDF, lo imprima y lo incorpore al sobre de documentación administrativa o – en caso de permitirse – envíe electrónicamente el fichero PDF adjuntándolo como anexo.

d. Reutilizable. El DEUC presentado en el marco de un procedimiento de contratación pública anterior puede volver a utilizarse siempre que la información transmitida siga siendo válida. La reutilización del DEUC para los órganos de contratación supone que no tengan que crear un modelo nuevo para cada procedimiento de adjudicación y para los operadores económicos que tengan la posibilidad de utilizar nuevamente los datos y la información ya facilitada en otra licitación.

Esta característica conecta directamente con el derecho del operador económico a no presentar documentos que ya obren en poder del órgano de contratación (artículo 59.5 segundo párrafo de la Directiva 2014/24/UE, cuya aplicación puede aplazarse por parte de los Estados miembros hasta el 18 de octubre de 2018). De esta manera, y bajo la máxima de «solo una vez»²¹, los poderes adjudicadores cuando tienen autorización para ello, deberían reutilizar internamente estos datos con el objetivo de que ni los ciudadanos, ni las empresas tengan que soportar más cargas documentales que las necesarias.

e. Obligatorio. A mi modo de ver, la característica más importante del DEUC es que su uso resulta obligatorio en la adjudicación de los contratos a los que son de aplicación la Directiva 2014/24/UE. Esto es: (i) por razón de sujeto, que el

²¹ *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 Acelerar la transformación digital de la Administración*, COM (2016) 179 final, de 19 de abril de 2016, pág. 4.

órgano de contratación tenga la condición de poder adjudicador; (ii) por razón de objeto, que se trate de la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios; (iii) por razón de los umbrales económicos del contrato, es decir, cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros en los contratos de obras, 135.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y 209.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales²², y (iv) por razón de procedimientos en el caso de un procedimiento abierto, restringido, negociado con publicidad, diálogo competitivo o asociaciones para la innovación.

Esta obligatoriedad también se predica de los contratos sometidos a la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») en cuanto sirve de prueba preliminar en la aplicación de los motivos de exclusión y de los criterios de selección del contratista en el caso que sea pertinente por razón del sujeto contratante (poder adjudicador o entidad adjudicadora)²³.

²² Los umbrales aplicables, así como su contravalor en las monedas nacionales de los Estados miembros cuya moneda no es el euro, se revisan cada dos años y son aprobadas mediante Reglamento de la Comisión. Los umbrales hoy en vigor se han actualizado por parte del Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, por el que se modifica la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 307, de 25 de noviembre de 2015).

²³ A este respecto véanse el considerando nonagésimo segundo de la Directiva 2014/25/UE al señalar que "Se prevé, por tanto, que las entidades adjudicadoras puedan aplicar los criterios de selección contemplados en dicha Directiva y que, cuando lo hagan, estén obligadas a aplicar algunas disposiciones relativas, en particular, al límite máximo de los requisitos sobre volumen de negocios mínimo, así como sobre la utilización del documento europeo único de contratación"



Respecto del resto de contratos, más concretamente respecto de aquellos que no están sujetos o están sometidos parcialmente a las normas procedimentales de las Directivas 2014/24/UE o 2014/25/UE, los Estados miembros podrán establecer en su normativa interna – o dejar que los poderes y las entidades adjudicadores sean los que decidan – si el DEUC puede también utilizarse. Del mismo modo, los Estados miembros podrán establecer, o igualmente dejar que los órganos de contratación decidan, si el DEUC puede servir de prueba preliminar para justificar el cumplimiento de los requisitos para resultar concesionario, independientemente de que estén sujetos o no a las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»).

En este contexto de obligatoriedad, la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta dos circunstancias que tienen como punto de partida la fecha del 18 de abril de 2016. Ese día finalizó el plazo dado por las Directivas – y más concretamente por el artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE – para que los Estados miembros incorporasen a sus legislaciones nacionales las prescripciones de estas Directivas, salvo las excepciones ya comentadas²⁴. Finalizado ese plazo, y sin que se haya dado cumplimiento a la necesaria transposición, la

y el considerando segundo del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016 “El DEUC también debe estar a disposición de las entidades adjudicadoras que están sujetas a la Directiva 2014/25/UE y que, al aplicar los criterios de exclusión y de selección previstos en la Directiva 2014/24/UE, deben hacerlo de la misma forma y en las mismas condiciones que los poderes adjudicadores”.

²⁴ El artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE prevé distintas fechas de plazo de transposición para la incorporación a los ordenamientos internos de los derechos que contempla. Así, el apartado segundo tiene como plazo máximo de transposición el 18 de abril de 2018 y el apartado quinto, el 18 de octubre de 2018 (artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE).

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo de las disposiciones de las Directivas que sean claras, precisas e incondicionales²⁵.

En atención a lo dispuesto en el artículo 59.1 de la Directiva, "en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación". Su tenor responde a la exigencia de resultar claro, preciso e incondicional y, por tanto, de ello se deriva que es de aplicación directa en los Estados miembros a partir del 18 de abril de 2016, siempre que con anterioridad a esta fecha no hubieran adaptado sus legislaciones internas.

Además de ello, y como segunda de las circunstancias a tener en consideración, la obligación de establecer un formulario uniforme para cumplimentar el DEUC se ha visto cumplido con la aprobación del modelo normalizado que establece el ya citado

²⁵ En particular, las sentencias de 19 de enero de 1982, *Becker*, 8/81, apartado 25; de 10 de septiembre de 2002, *Kügler*, C-141/00, apartado 51; de 17 de febrero de 2005, *Linneweber y Akritidis*, asuntos acumulados C-453/02 y C-462/02, apartado 33 y la más reciente de 16 de julio de 2015, *Larentia + Minerva*, asuntos acumulados C-108/14 y C-109/14, apartados 48 y 49. Sobre esta materia, resulta también de interés la lectura de los siguientes documentos: 1. La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de marzo de 2016); 2. El Documento de trabajo de los Tribunales administrativos de recursos sobre los efectos jurídicos de las Directivas y 3. El Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, sobre los contenidos de la Directiva 2014/24/UE que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016. Asimismo, GIMENO FELIÚ, J. M^a., "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español", *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR núm. 30 (2016).



Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. Este reglamento, conforme al artículo 288, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. En base a ello resulta obligatorio en los Estados miembros a partir de su entrada en vigor – el 26 de enero de 2016 si es que el Estado miembro ya hubiera transpuesto la Directiva – o como máximo en la fecha del 18 de abril de 2016, que era la fecha máxima prevista para la transposición de las Directivas sobre contratación pública a los derechos nacionales de los Estados miembros²⁶.

Por lo tanto, la implantación del DEUC no se formula en términos potestativos para los Estados miembros cuando por razón de objeto, sujeto y umbrales económicos resulten aplicables estas disposiciones europeas. En estas circunstancias, y habida cuenta de lo dicho, los Estados miembros deben garantizar la aplicación efectiva del DEUC y cumplir con sus requerimientos cuando los importes de los contratos superen los umbrales económicos fijados por las Directivas. Por debajo de estos umbrales, y para contratos no sometidos a las Directivas, hay que estar a lo dispuesto en cada normativa nacional.

2. Contenido

El Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, estructura su contenido en una parte expositiva, una parte articulada y dos anexos. En la parte expositiva se declara, a través de distintos considerandos, la finalidad perseguida con el

²⁶ El artículo 2 de este Reglamento dispone que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE y “a partir del momento en que entren en vigor las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y, a más tardar, a partir del 18 de abril de 2016, se utilizará para los fines de la elaboración del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del presente Reglamento”.

DEUC. Así, de los considerandos primero y cuarto, se constata la voluntad del legislador de reducir las cargas administrativas que soportan los poderes, entidades adjudicadores y operadores económicos en la adjudicación de contratos públicos, simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos acreditativos de la capacidad del licitador o candidato para ejecutar el contrato. La parte articulada tiene dos únicos artículos en los que se concreta la fecha de entrada en vigor de sus disposiciones y, por último, los dos anexos comprenden, de una parte, las instrucciones para la utilización del DEUC (anexo I) y, de otra, el formulario normalizado del DEUC propiamente dicho (anexo II).

Este anexo II distingue dos grandes bloques de información: el que se refiere al órgano de contratación – que debe completar el poder adjudicador o entidad adjudicadora – y el referido al operador económico – que deberá cumplimentar el candidato o licitador en base a la información que le es requerida – y que no esté ya a disposición del órgano de contratación – puesto que el formulario normalizado se plantea en términos de máximos e, incluso, el propio Reglamento dispone que “los poderes y entidades adjudicadores podrán, por voluntad propia o por exigencia de los Estados miembros, limitar la información requerida sobre los criterios de selección a una sola pregunta, a saber, si los operadores económicos cumplen o no todos los criterios de selección necesarios”.

En atención a estos bloques de información, el documento europeo único de contratación contiene las siguientes secciones:

- Parte Información sobre el procedimiento de contratación y
- I: el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Nombre, direcciones y punto(s) de contacto en atención a los anuncios de licitación publicados.



Parte Información sobre el operador económico. Respecto
II: de esta información hemos de destacar el apartado referido a su identificación, si está o no inscrito en una lista oficial de licitadores autorizados, si acude a la licitación en una unión temporal de empresas, si recurre a la capacidad de una u otras entidades o a la subcontratación.

Parte Motivos de exclusión – prohibiciones de contratar:
III.

A: Motivos referidos a condenas penales (su aplicación es obligatoria en virtud del artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE).

B: Motivos referidos al pago de impuestos o pago de cotizaciones a la seguridad social (su aplicación es también obligatoria en virtud del artículo 57.2 de la Directiva 2014/24/UE en caso de resolución firme y vinculante. Cabe señalar que la legislación nacional de algunos Estados miembros puede establecer la obligatoriedad de la exclusión también cuando la resolución no sea firme y vinculante).

C: Diversos motivos de exclusión previstos en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE. Se trata de las prohibiciones de contratar facultativas para los Estados miembros.

D: Otros motivos de exclusión, no previstos en la Directiva 2014/24/UE y que sean compatibles con el Derecho de la Unión y con la jurisprudencia del TJUE.

Parte Criterios de selección:
IV.

A: Idoneidad

-
- B: Solvencia económica y financiera
 - C: Capacidad técnica y profesional
 - D: Sistemas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental
- Parte Reducción del número de candidatos cualificados.
- V. Dado que se trata de información que deben aportar los candidatos – y no los licitadores – sólo se deberá cumplimentar cuando se trate de procedimientos restringidos, negociados con publicidad y de diálogo competitivo.
- Parte Relativa a las declaraciones finales. En las que el
- VI. operador económico manifiesta, bajo su responsabilidad, que la información que ha facilitado es exacta y veraz y que ha sido facilitada con pleno conocimiento de las consecuencias de una falsa declaración de carácter grave; que consiente que el poder adjudicador acceda a los documentos justificativos de dicha información; que puede aportar los certificados y otros tipos de pruebas documentales cuando lo requiera el poder adjudicador. Fecha, lugar y firma(s): [.....]

Respecto del modo de acreditar la voluntad del licitador o candidato, cabe indicarse que puede resultar innecesario rubricar con una firma el DEUC si este forma parte de un conjunto de documentos transmitidos cuya autenticidad e integridad ya están garantizadas a través de la firma/s preceptivas respecto del medio de transmisión. Por ejemplo, si la oferta y el correspondiente DEUC en un procedimiento abierto se envían a través de un mensaje de correo electrónico provisto de una firma electrónica del tipo requerido, la firma o firmas adicionales en el propio DEUC podrían no ser necesarias. La firma electrónica del DEUC podría también ser innecesaria si el documento se integra en una



plataforma de contratación electrónica y se exige la autenticación electrónica para utilizar dicha plataforma.

No obstante, si el órgano de contratación lo requiere, el DEUC electrónico deberá estar firmado. Eso quiere decir que el licitador ha de descargar primero el archivo XML y utilizar su herramienta de firma electrónica para firmarlo. Si no fuera posible, el DEUC deberá imprimirse en formato PDF y firmarse a mano.

III. REFLEXIONES FINALES

El DEUC constituye una de las principales novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE con el fin de reducir la carga burocrática asociada a las licitaciones públicas, contribuir a una mayor simplificación de los procedimientos de adjudicación y, de esta manera, contribuir a la transición hacia la plena contratación pública en línea. Se configura como una declaración formal del operador económico mediante la cual manifiesta cumplir con los requisitos para contratar y que sirve al órgano de contratación de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas y/o por terceros.

La adopción del DEUC supone que al licitador o candidato se le libera de la obligación inicial de presentar cuantos documentos prueben el cumplimiento de los criterios de selección del contratista, puesto que – como regla general – únicamente el adjudicatario deberá presentar todos los certificados y documentos justificativos que requiera el órgano de contratación. Conviene, no obstante, incidir en la idea de que no se trata de un supuesto de exoneración de la obligación de cumplir con los requisitos exigidos para contratar en el momento de finalizar el plazo de presentación de solicitudes, sino de una excepción al requisito formal de presentar la documentación que así lo acredita, bajo la advertencia de que incurrir en falsedad o

inexactitud al efectuar esta declaración es causa de prohibición de contratar.

Atendiendo a lo dispuesto en la normativa europea, el DEUC tiene plena eficacia frente a los poderes adjudicadores de todos los Estados miembros para el supuesto de los contratos sometidos a la Directiva 2014/24/UE (artículo 59 de esta misma Directiva y Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016).

La obligatoriedad de su aceptación por parte de los poderes adjudicadores está fuera de toda duda para el supuesto de los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada (artículo 59, apartados 1 y 4 de la Directiva 2014/24/UE). En estos supuestos, los órganos de contratación no tienen la posibilidad de decidir si sustituyen la aportación inicial de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos por el DEUC, puesto que en atención al tipo de procedimiento y de contrato, existe la obligación de utilizar el formulario normalizado establecido por la Comisión Europea. No obstante, a pesar de que su uso no es potestativo para los poderes adjudicadores, lo cierto es que los órganos de contratación tienen libertad para aprobar un modelo de DEUC acomodándolo a las exigencias de cada contrato entre el contenido máximo que se recoge en el citado Reglamento (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

Su eficacia frente a cualquier poder adjudicador de cualquier Estado miembro es su mayor fortaleza. Ello lleva implícito un reconocimiento mutuo de los sistemas de clasificación, listas oficiales de operadores económicos autorizados y/o procedimientos de calificación de proveedores bajo la idea de confianza en los procedimientos que se establezcan para certificar los contenidos del DEUC.

En los supuestos de contratos sujetos a regulación armonizada, la normativa nacional sólo será conforme con el Derecho de la Unión si atiende a esa exigencia de simplificación



documental. Esto no obsta para que se puedan seguir utilizando – por debajo de los umbrales económicos de aplicación de las Directivas y para los contratos no sometidos a sus postulados – los modelos de declaraciones responsables ajustados al sistema jurídico de cada Estado miembro, como sucede con el supuesto de la declaración responsable que contempla el artículo 146.4 del TRLCSP.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J., *Claves para una contratación pública electrónica eficaz*, La Ley - El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 298, noviembre 2009, págs. 43 - 53.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública e innovación tecnológica”, Estudio presentado en el *VIII Seminario de Teoría y Método* en Toledo, el 3 de julio de 2016.

GIMENO FELIÚ, J. Ma, “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR núm. 30 (2016)

MARTÍN DELGADO, I., “Contratación pública vs. Administración electrónica. Hacia la plena aplicabilidad de la LAE en materia de contratación pública”, en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 250-275.

MARTÍN DELGADO, I., “La contratación pública electrónica”, en la obra colectiva *Tratado de Contratos*, vol. XVI, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 277 - 326.



-
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "La apuesta europea por la contratación pública electrónica como buque insignia de la Administración electrónica", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 22, 2010, págs. 69 - 83.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "El Documento Europeo Único de Contratación: Un paso más para reducir la carga burocrática en la contratación pública", en la obra colectiva *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, págs. 247 - 272.
- PINTOS SANTIAGO, J., "El Documento Europeo Único de Contratación (DEUC)", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143, mayo 2016.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

"EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN PODER DE LA ADMINISTRACIÓN REGIONAL

Seis notas prácticas y una dificultad superada en parte

D. Manuel Peláez Muras

Cuerpo Superior Jurídico de la Administración de Castilla-La
Mancha (en excedencia)

Técnico Jurídico de la Comisión Nacional del Mercado de
Valores²⁷

Fecha de finalización del trabajo: noviembre 2016

RESUMEN

Fuera de los órganos con competencias específicas en materia de medio ambiente, seguramente el derecho de todas las personas a acceder a la información ambiental sea un gran desconocido.

²⁷ Son bienvenidos todo tipo de comentarios en manuelpelaezmuras@gmail.com.

Las opiniones expresadas en este escrito reflejan exclusivamente el criterio del autor y no deben ser atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.



Plenamente vigente la Ley estatal de Transparencia y a punto de aprobarse una Ley autonómica en la misma materia, parece oportuno recordar algunos perfiles básicos de ese derecho que, en muchos aspectos, precede —y todavía supera— al régimen general de transparencia y acceso a la información pública.

En concreto este trabajo aporta tres notas prácticas muy básicas dirigidas a los compañeros que tengan que lidiar con solicitudes de acceso a información ambiental (punto II), a saber: las solicitudes de acceso a la información ambiental se estiman por silencio administrativo en un plazo brevísimo; todos los órganos de la Administración Pública están sujetos a la Ley de Información Ambiental, tengan o no competencias sustantivas en la materia; cualquier persona, interesada o no, tiene derecho a acceder a esta información.

Además, se aborda la problemática de las tasas exigibles por la entrega de información ambiental, tema en el que, según se defiende, Castilla-La Mancha se encontraba en una situación dudosa —en realidad, todavía no superada del todo— hasta hace bien poco, concluyendo con otros tres consejos prácticos también en este ámbito (puntos V y VI). Para ello, nos parece oportuno repasar antes algunos conceptos y principios básicos sobre la situación del derecho internacional y europeo en el ámbito doméstico (puntos III y IV: primacía, interpretación conforme, desplazamiento e inaplicación de las normas nacionales contrarias a las europeas).

PALABRAS CLAVE

Medio ambiente, información pública, silencio administrativo, tasas.

ABSTRACT

Aside from the bodies which hold substantial competences in environment, the right for everybody to access environmental information is probably a great unknown. Once the national Transparency Law is in full force and Castilla-La Mancha is on the verge of passing its own Transparency Law, it seems convenient

to recall certain basic features of the above cited right, which in many ways precedes —and goes beyond— the general regime on transparency and public access to information.

More specifically this paper provides, three very basic, practical indications for colleagues who have to deal with requests for access to environmental information (point II), i.e.: requests shall be considered accepted if no express reply is given within a very short timeframe; all of the bodies and organs of the public administration are under the Environmental Information Act, whether they have substantive competences in environment or not; any person is entitled to have access, regardless of their having a specific interest in the matter.

Further, this paper addresses the problem of the fees applicable to the delivery of environmental information, an issue where, as the author claims, Castilla-La Mancha has been in a dubious situation until quite recently —in fact, not yet completely overcome— and concludes with three additional practical advises as to the fees (points V and VI). To this end, we deem it appropriate to review before certain basic concepts about the status of International and European law within the domestic sphere (points III and IV: primacy, interpretation in conformity with Union Law, setting aside and inapplicability of conflicting national rules).

KEYWORDS

Environment, public information, failure to respond requests, fees.

SUMARIO

I. Introducción. El derecho de acceso a la información ambiental: protección “multinivel” y concurrencia de órdenes normativos

II. Notas prácticas fundamentales sobre el ejercicio de este este derecho



-
- 1. Las solicitudes de acceso a la información ambiental se estiman por silencio administrativo en sólo un mes**
 - 2. Todos los órganos de la Administración, ambientales o no, están sujetos a la Ley de Acceso a la Información Ambiental**
 - 3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información ambiental, tengan o no la condición de interesados**
- III. El valor del convenio de Aarhus en el derecho nacional y de la unión**
- IV. El valor de la directiva de acceso a la información ambiental en el derecho interno**
- V. Las contradicciones entre la Ley de Tasas y la Directiva y el Convenio**
- VI. La superación de las contradicciones con la Ley 3/2016... ¿o no?**
- VII. Consejos prácticos en relación con las tasas**
- 1. Intentar la entrega en formato o por canales electrónicos**
 - 2. No exigir las tasas con carácter previo, pero informar sobre las mismas**
 - 3. Interpretación estricta del hecho imponible**
- I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: PROTECCIÓN “MULTINIVEL” Y CONCURRENCIA DE ÓRDENES NORMATIVOS**

Por una serie de razones que se comprenden casi intuitivamente y no es cuestión de exponer en detalle ahora, garantizar y facilitar el acceso a la información ambiental en poder de las Administraciones públicas por parte de los medios de

comunicación social, de las organizaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente y de los ciudadanos en general es crucial para proteger el medio ambiente.

TRIAS PRATS lo resume muy bien (2012:395):

«[...] el acceso a la información ambiental no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento orientado a la consecución de una multiplicidad de objetivos inmediatos (transparencia, control, participación, etc.). Y por encima de todo eso, más aún, orientado a la consecución del objetivo último y principal: la protección del medio ambiente.»

En la regulación de este derecho se siente especialmente lo que la Academia ha dado en llamar protección “multinivel”, expresión con la que no quiere expresarse otra cosa que la circunstancia de que varias normas, emanadas de diferentes instancias jurídico-políticas, concurren a regular y tutelar un mismo derecho²⁸.

²⁸ Para una aproximación al concepto de gobernanza multinivel en general v. PIATTONI, Simona (2009). «Multilevel Governance: a Historical and Conceptual Analysis» *Journal of European Integration*, 31:2, 163-180.

Desde una perspectiva más jurídica, PERNICE, Ingolf (2012). «La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización.» Madrid. CEU Ediciones.

Finalmente, en cuanto a la protección multinivel de los derechos humanos, cfr. URUEÑA, René (2013). «¿Protección multinivel de los derechos humanos en américa latina? Oportunidades, desafíos y riesgos.» En BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.17-21.



En efecto, en el acceso a la información ambiental en poder de la Administración de la Junta de Comunidades confluyen una multiplicidad de normas procedentes de cuatro niveles o instancias territoriales distintas —internacional general, europeo, nacional y autonómico.

Esas normas son, principalmente, las siguientes:

i) Normas de derecho internacional

- Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998 (Convenio de Aarhus)²⁹, que ha sido suscrito tanto por el Reino de España como por la entonces Comunidad Europea³⁰.

ii) Normas de la Unión Europea

- Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, del Consejo³¹.

²⁹ BOE de 16/2/2005 y DOUE de 17/05/2005.

³⁰ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comunidad Europea ha desaparecido. Queda sustituida por la Unión Europea, a la que se reconoce personalidad jurídica propia, como organización que agrupa los antiguos “tres pilares” del proceso de construcción europea (el pilar comunitario de las políticas supranacionales o “comunitarizadas” que gestionaba la CE y los dos pilares intergubernamentales: Política Exterior y de Seguridad Común y Cooperación Judicial y Policial en materia Penal). De las tres Comunidades Europeas originarias, CEE/CE, CECA y CEEA/Euratom hoy sólo existe la última (la Comunidad Europea del Carbón y del Acero se había extinguido ya en 2002, integrándose en la CE al haberse constituido por un periodo de sólo 50 años).

³¹ Esta Directiva se completa, para los otros dos pilares del Convenio de Aarhus (participación del público y acceso a la justicia), con la Directiva

iii) Normas nacionales

- La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- Además, es de aplicación supletoria la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (DA primera.2 y 3).

iv) Normas autonómicas

- Ley 9/2012, de 29 de noviembre, de Tasas y Precios Públicos de Castilla-La Mancha y otras medidas tributarias.
- Además, se encuentra en trámite parlamentario una Ley de Transparencia propia que, al igual que la estatal, sería de aplicación supletoria en el ámbito de la información medioambiental³².

Por otra parte, hay que tener en cuenta las disposiciones sobre régimen jurídico y procedimiento aplicables en la Administración de la Junta de Comunidades. Al dar respuesta a solicitudes de acceso a la información ambiental, la Administración autonómica ejerce una potestad administrativa y, para ello, debe tramitar un procedimiento administrativo que desemboque en un acto decisorio o resolución (la que concede o deniega, en todo o en parte, el acceso a la información solicitada)³³.

2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE

³² DA octava del Proyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. Publicado en el BOCCLM de 3 de octubre de 2016.

³³ Lógicamente, la sustanciación previa de un procedimiento, y demás requisitos formales, pierde importancia en la medida en que la decisión, formalizada o no, sea positiva, dando acceso efectivo a toda la información solicitada. A modo de ejemplo, sería absurdo tramitar un procedimiento y emitir una resolución ante la solicitud de quien se



A este respecto, el artículo 10.1 de la Ley 27/2006 determina que las solicitudes de información "se tramitarán de acuerdo con los procedimientos que se establezcan al efecto", pero como hasta la fecha no se ha regulado un procedimiento especial ni a nivel estatal ni en nuestra Comunidad autónoma, será aplicable el procedimiento administrativo común y demás normas de la legislación general de régimen y procedimiento en todo cuanto no prevean las disposiciones especiales (Convenio, Directiva, Ley de acceso a la información ambiental, Leyes de transparencia y de tasas). Por tanto, a las normas enumeradas más arriba debemos añadir, por lo menos, estas otras cuatro:

i) Normas estatales

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(No obstante, para las solicitudes presentadas antes del 2 de octubre de 2016, seguiría rigiendo la Ley 30/1992, de 26 de

presenta en las oficinas de una Dirección Provincial de Agricultura pidiendo que se le facilite una copia de las normas de uso y gestión de un parque natural. ¡Esas normas son públicas! El funcionario responsable debe facilitárselas sin más trámite. Lo mismo vale para cualquier otra información ya procesada y lista para entregar al público (cartas de servicios, normas legales, folletos).

Sin embargo, fuera de casos tan obvios como los indicados, hay que obrar con cautela. Es posible que al acceso se contrapongan otros intereses jurídicos públicos (confidencialidad de ciertos procedimientos de adopción de decisiones, la misma protección del medio ambiente que podría verse turbada si, por ejemplo, se revelase donde habitan ciertas especies protegidas, exponiéndolas a la caza furtiva) o intereses de terceros (v.gr., expedientes de instalaciones que contengan algún elemento protegido por el secreto comercial o industrial), que deben ser oídos y tenidos en cuenta, en todo caso, en el seno de un procedimiento formal (art. 8, 53 e) y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la DT tercera de la LPA 2015.)

ii) Normas autonómicas

- Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Ley 3/1984, de 25 de abril, sobre Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

II. NOTAS PRÁCTICAS FUNDAMENTALES SOBRE EL EJERCICIO DE ESTE ESTE DERECHO

La práctica administrativa revela dos equívocos habituales a la hora de enfrentarse a solicitudes de acceso a la información ambiental: la Ley de Acceso a la Información Ambiental sólo se aplica a las Autoridades ambientales (falso) y sólo pueden acceder a la información ambiental los interesados (falso también).

Además, la normativa reguladora de estas solicitudes presenta un aspecto que es del mayor interés para las personas responsables de gestionar las solicitudes: *las solicitudes de acceso a la información ambiental se estiman por silencio administrativo en el plazo de un mes.*

1. Las solicitudes de acceso a la información ambiental se estiman por silencio administrativo en sólo un mes

Seguramente ésta es la cuestión que más debe preocupar a los gestores de las solicitudes, ya que un descuido puede dar lugar, en un plazo especialmente corto —sólo un mes, y dos de manera excepcional— a que deba entregarse la información a quien (o en lo que) no se debía porque con ello van a padecer en exceso los



intereses de la Administración o de terceros o la propia defensa y protección del medio ambiente (v. art. 13 de la Ley).

El plazo máximo de duración del procedimiento es de "un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla", con carácter general (art. 10.2 c) 1º). Únicamente si "el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible cumplir el plazo antes indicado" ese plazo podría ampliarse hasta un total global de dos meses, pero "en este supuesto deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de un mes [dentro del mismo plazo original de un mes que computa desde la presentación, debe entenderse], de toda ampliación de aquél, así como de las razones que lo justifican" (art. 10.2 c) 2º).

En cuanto al sentido del silencio administrativo, es positivo en virtud de la regla general de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 24) por el simple hecho de que ninguna norma con rango de ley, ni estatal ni autonómica, establece otra cosa.

Ahora bien, cumple aclarar que tampoco estaría facultada la Comunidad Autónoma para aprobar una ley o decreto-legislativo que atribuyese efectos negativos a este tipo de solicitudes. El silencio (valga la redundancia) de la Ley 27/2006 sobre el sentido del silencio administrativo no es una simple omisión, sino que es deliberado y buscaba, precisamente, que tuviera efectos positivos según las reglas generales y tanto se viola la legislación básica cuando se establecen regulaciones contrarias a su tenor literal como cuando se aprueban prescripciones que «impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal» (STC 243/1994, de 21 de Julio, FJ 3).

En este sentido, la frase final del artículo 4.1 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, predecesora de la vigente Ley 27/2006, establecía que "si venciese este plazo sin que hubiera recaído resolución expresa del órgano competente, la solicitud se

entenderá desestimada”. No obstante, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, suprimió esa referencia con la finalidad expresa de suprimir el silencio negativo (exposición de motivos, apartado VI *in fine*). De ahí pasa directamente a la Ley vigente.

2. Todos los órganos de la Administración, ambientales o no, están sujetos a la Ley de Acceso a la Información Ambiental

Un equívoco muy habitual parte de considerar que sólo disponen de información ambiental los órganos administrativos a los que se atribuye de manera específica la defensa, protección o gestión de los recursos naturales, es decir, y por lo que se refiere a nuestra Comunidad Autónoma, los órganos de la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural, según la estructura establecida por el Decreto del Presidente 46/2015, de 5 de julio. La información obrante en otras dependencias administrativas no sería de naturaleza ambiental y escaparía a la disciplina de la Ley 27/2006.

De esto se seguiría que la Ley de Acceso a la Información Ambiental sólo alcanza a esos órganos.

Pues bien, de entrada, es evidente que también otros departamentos y ramas de la Administración poseen información sobre el estado de los recursos naturales o sobre las medidas que afectan a esos recursos. Por dar sólo algunos ejemplos, los órganos y servicios de la Consejería de Fomento tienen información sobre obras públicas y otras infraestructuras de clara incidencia ambiental (proyectos de carreteras e infraestructuras



hidráulicas, instalaciones de radiocomunicación³⁴), lo mismo que los de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo (instalaciones de producción y transporte de energía). Hasta departamentos aparentemente tan “inocuos” para el medio ambiente como la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas³⁵ e, incluso, la Vicepresidencia³⁶ pueden poseer información ambiental.

En este sentido, es totalmente indiferente que el órgano al que se dirija una solicitud de acceso a información ambiental carezca de competencias en materia de medio ambiente. La Ley de Acceso a la Información Ambiental se aplica, y el derecho de acceso a dicha información puede ejercerse, en relación con toda aquella información ambiental que se encuentre a disposición de cualquier órgano de la Administración regional, aunque no sea uno de los órganos competentes en materia de medio ambiente.

Así resulta del considerando 11 de la Directiva 2003/4/CE:

³⁴ V. Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las Instalaciones de Radiocomunicación en Castilla-La Mancha.

³⁵ De acuerdo con el Decreto 82/2015, de 14 de julio, entre otras atribuciones con incidencia sobre el medio ambiente, esta Consejería administra el Fondo Regional de Cooperación local, que financia inversiones en obras y equipamientos municipales (v. art. 78 y ss. de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha), gestiona el parque móvil de la Junta y tiene ciertas potestades horizontales sobre todo el patrimonio y la contratación pública de la Administración regional.

³⁶ Conforme al Decreto 80/2015, de 14 de julio, la Dirección General de Relaciones Institucionales y Asuntos Europeos, adscrita a la Vicepresidencia, tiene funciones de coordinación de los expedientes de infracción abiertos a España como consecuencia de incumplimientos del derecho de la Unión en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma (lo que puede incluir incumplimientos de las normas ambientales de la UE).

«[...] la definición de autoridades públicas debe ampliarse para incluir al gobierno y a las demás administraciones públicas nacionales, regionales y locales, *tengan o no responsabilidades concretas en materia de medio ambiente.*»³⁷

Del mismo modo, el artículo 10.1, párrafo segundo de la Ley 27/2006 asigna la competencia para resolver las solicitudes de acceso a las autoridades que posean la información, sin hacer referencia alguna a su ámbito material de competencias³⁸.

Además, el concepto normativo de información ambiental es tan amplio que es difícil pensar en un sólo órgano administrativo que pueda “quedar a salvo” porque nunca vaya a tener información ambiental en un momento dado. De manera resumida, es ambiental toda información sobre los elementos del medio (tierra, agua, aire, espacios protegidos) y sobre los factores que puedan incidir sobre ellos (contaminación, energía, radiaciones y medidas públicas), así como sobre la salud y seguridad de las personas y el patrimonio histórico, cultural y artístico y las construcciones, en

³⁷ La cursiva es nuestra, tanto arriba como en el texto siguiente.

Igualmente, la exposición de motivos de la Ley proclama que “pretende superar algunas de las dificultades detectadas en la práctica anterior, de forma que la obligación de suministrar la información *no deriva del ejercicio de una competencia sustantiva* sino del hecho de que la información solicitada obre en poder de la autoridad a la que se ha dirigido la solicitud”.

³⁸ Dice así: “Se entenderá por autoridad pública competente para resolver una solicitud de información ambiental, aquella en cuyo poder obra la información solicitada, directamente o a través de otros sujetos que la posean en su nombre”



la medida en la que puedan verse afectados por cualquiera de los anteriores elementos y factores³⁹.

La Ley es singularmente exhaustiva al definir las medidas de las autoridades públicas que se considera incluidas en la noción de información ambiental:

«Las medidas, incluidas las medidas administrativas, como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos.» (Art. 2.3 c.)

Nótese, por los vocablos “incluidas” y “como”, que la enumeración es simplemente enunciativa y abierta, abarcando tanto actuaciones jurídicas formalizadas (normas, planes, programas y acuerdos) como la pura actividad material o técnica. A la vista de una definición tan extensa el Tribunal de Justicia ha declarado que «[...] el legislador comunitario se abstuvo de dar al concepto de “información sobre medio ambiente” una definición que pudiera excluir algunas de las actividades que desarrolla la actividad pública, sirviendo el término “medidas” tan solo para precisar que entre los actos contemplados por la Directiva deben incluirse todas las formas de ejercicio de la actividad administrativa⁴⁰.»

³⁹ V. artículo 2.3 de la Ley y artículo 2.1 de la Directiva 2003/4/CE.

⁴⁰ Por todas, la cit. Sentencia *Mecklenburg*, de 17 de junio de 1998, asunto C-321/96, párr. 20. En esta sentencia el Tribunal aplica la derogada Directiva 90/313, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente que es sustancialmente igual a la vigente en lo que ahora nos importa.

De acuerdo con ello, constituyen información ambiental tanto las medidas que tienen efectos jurídicos directos hacia el exterior de la organización (es decir, las normas o disposiciones de carácter general y los actos administrativos definitivos o resolutorios en derecho español), como los actos preparatorios de esas medidas en tanto en cuanto puedan influir sobre la decisión final de aprobación de una de tales medidas⁴¹ (los actos de trámite).

En consecuencia, y comoquiera que prácticamente todos los documentos incluidos en un expediente administrativo (solicitud, informes, propuestas, alegaciones, etcétera) pueden, con carácter general, influir sobre la resolución final, puede afirmarse que, con el mismo carácter, *los expedientes correspondientes a los procedimientos de adopción de medidas susceptibles de tener efectos sobre el medio ambiente son objeto, en su integridad, del derecho de acceso a información ambiental* (por ejemplo, expedientes de autorizaciones ambientales, declaraciones de impacto ambiental y procedimientos sustantivos en los que se insertan, licencias de obras en zonas naturales, adjudicación de contratos de construcción de ciertos edificios e infraestructuras, autorizaciones y licencias de caza y pesca...)⁴².

⁴¹ En *Mecklemburg*, los informes sobre impacto paisajístico emitidos en el marco de un procedimiento de aprobación de un plan de construcción si pueden influir en la decisión de aprobación del plan.

⁴² A los efectos prácticos conviene dar el mismo tratamiento incluso a los documentos que, aparentemente, no podrían tener influencia alguna sobre la decisión final, v. gr., notas interiores u oficios de simple remisión sin contenido propio, acuses de recibo de notificaciones administrativas.

Primero, porque en ocasiones puede no ser tan sencillo determinar si el documento en cuestión tiene o no esa influencia. Los acuses de recibo, por ejemplo, pueden ser determinantes si surgen dudas sobre el cómputo de los plazos. Las notas interiores y oficios pueden condicionar el contenido de la resolución final en tanto en cuanto expongan el criterio



La conclusión de todo ello, en fin, es que *virtualmente todos los órganos de la Administración están sujetos a la Ley de Acceso a*

técnico o jurídico de los servicios administrativos, informen de ciertos hechos o formulen sugerencias o propuestas de actuación.

Segundo, porque, en abstracto, no se aprecia razón alguna para ocultar documentos accesorios y secundarios, pues precisamente en razón de esa accesoriedad no habría razón alguna para ocultarlos.

Tercero y último, porque sustraer estos documentos del ámbito de la Ley 27/2006 obligaría a resolver una misma solicitud de acceso a través de dos procedimientos diferentes con resultados claramente disfuncionales. Uno, con arreglo a la propia Ley 27/2006, para los documentos comprendidos en la noción de información ambiental. Y otro, para todo lo demás, conforme al régimen general de acceso a la información pública (bien el de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, o bien el de las normas reguladoras del procedimiento en cuestión cuando se trate del acceso por los interesados en un procedimiento en curso a los documentos que se integren en el mismo, según la DA primera.1 de la Ley 19/2013).

Una última aclaración. *Nota bene* que, por las mismas razones expuestas, no puede ser aplicable aquí la noción restringida de expediente administrativo acogida por en la Ley de Procedimiento Administrativo de 2015 (Art. 70.4: "no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento"). Hemos traído a colación el *expediente* como simple recurso pedagógico. La legislación sobre acceso a la información ambiental se refiere a *información*, cualquiera que sea su soporte o formato, no a *expedientes*.

la Información Ambiental porque virtualmente todos pueden tener en su poder este tipo de información.

2. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información ambiental, tengan o no la condición de interesados

Otro error muy común en el que puede caerse al tramitar solicitudes de acceso a la información ambiental consiste en desestimarlas al considerar que la persona o entidad que presenta la solicitud no tiene la condición de interesada dentro del procedimiento en el que se ha generado la información pretendida, o, de manera más general, que no tiene un interés legítimo, en el sentido del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en obtener esa información⁴³.

De entrada, hay que aclarar que nunca ha sido un requisito general para acceder a la información en poder de la Administración tener la condición de interesado. El artículo 105 b) CE reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos a los ciudadanos en general, y lo propio hacía el artículo 37.1 de la Ley 30/1992 en su redacción anterior a la Ley de Transparencia siempre que se tratase de acceder a expedientes de procedimientos ya terminados que no contuviesen documentos nominativos⁴⁴. Sí es cierto que tener la condición de interesado se exigía para acceder a expedientes de

⁴³ Debe tenerse en cuenta que no toda la información en poder de la Administración procede de procedimientos administrativos. Parte puede obtenerse, por ejemplo, en el ámbito de la función inspectora, la cual, con carácter general, y al margen de algunos sectores (inspección tributaria), no está procedimentalizada. (V., en este sentido, REBOLLO PUIG [2013: 71-77].)

⁴⁴ En igual sentido, STS de 30 de marzo de 1999, FJ 3º in fine



procedimientos en curso, en general, y a los documentos de carácter nominativo en particular.

En todo caso, y por lo que respecta a la información ambiental, El artículo 3.1 a) de la Ley 27/2006 atribuye a “todos” el derecho “a acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, *sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado*, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede”⁴⁵. Por tanto, no es preciso que quienes desean acceder a la información ambiental en poder de las autoridades públicas o de otros en su nombre sean titulares de intereses legítimos o de derechos (*a maiori ad minus*) en los procedimientos o en los asuntos sobre los que versa la información ambiental.

Cuestión diferente, es que la presencia de ese interés pueda influir positivamente en el sentido de la resolución.

Y es que parece claro que la existencia de una utilidad o interés legítimo concretos en el acceso a la información, ya se aprecie de oficio o la declare y acredite razonablemente el solicitante, tiende a excluir la aplicabilidad de ciertas excepciones al acceso previstas por la Ley 27/2006.

Si pido información sobre las autorizaciones de la granja de cerdos o de la fábrica que colindan con mi vivienda o con mi finca es evidente que lo que me preocupa es mi salud y la de mi familia o la pérdida de valor de mis terrenos — intereses todos, legítimos— y que no busco obtener información confidencial de los titulares de esas instalaciones contaminantes para utilizarla de manera espuria o indebida. (El secreto comercial e industrial es uno de los motivos que, previa ponderación de los intereses en juego, pueden dar lugar a la denegación, total o parcial, del acceso a la información ambiental según lo previsto en el artículo 13 de la Ley 27/2006.)

⁴⁵ Énfasis añadido.

III. EL VALOR DEL CONVENIO DE AARHUS EN EL DERECHO NACIONAL Y DE LA UNIÓN

En el Convenio de Aarhus no hará falta detenerse mucho más que para recordar que la Constitución Española proclama el principio de jerarquía normativa (art. 9.3) y establece que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno" y que "sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (art. 96.1 CE). Además, de acuerdo con el artículo 95:

- «1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.»

De estas coordenadas normativas parece concluirse sin mucha dificultad la supralegalidad, pero infraconstitucionalidad, de los tratados internacionales. Es decir, que los tratados internacionales (y por extensión, el derecho internacional entero) tienen un rango jerárquico superior a las normas del derecho interno, sobre las que, por tanto, han de prevalecer en lo que se contradigan —supuesto que la remisión del artículo 96.1 CE a la derogación, modificación y suspensión en la forma prevista en los propios tratados o en las normas generales del derecho internacional⁴⁶ excluye la posibilidad de que las normas

⁴⁶ V., sobre todo, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE de 12 de junio de 1980).



nacionales hagan cualquiera de estas cosas. Excepción hecha de la Constitución, que prevalece sobre cualquier otra norma que se le oponga, también las de origen internacional, toda vez que la celebración de tratados contrarios a la misma exige la previa reforma constitucional y se habilita al Tribunal Constitucional para examinar la adecuación de aquéllos a ésta. En suma, como venía sosteniendo la mayoría de la doctrina internacionalista⁴⁷ y hoy sanciona claramente el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales:

«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.»

Este mismo esquema es trasladable, *mutatis mutandis*, a las relaciones entre los tratados internacionales a los que se somete la Unión Europea y el derecho europeo, ya sea porque los suscriba y ratifique la propia Unión como tal, con arreglo a las previsiones de los artículos 216 y siguientes del TFUE, ya porque los hayan

El 21 de marzo de 1986 se adoptó una segunda Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Sin embargo, aún no ha sido ratificado por el número mínimo de Estados necesario para que entre en vigor (35). España solo ha prestado el consentimiento en obligarse.

⁴⁷ *Hoc sensu*, cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA (1998: 277). Para un resumen general de la cuestión en derecho comparado y en la doctrina científica y jurisprudencial española, ib., pág. 273-280.

suscrito los Estados miembros y la Unión asuma las competencias que deben ejercerse en el campo de los tratados en cuestión⁴⁸. De conformidad con el artículo 216.2 TFUE "los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros", habiendo declarado el Tribunal de Justicia, en línea con la tesis "monista", que las disposiciones de los tratados "forman parte integrante" del ordenamiento jurídico de la Unión desde que entran en vigor⁴⁹.

Además, ya en fecha tan temprana como 1972 el Tribunal se consideró obligado "a examinar si [la] validez [de los actos de las instituciones] puede verse afectada por su discrepancia con alguna norma de Derecho internacional"⁵⁰, de lo que se desprende la prevalencia de ese tipo de normas sobre el derecho derivado o secundario de la Unión (el conjunto de directivas, reglamentos, decisiones y demás actos adoptados por las instituciones de la Unión en el marco de los tratados).

Por lo tanto, también dentro del ordenamiento europeo las normas del derecho internacional son supraleales, porque prevalecen sobre las "leyes" europeas (las disposiciones subordinadas a los tratados dictadas por sus instituciones).

⁴⁸ Ese fue el caso del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), dada la asunción de las funciones inherentes a la política arancelaria y comercial por la Comunidad Económica Europea de acuerdo con lo previsto en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957. Cfr. STJ *International Fruit Company*, de 12 de diciembre de 1972 (asuntos acumulados 21 al 24/72), párr. 10-16, especialmente 10, 11 y 15.

⁴⁹ STJ de 30 de abril de 1974, *Haegeman/Bélgica* (181/73), párr. 5.

⁵⁰ STJ *International Fruit Company* cit., párr. 6.



Y también, como en el sistema jurídico español, serían infraconstitucionales, si nos adherimos a la corriente que considera que los tratados conforman la *Constitución de la Unión*⁵¹. Así, lo declaró el Tribunal en la Sentencia *Kadi* de 3 de septiembre de 2008⁵²: las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales de los Tratados. La primacía de los acuerdos internacionales no se extiende al derecho primario. Finalmente, de la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho derivado se desprende que este último debe ser interpretado, en la medida de lo posible, de forma armónica con aquéllos⁵³, lo que sin duda ha de tenerse en cuenta también al interpretar y aplicar el derecho nacional⁵⁴. En el caso que nos ocupa esta pauta interpretativa deriva a la vez tanto de los cánones interpretativos generales (contexto, antecedentes y

⁵¹ No obstante deficiencias democráticas aparentes si se la compara con las democracias nacionales "al uso".

Sobre el carácter constitucional del derecho primario, V. LENAERTS y VAN NUFFEL (2011:819), y SSTJ *Les Verts* (23 de abril de 1986, asunto 294/83, párr. 23), *Kadi* y *Al Barakaat International Foundation* (3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05, párr. 285). Hasta existen publicaciones periódicas dedicadas a esta "rama" del derecho de la Unión, como la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, editada por la Universidad de Granada y la *European Constitutional Law Review*, de Cambridge.

⁵² Cit. en nota nº 25. Párr. 285, 308 y 309.

⁵³ Por todas, STJ de 10 de septiembre de 1996, *Comisión c. Alemania*, C-61/94, párr. 52.

⁵⁴ Para las disposiciones dictadas en desarrollo de tratados *non-self-executing*, v. art. 35.4 de la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y, en general, RODRÍGUEZ (2015).

finalidad ex art. 3 CC), como de la remisión específica de la ley nacional al Convenio de Aarhus, ya que el objeto declarado de la Ley 27/2006, "por la que se desarrollan determinados derechos y obligaciones reconocidos en el Convenio" (DF cuarta), es "definir un marco jurídico que a la vez responda a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio y lleve a cabo la transposición de dichas Directivas al ordenamiento interno" (E. de M., párr. 6º).

IV. EL VALOR DE LA DIRECTIVA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNO

Como todas las Directivas, la 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, establece una obligación de resultado, "dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios" (art. 288 TFUE, párrafo tercero).

Ahora bien, esta es la teoría, pues ya se sabe que las directivas han sufrido cierto proceso de desnaturalización, dando lugar a auténticas directivas de detalle en franca contradicción con la configuración "constitucional" de este instrumento legislativo. No obstante, al margen de este fenómeno, puesto de manifiesto por el Consejo de Estado en varias ocasiones (por todas, 2008: 13, 50 y 177) —y una vez que se ha adoptado una norma nacional dirigida a transponer al ordenamiento doméstico la Directiva y otra de ámbito autonómico que, igualmente, despliega efectos dentro del ámbito armonizado por la Directiva— nos interesan, sobre todo, los efectos que la Directiva pueda tener a la hora de interpretar y aplicar esas normas.

Pues bien, en este punto cumple recordar que las normas nacionales dictadas en el ámbito de aplicación de una directiva deben interpretarse *secundum directivam*. En este sentido, el



Tribunal de Justicia sentó en la Sentencia *Von Colson*⁵⁵ la obligación del juez nacional de dar a la legislación interna adoptada en ejecución de las directivas una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario. Dicha obligación se ha ido perfilando en la jurisprudencia del Tribunal en diversos pronunciamientos, entre los que destaca la Sentencia *Marleasing*, de acuerdo con la cual, al aplicar el derecho interno, "ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la directiva", el órgano jurisdiccional nacional está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la norma comunitaria, para efectuar una interpretación que permita alcanzar sus objetivos⁵⁶.

A mayores, si la interpretación de las normas nacionales de manera conforme con la Directiva deviniera de todo punto inviable con arreglo a los métodos de interpretación admitidos por el derecho nacional, el Juez nacional está obligado a inaplicar la norma nacional en favor de la europea, en aras del principio de primacía del derecho de la Unión, previo planteamiento, en su caso, de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia⁵⁷.

Ahora bien, estas obligaciones que ha sancionado el Tribunal de Luxemburgo, ¿son exigibles en la misma medida a otros poderes del Estado? En especial, ¿deben los órganos de las Administraciones públicas llamados a aplicar las disposiciones en cuestión guiarse por estas mismas técnicas de la interpretación conforme y la inaplicación de disposiciones internas?

⁵⁵ STJ de 10 de abril de 1984, asunto 14/83.

⁵⁶ STJ e 13 de noviembre de 1990, asunto, C-106/89, párr. 8.

⁵⁷ El *leading case* es la STJ *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, tras la cual han venido otras muchas que extraen igual consecuencia de la primacía del derecho de la Unión.

Sobre el método de la interpretación conforme no parece que pueda plantearse duda alguna. La Administración está sometida plenamente a la ley y al derecho (art. 103.1 CE) y éste incluye tanto el derecho emanado de los órganos estatales, como el derecho emitido válidamente por las instituciones de las organizaciones internacionales o supranacionales a las que se han transferido competencias soberanas de conformidad con la propia Constitución (art. 93 CE). Además, las directivas constituyen a la vez el contexto, el antecedente y la finalidad de las normas nacionales que se dictan para transponerlas⁵⁸.

¿Y la inaplicación, cabe en sede administrativa?

También, si hemos de estar a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como dice la Sentencia *Fratelli Costanzo*, tras recordar que las obligaciones contempladas en las directivas “se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros”, sería

«[...] contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración pública, las disposiciones de una directiva [...] y estimar, no obstante, que a la referida Administración pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de derecho nacional que la infrinjan».⁵⁹

⁵⁸ Art. 3.1 del Código Civil:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.»

⁵⁹ STJ de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, párr. 30-31.



En conclusión, "todos los órganos de la Administración pública, incluso los no integrados en la Administración central, como puede ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar las disposiciones"⁶⁰ europeas y a inaplicar las previsiones del derecho interno que sean incompatibles con aquellas⁶¹.

El Consejo de Estado ha mostrado serias dudas sobre esta doctrina, señalando los inconvenientes u obstáculos que plantea. Entre otros que, "no teniendo las autoridades administrativas la posibilidad de inaplicar leyes contrarias al texto constitucional, resulta conceptualmente inconsistente admitir dicha posibilidad cuando son contrarias al Derecho comunitario"⁶². Ahora bien, que la Administración no tenga la posibilidad de inaplicar leyes contrarias a la Constitución sería algo que está por demostrarse. De otro modo, se incurre en la petición de principio⁶³. Pero, más importante, parece que tales dudas deben disiparse cuando el mismo Tribunal Constitucional español ha recepcionado la doctrina del Tribunal de Luxemburgo.

En particular, la STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5, dice:

«Asimismo es pertinente traer a colación la doctrina fijada en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (DTC 1/2004 FJ 4), en la que precisamos que la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, "sino en la distinción entre

⁶⁰ Ib., párr. 31.

⁶¹ En el mismo sentido, las SSTJ *Jiménez Melgar*, de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99, y *CIF*, de 9 de septiembre de 2003, C-198/01.

⁶² V. páginas 238-242 del Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español.

⁶³ DOMENECH PASCUAL ha demostrado lo contrario de manera brillante (2001).

ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”, *lo que obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno* (algo propio de la Unión Europea como proceso de creación de una unidad política por agregación o unión de Estados)⁶⁴.»

Cuestión diferente es que, por supuesto, esta posibilidad se emplee con cautela y moderación exclusivamente en los casos en los que la contradicción con la norma europea sea patente y manifiesta.

V. LAS CONTRADICCIONES ENTRE LA LEY DE TASAS CASTELLANO-MANCHEGA Y LA DIRECTIVA Y EL CONVENIO DE AARHUS

Expuesto todo lo anterior, lo primero que llamaba la atención de las tasas que gravaban la entrega de información ambiental en la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha es que eran superiores a las exigibles por la entrega de las copias de expedientes en general.

Así, frente a una tasa general de 0,05 euros por copia desde 0 a 100 hojas (*sic*, debería decir de 1 a 100), sin especificar tamaño ni color, y por cada hoja adicional 0,10 euros, la Ley de Tasas de Castilla-La Mancha, en su redacción original, gravaba el acceso a la información ambiental en papel según la escala siguiente:

⁶⁴ La cursiva es nuestra.



-
- «a) Fotocopias en blanco y negro:
1. Fotocopia hoja DIN A4: 0,06 euros.
2. Fotocopia hoja DIN A3: 0,12 euros.
b) Fotocopias en color:
1. Fotocopia hoja DIN A4: 0,62 euros.
2. Fotocopia hoja DIN A3: 1,04 euros.
c) Grabación específica en CD-ROM: 2,08 euros.»⁶⁵

En verdad se hace muy difícil entender que razón podría haber para exigir una tasa superior por las copias tamaño A4 de documentación que contenga información ambiental (0,06 euros frente a los 0,05 de otro tipo de documentos)⁶⁶.

Por otra parte, en caso de que pudiera aplicarse la tasa general (y no parece que se pudiera, considerando el principio de especialidad normativa), el resultado no era mucho mejor, porque a partir de la copia 101 se duplicaba el precio, generando un efecto disuasorio evidente que, dentro del ámbito de la Directiva 2003/4/CE, queda proscrito.

Además, a primera vista el importe de ambas tasas parece exceder del valor de mercado de los servicios similares que prestan otras entidades del sector privado, lo cual pone en cuestión el cumplimiento del principio de equivalencia del importe

⁶⁵ Las cuantías, actualizadas a 2015, se encuentran en la Resolución de 12/01/2015, de la Dirección General de Tributos y Ordenación del Juego, por la que se da publicidad a la relación de las tasas vigentes en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con las cuantías e importes actualizados para el ejercicio 2015 (DOCM del 21).

⁶⁶ Una manera de salvar esta dificultad podría haber sido interpretar que los 0,06 euros gravan cada "hoja" e incluir fotocopias en ambas caras. Habría sido una interpretación conforme a la letra de la norma, que se refiere precisamente a la "fotocopia hoja", pero contraria a toda lógica económica, pues, como sabe cualquiera que haya fotocopiado documentos, lo más caro es el tóner, no el papel.

de las tasas (art. 7.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas; STC 85/2014, de 29 de mayo) y, lo que ahora importa más, la "razonabilidad" de las tasas, que es un requisito específicamente exigido por la Directiva 2003/4/CE.

Así, en el art. 5.2 se dice que "las autoridades públicas podrán aplicar contraprestaciones económicas por el suministro de información medioambiental, *pero el importe de las mismas deberá ser razonable*"⁶⁷ y en el considerando 18:

«Las autoridades públicas deben poder cobrar por facilitar información medioambiental, pero la cantidad cobrada debe ser razonable. Esto implica que, *como regla general, la cantidad cobrada no debe exceder los costes reales de la producción del material en cuestión*. Los supuestos en que se exija el pago de un adelanto deben ser limitados. *En aquellos casos en que las autoridades públicas divulguen información medioambiental a título comercial, y siempre que ello sea necesario para asegurar la continuidad de los trabajos de recopilación y publicación de dicha información, se considerará razonable la aplicación de una contraprestación económica conforme a los precios de mercado.*»⁶⁸

El aparente exceso sobre los precios de las copisterías privadas puede deberse a factores de índole organizativa y productiva (así, el pequeño tamaño y especialización de estas últimas en una sola actividad que permitiría una reducción de costes frente a las vastas dimensiones y la amplia variedad de tareas que realiza la Administración) que no vienen al caso más que para señalar que las tasas que nos ocupan pueden ajustarse al principio de equivalencia en la medida en la que, presumiblemente,

⁶⁷ Cursiva añadida.

⁶⁸ Énfasis añadido



incorporen todos esos mayores costes, tanto directos como indirectos, que suponga para la Administración la búsqueda, copia y entrega de la información o de los documentos incorporados a los expedientes. Y sería de esperar, que así fuese, dado que el artículo 14.1 b) de la propia Ley Regional establece que:

«En las tasas por prestación de servicios o realización de actividades, los parámetros para la determinación de las tarifas *deberán comprender tanto los gastos directos como los indirectos* que contribuyan a la determinación del coste, incluidos los financieros, amortizaciones de inmovilizado y demás gastos generales, y, en su caso, el valor agregado como consecuencia de la actividad de la Administración, todo ello con independencia del presupuesto con cargo al cual se satisfagan.»⁶⁹

Podrán ajustarse a dicho principio, decimos.

Pero difícilmente cumplirán el requisito comunitario de la razonabilidad, considerando los párrafos de la Directiva citados más arriba y que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 1999 (asunto C-217/97 - Comisión/Alemania) ha declarado:

«47. Pues bien, como ha subrayado el Abogado General en el punto 23 de sus conclusiones, la finalidad de la Directiva es la de otorgar un derecho a los particulares al garantizarles la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente y poner la información efectivamente al alcance de cualquier persona física o jurídica que lo solicite, sin que esté obligada a probar un interés determinado para justificar su petición. En consecuencia, *procede excluir cualquier interpretación del concepto de «importe razonable», en el sentido del artículo 5 de la Directiva, que pudiera tener un efecto disuasorio en*

⁶⁹ Énfasis añadido

las personas que deseen obtener información o que pudiese limitar el derecho de acceso a ésta.

48. De lo anterior resulta que *el concepto de «importe razonable», en el sentido de la Directiva, debe entenderse en el sentido de que no autoriza a un Estado miembro a repercutir en la persona que haya presentado una solicitud de información la totalidad de los gastos, en particular los indirectos, efectivamente ocasionados al erario público por la búsqueda de información.»*⁷⁰

El hilo argumental para llegar a esta conclusión queda precisado en las siguientes conclusiones del Abogado General:

«24 El objetivo que subyace a la Directiva reviste claramente un interés general, a saber, mejorar la protección medioambiental garantizando a los particulares el derecho de acceder a la información sin tener que acreditar ningún interés directo. Habida cuenta del carácter de interés general de la información sobre medio ambiente, el acceso a ésta puede distinguirse tanto del derecho general de acceso a la información que obre en poder de las autoridades públicas, cuyas ventajas tienen un carácter más general e intangible, como del derecho de acceso a la información administrativa reservado a las personas que tengan un interés directo en su divulgación. [...] *Puesto que el acceso a la información sobre medio ambiente es de interés general, corresponde a las autoridades públicas y, en última instancia, al conjunto de los ciudadanos a través del presupuesto del Estado, soportar la parte del coste ligada al tiempo empleado y al esfuerzo realizado por los funcionarios para la puesta a disposición de la información.*

⁷⁰ La sentencia aplica el artículo 5 de la Directiva 90/313/CEE, sustancialmente idéntico al 5.2 de la vigente Directiva 2003/4/CE. (En todos los casos la cursiva es nuestra.)



25. [...] exigir al solicitante individual que soporte lo que constituye efectivamente el costo total generado por el trámite de su solicitud equivaldría a restringir el disfrute del derecho de acceso, *de facto* si no *de iure*, a las personas que tengan un interés directo en la información, en clara infracción de la disposición que excluye la necesidad de semejante interés.»

En consecuencia, parece que tanto la tasa por suministro de información ambiental como la tasa general por suministro de copias de documentos no cumplían los requisitos de la Directiva 2003/4/CE, en la medida en la que incorporan todos los costes, directos e indirectos, derivados del suministro de la información, tienen carácter disuasorio y pueden limitar el derecho de acceso (la ambiental porque, inexplicablemente, era superior a la exigida por la entrega de cualquier otra información salvo de la copia 101 en adelante; la general, en la medida en la que pudiera tener alguna aplicación en este ámbito, porque dobla su importe a partir de la copia 101, con lo que anima a dejar de ejercer el derecho a partir de dicho número de copias).

De opinión parecida en relación con las tasas estatales sería el ex Secretario de Estado de Medio Ambiente, cuando dijo:

«Esta concepción parece separarse, al menos en parte, del régimen de cuantificación que en nuestro ordenamiento jurídico tienen las tasas, así, el artículo 19.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos reza que, «el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio, o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida». No obstante, en el apartado siguiente integra dentro de aquel importe los costes directos, e indirectos, incluidos los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y los necesarios para el correcto mantenimiento del servicio. Este importe

es el máximo legal, con lo cual, en el caso que nos ocupa y de acuerdo con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá establecerse una cuantía inferior para la tasa»⁷¹.

A partir de estas premisas, en el ámbito estatal se han establecido unas tarifas considerablemente inferiores a las que nos vienen ocupando. (V. Orden PRE/1597/2014, de 5 de septiembre, por la que se establecen las cuantías y se dictan normas sobre la gestión y el cobro de la tasa por suministro de información ambiental en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, que, entre otras cuestiones, deja exentas las primera diecinueve copias y grava de la vigesimoprimera en adelante con sólo 3 céntimos cada una.)

Un punto más en el que la Ley de Tasas regional no se ajustaría a la Directiva es que permite la exigencia del pago íntegro de las mismas antes de entregar de la información (art. 40 y 241), cuando la Directiva admite simples “adelantos” que, además, deben restringirse a supuestos limitados a tenor del (considerando 18⁷²). No obstante, parece evidente que esta última dificultad es fácilmente sorteable mediante el simple expediente de exigir el cobro una vez se haya proporcionado la información ambiental⁷³.

⁷¹ RAMOS DE ARMAS (2012:18).

⁷² Transcrito más arriba.

⁷³ De hecho, el pago posterior debería ser la opción preferente en tanto que, de acuerdo con la legislación tributaria general, la regla general es la exigibilidad de los tributos cuando se verifica el hecho imponible. “El devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal”, sin perjuicio de que “la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar, o de parte de la misma, en un momento distinto al del devengo del tributo” (art. 21 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).



VI. La superación de las contradicciones con la Ley 3/2016... ¿o no?

Felizmente la Ley 3/2016, de 5 de mayo, de Medidas Administrativas y Tributarias de Castilla-La Mancha, ha venido a racionalizar las tasas autonómicas, reduciendo, atemperando y hasta eliminando algunos de los supuestos que se decidió gravar en su momento dentro de una cierta "vorágine recaudatoria".

En lo que respecta a la tasa por acceso a la información ambiental, el Legislador autonómico ha optado simplemente por eliminarla, con lo que, en la actualidad, es aplicable exactamente la misma tarifa que rige en la entrega de cualquier otro tipo de información. Pero esta tarifa, a su vez, también ha sido modificada, quedando de la manera siguiente⁷⁴:

«Tarifa 5. Obtención de copias de los documentos que figuran en un expediente:

a) De 0 a 50 hojas: exentas.

b) De 51 a 150 hojas: 0,05 euros por hoja.

c) A partir de 151 hojas: 0,10 euros por hoja.» (Art. 39.)

La Ley 3/2016 ha significado una mejora notable en relación con la situación anterior, por cuanto que deja de hacerse de peor condición a los solicitantes de información ambiental. Además, establece un mínimo exento de toda tributación, lo que constituye

Si en la práctica suele operarse del modo contrario, con amparo de las leyes especiales, es por facilidad de gestión.

⁷⁴ Tal vez porque en alguna versión anterior del anteproyecto sí se hizo, o bien por una simple confusión con otra tarifa (la tarifa 7, que gravaba con 3,12 euros la "Emisión de copias de documentos en soporte digital" sí que se ha suprimido), la E. de M. de la Ley indica que la tarifa 5, relativa a la obtención de copias de los documentos que figuren en un expediente, queda eliminada, junto con otras "que se consideran reiteración de otros trabajos administrativos, como la tarifa 3 relativa a la diligenciación de libros, la tarifa 4 relativa a la inscripción en registros oficiales". (Este error figuraba ya en el proyecto remitido a las Cortes, V. BOCCLM nº 58, de 15 de febrero de 2016.)

una medida muy razonable para el ciudadano y para la propia Administración⁷⁵.

La supresión de las tasas por "grabación específica en CD-ROM" de documentos ambientales o por "emisión de copias de documentos [en general] en soporte digital" es otro acierto (2,08 y 3,12 euros, respectivamente), ya que la simple grabación de documentos en un cedé, devedé, disco duro o memoria externa que traiga consigo el ciudadano mediante el equipo informático del funcionario que, normalmente, está ya encendido, tiene un coste mínimo. Si, por el contrario, se tratase de entregar dispositivos de almacenamiento de propiedad de la Administración se plantea el problema de la disponibilidad de cedés o devedés vírgenes⁷⁶. Incluso, ante la falta de más precisión, se corría el riesgo de cobrar por algo tan barato como el envío de documentación por correo electrónico⁷⁷.

⁷⁵ Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2016 se han estado exigiendo importes ridículos a ciudadanos que querían obtener unas pocas copias. Los funcionarios debían rellenar los formularios de autoliquidación de las tasas y no sabían muy bien si incluir el importe de las hojas del propio formulario...

Además, como no se disponía de terminales de pago electrónico, había que enviar los pobres paganos a una sucursal bancaria para, después de guardar cola, hacer los ingresos en un trasiego que no iba a ningún lado, desde el punto de vista recaudatorio y de la eficacia de la gestión pública. Posteriormente, vemos que se ha regulado de manera específica el uso de estos terminales, por lo que es de suponer que se están empleando (V. Resolución de 11/07/2016, de la Dirección General de Tributos y Ordenación del Juego y de la Dirección General de Política Financiera, Tesorería y Fondos Comunitarios; DOCM del 10 de agosto.)

⁷⁶ Lógicamente, la entrega de una memoria USB o un disco duro externo por sólo 3,12 euros está fuera de lugar.

⁷⁷ No es ese nuestro criterio, ya que no creemos que el correo electrónico sea un "soporte electrónico".



No obstante, persisten el resto de los problemas de incompatibilidad que se han apuntado en el apartado anterior. En concreto:

- Se sigue permitiendo la exacción anticipada de la totalidad de la tasa.
- La tasa sigue disuadiendo del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, puesto que es creciente a partir de la hoja nº 151.
- No parece que los importes sean razonables, en los términos que exige la Directiva interpretados por el TJ. Es presumible que incorporan todos los costes, directos e indirectos, y todavía algo más, puesto que parecen bastante superiores a los precios de las fotocopias en el sector privado, en especial de la copia nº 151 en adelante.

VII. CONSEJOS PRÁCTICOS EN RELACIÓN CON LAS TASAS

Seguramente éste es el apartado más complejo de este trabajo. Vistos los problemas de compatibilidad entre la Directiva y la Ley de Tasas que hemos expuesto, bien se nos podría decir que el único consejo práctico que se puede dar es el *de lege ferenda*, para que las Cortes Regionales adopten las modificaciones necesarias. Bien. Desde aquí lo damos.

No obstante, y en tanto en cuanto la Ley de Tasas no se adecuó plenamente a la normativa y jurisprudencia que venimos comentando, el marco jurídico vigente proporciona al aplicador del derecho un cierto margen de libertad para acomodarse a las

Según el DRAE "soporte" es el "material en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de vídeo o el disco compacto". Los emails son más bien "canales" o "medios electrónicos" de transmisión o difusión de información. (V. cuadro de definiciones anexo a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.)

exigencias del derecho de acceso a la información ambiental en buena medida, sin tener por qué llegar a inaplicar, ni a violentar de otro modo, la letra de esta Ley⁷⁸.

1. Intentar la entrega en formato o por canales electrónicos

Esta es la solución más fácil, que nos evitará quebraderos de cabeza (estar pendiente del abono de la tasa, orientar al ciudadano sobre los medios de pago admitidos, instar, en su caso, la vía de apremio, etc.), y será una pequeña contribución a no empeorar más el medio ambiente. Hoy en día no tiene sentido que la Administración y los ciudadanos sigan utilizando grandes volúmenes de papel cuando las tecnologías de la información y comunicación permiten su envío, procesamiento y almacenamiento de manera rápida, sencilla y barata.

En principio hay que estar al medio de entrega de la información que el interesado señale (art. 11.1 de la Ley 27/2006). No obstante, en ausencia de indicación al respecto, existe una preferencia legal en favor del medio electrónico (art. 22.1 de la Ley de Transparencia). Incluso cabe que la Administración opte motivadamente por este medio en contra de las preferencias

⁷⁸ En última instancia, empero, ante una contradicción flagrante y no resoluble por otros medios, sí debería inaplicarse la Ley en la medida necesaria.

En términos de pura lógica jurídico-formal es lo que se desprende de la inserción del ordenamiento jurídico español en un orden jurídico superior. Además, así lo ordena la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y lo reconoce el TC español.

Con todo, no deja de parecer perturbador para la división de poderes y el principio democrático que el Ejecutivo inaplique por propio imperio una norma del Legislativo por mucho que, en efecto, lo imponga el principio de primacía.



manifestadas por el interesado cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- «a) Que la información ya haya sido difundida, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, en otra forma o formato al que el solicitante pueda acceder fácilmente. En este caso, la autoridad pública competente informará al solicitante de dónde puede acceder a dicha información o se le remitirá en el formato disponible.
- b) Que la autoridad pública considere razonable poner a disposición del solicitante la información en otra forma o formato y lo justifique adecuadamente.»

En cualquier caso, si se informa al solicitante de la necesidad legal de abonar una tasa y que no tendría que pagarla si acepta recibir la documentación en su correo electrónico o en algún dispositivo de almacenamiento, es muy posible que acepte de buen grado el medio electrónico.

2. No exigir las con carácter previo, pero informar sobre las mismas

Ya hemos dicho que la Directiva sólo permite la exigencia de "adelantos" (con lo que parece referirse a una fracción del total) y en casos limitados, no como regla general.

Bien, aquí la solución es sencilla.

Con carácter general no debería exigirse el abono de la tasa antes de que se haya verificado el hecho imponible, es decir, antes de entregar las copias.

Esta es una alternativa plenamente conforme a derecho que cabe dentro de la Ley de Tasas, la cual se limita a habilitar el pago previo, no a imponerlo en todo caso (art. 40).

Ahora bien, lo que sí debería hacerse siempre es informar con carácter previo de la existencia de la tasa y los importes aplicables en cada caso. Los ciudadanos no tienen por qué saber cada detalle de las normas aplicables a sus solicitudes, tienen derecho a que

se les oriente y asesore en el ejercicio de sus derechos (art. 3.1 b) de la Ley 27/2006 y, de manera general, art. 53 f) LPA) y, gracias al suministro de esta información, tal vez se avengan al empleo de medios electrónicos o decidan limitar el número de documentos que deben copiarse.

3. Interpretación estricta del hecho imponible

La tarifa nº 5 de la tasa por prestación de servicios administrativos generales grava, única y exclusivamente la "obtención de copias de los documentos *que figuran en un expediente*".

La definición del hecho imponible excluye entonces que pueda exigirse su pago cuando lo que se pidan sean copias de documentos que obran en poder de la Administración regional pero no forman parte de expediente alguno.

No toda documentación que tiene la Administración forma parte de expedientes.

En este sentido, si expediente es "el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla"⁷⁹, toda aquella documentación que la Administración recabe o produzca al margen de un procedimiento administrativo formalizado queda fuera de la tasa, v.gr., actas de inspección y estudios de campo que no den lugar a la apertura de procedimientos sancionadores o de otra índole⁸⁰; información estadística, etc.

⁷⁹ Definición clásica del artículo 164.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

La LPA de 2015 ha recepcionado esta misma definición extendiéndola a todas las Administraciones Públicas (art. 70.1), aunque a la vez, y de manera polémica, ha pretendido excluir ciertos documentos que considera accesorios o auxiliares (art. 70.4). V. nota 16.

⁸⁰ V. nota 17.



Con ello no se realiza ninguna interpretación forzada o aferrada en extremo a la literalidad de la ley.

En materia tributaria la interpretación de los hechos impositivos es estricta y “no se admit[e] la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible” (art. 14 LGT)⁸¹.

REFERENCIAS

-CONSEJO DE ESTADO (2008). «Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español». Informe Nº E 1/2007, de 14 de febrero de 2008.

-DOMENECH PASCUAL, Gabriel. «La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales». *Revista de Administración Pública*, Nº 155, 59-106.

-GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; y ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, María Paz (1998). *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid, Civitas.

-PERNICE, Ingolf (2012). «La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización.» Madrid. CEU Ediciones.

-PIATTONI, Simona (2009). «Multilevel Governance: a Historical and Conceptual Analysis» *Journal of European Integration*, 31:2, 163-180

-RAMOS DE ARMAS, Federico. Conferencia *Acceso a la información en materia de medio ambiente. El Convenio de*

⁸¹ Y así, por ejemplo, no puede exigirse una tasa prevista para el otorgamiento de licencias de obras al trámite de aprobación de proyectos de urbanización ((STS 15 de febrero 2003, rec. 1277/1998, pte: Sala Sánchez, Pascual).

Aarhus. XXXIV Jornadas de la Abogacía General del Estado. 2012.
Consultada en
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Est_ructura_P/1215198020178/Detalle.html#id_1288781151799

-REBOLLO PUIG, Manuel (2013). «La actividad inspectora.» En DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (coord.). *Función inspectora*. Madrid: INAP.

-RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (6 de julio de 2015). «Administración pública española y Derecho Internacional público en la nueva Ley de Tratados». Blog *Almacén de derecho* (almacenederecho.org).

-TRIAS PRATS, Bartomeu (2012). «Veinticinco años de acceso a la información ambiental en Italia: de la Ley 349/1986 a la Directiva Inspire». *Revista de Administración Pública*, nº 188, 393-420.

-URUEÑA, René (2013) « ¿Protección multinivel de los derechos humanos en América latina? Oportunidades, desafíos y riesgos.» En BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.17-46.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PARTICIPACIÓN EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA

D. Alberto Campos Jiménez

Doctor en Derecho y Abogado

Fecha finalización trabajo: octubre 2016

RESUMEN: La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a raíz de su entrada en vigor en octubre de 2016, recoge en su artículo 21 la posibilidad de que en la composición de órganos colegiados puedan participar organizaciones representativas de intereses sociales. Esta posibilidad ya era contemplada por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Así, queda abierta la posibilidad de que la participación ciudadana legitime el funcionamiento de distintos órganos de la Administración Pública y muy especialmente en el ámbito de la Administración local, ámbito más ligado a la esfera de la vida cotidiana de la ciudadanía, con sus características propias. Todo ello atendiendo a la potestad de autoorganización de las Corporaciones locales.

ABSTRACT: Law 40/2015, of 1 October, the Legal Regime of the Public Sector, following its entry into force in October 2016, contained in Article 21 the possibility that the composition of corporate bodies representative organizations to participate social interests. This possibility was already provided for by Law 6/1997



of 14 April, Organization and Functioning of the General State Administration. Thus, the possibility that citizen participation legitimizes the functioning of various organs of the Public Administration and especially in the field of local administration more closely linked to the sphere of everyday life of citizens, with their own characteristics field remains open. All this in response to the power of self-organization of local corporations.

PALABRAS CLAVE: Participación orgánica; Administración local; Participación ciudadana

KEYWORDS: Organic participation; Local Management; Citizen participation

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ÓRGANOS DE PARTICIPACIÓN

1 .Consejos sectoriales

A) Problemática de su configuración

B) Composición

C) Funciones propias a los consejos sectoriales

D) Consejos territoriales de participación

a) Funciones

b) Similitud del funcionamiento de los Consejos Sectoriales y los Consejos Territoriales de Participación. Problemática de la dispersión normativa autonómica de la regulación de su funcionamiento

c) Experiencias prácticas de Consejos Territoriales de Participación: casos de Vitoria, Madrid, Málaga y Zaragoza



E) Consejos Social de la Ciudad: novedad introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre

a) Funciones

b) Composición. Casos de Barcelona, Albacete, Logroño y Madrid

c) Funciones. Casos de Barcelona, Albacete, Logroño y Madrid

III.- ÓRGANOS PARTICIPADOS.

1. Órganos Territoriales de Gestión Desconcentrada.

A) Objeto.

B) Régimen jurídico.

C) Problemática de la denominación de los Órganos Territoriales de Gestión Desconcentrada.

D) Instauración de los Órganos Territoriales de Gestión Desconcentrada: competencia de los Plenos Municipales. Especial atención a los municipios de "Gran Población".

E) Composición: remisión a reglamentos orgánicos municipales.

F) Funcionamiento y competencias.

2. Consejos de Participación Ciudadana: especial atención al caso del municipio de Castellón.

I.- Introducción.

Al hablar de participación orgánica estamos tratando la creación y composición de órganos administrativos, ya sean estatales, autonómicos o locales, donde estos entes participan con los agentes sociales. El fundamento de los mismos estriba, en



dotar de legitimidad a las decisiones que se tomen en los mismos potenciándolos con los sectores que más interesen, políticamente hablando. Esto lleva a, como señala SÁNCHEZ MORÓN, que organizaciones con mayor importancia o representatividad queden relegadas a un segundo plano de forma marginal, tales como asociaciones de consumidores, de vecinos o en defensa del medio ambiente⁸².

La derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su artículo 39.3, recogía la posibilidad de que en la composición de órganos colegiados participarán organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros...". En este mismo sentido, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sigue esta misma línea, y en su artículo 21 establece que "en la composición de los órganos colegiados podrán participar, cuando así se determine, organizaciones representativas de intereses sociales, así como otros miembros que se designen por las especiales condiciones de experiencia o conocimientos que concurran en ellos, en atención a la naturaleza de las funciones asignadas a tales órganos".

Como es habitual en la Administración General del Estado y la Administración Autonómica "esta técnica participativa es de un alcance más bien testimonial, y en algún caso significativo en el que los sectores sociales han intentado ir más allá, la

⁸² SÁNCHEZ MORÓN, M., *Participación, neocorporativismo y Administración económica*, Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, 1991, págs 3943 y ss.

Administración ha reaccionado reduciendo⁸³ drásticamente la composición del órgano⁸⁴”.

Muy distinto sucede en la Administración local, que como analizaremos en este artículo, es más cercana a la ciudadanía. Dentro de la participación orgánica administrativa local podríamos distinguir entre órganos que llamaríamos de participación, creados para servir de guía a la participación ciudadana, y aquellos otros que tendrían como función secundaria la participación, siendo su objetivo principal desconcentrar o descentralizar a la Administración local, conocidos como órganos participados⁸⁵.

II.- Órganos de Participación

1. Consejos Sectoriales

A) Problemática de su configuración

El establecimiento de los Consejos Sectoriales corresponde al municipio, atendiendo a la legislación autonómica y tomando como referencia, si la hubiera, a los reglamentos orgánicos

⁸³ Como recoge LOZANO, B., en *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2003, págs.150-151, fue el caso del Consejo Asesor del Ministerio de Medio Ambiente. Posteriormente se acometió una reordenación mediante el Real Decreto 2355/04, de 23 de diciembre. La reforma del Consejo acometida en la octava legislatura, recogió la idea, señalada en el Principio 10 de la Conferencia de Rio, que la mejor manera de gestionar los asuntos medioambientales es contar con la participación de todos los ciudadanos.

⁸⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y la participación ciudadana en la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 178 y ss.

⁸⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y...*, op. cit., pág. 178 y ss.



municipales⁸⁶. De forma supletoria acudiremos a los artículos 130 y 131 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales (en adelante ROF), que contempla la posibilidad de creación de estos Consejos con la finalidad de "canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales". El ROF remite a la potestad de autoorganización de las corporaciones locales para su "composición, organización y ámbito de actuación"⁸⁷, dando así cumplimiento al artículo 70 bis 1⁸⁸ de la LBRL.

El ámbito territorial de actuación de los Consejos Sectoriales, como recoge el artículo 131 del ROF, será el término municipal o bien, el distrito.

Pese a toda esta legislación que recoge los consejos sectoriales, FERNÁNDEZ RAMOS considera que "sin perjuicio de

⁸⁶ El artículo 20.1.c) LBRL dice que "En los municipios de más de 5.000 habitantes, y en los de menos en que así lo disponga su reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno, existirán, si su legislación autonómica no prevé en este ámbito otra forma organizativa, órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno..."

⁸⁷ Artículo 131.1. del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales.

⁸⁸ Recordemos que el artículo 70 bis 1, introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 57/2003, dice: "Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales".

las determinaciones contenidas en el Reglamento Orgánico en relación con la composición, funciones y funcionamiento de los Consejos Sectoriales, cada Consejo Sectorial debe elaborar su propio reglamento de régimen interno, que deberá ser aprobado por el Pleno de la Corporación o por el órgano plenario del Distrito en el caso antes mencionado de los Consejos de ámbito de distrito⁸⁹”.

B) Composición

Recordemos, como ya analizamos al citar el artículo 131 ROF, que los Consejos Sectoriales deben servir para canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales. En este sentido, el artículo 235 del ROF dice que “las asociaciones generales o sectoriales canalizarán la participación de los vecinos en los Consejos sectoriales”. Así, la composición de estos órganos se convierte en mixta, al estar representados además de por asociaciones ciudadanas también por la propia Administración, produciéndose una disfunción de este órgano, dado que esta naturaleza mixta del mismo hace que vaya en contra del principio general para lo que se creo, puesto que debían ser las asociaciones las que llevaran la labor de canalización, y no conjuntamente con la Administración.

Pensemos, en palabras del profesor RIVERO YSERN, que “si la función de estos Consejos es conocer el parecer de un grupo cualificado de agentes sociales, esta función se desvirtúa cuando en la emisión de ese parecer participan también con mayor o menor peso numérico, representantes de la propia Administración⁹⁰”.

⁸⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y...*, op. cit., pág.181.

⁹⁰ RIVERO YSERN, J. L., *Manual de Derecho Local*, Civitas, 4ª edición, Madrid, 1999, págs. 140-141.



La profesora SÁNCHEZ SÁNCHEZ, estima que el Ayuntamiento debería designar una persona, para que lo representara, asistiera a las reuniones y actuase en calidad de informador y "en su asistencia a las reuniones no tendría voto de calidad, y las decisiones se tomarían, efectivamente, por los representantes de las organizaciones de la zona, pero no por los propios miembros del Ayuntamiento⁹¹".

Este apartado no está alejado de críticas al considerar que el hecho de que participen asociaciones sectoriales o representantes de organismos públicos puede llevar a una participación elitista y alejada del ciudadano⁹².

Existen en distintos municipios⁹³ de nuestro país diversos Consejos Sectoriales⁹⁴, dependiendo de la temática que vayan a tratar.

⁹¹ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., Estudio Prácticos de Asociaciones, Democracia directa y otras formas de participación ciudadana, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág.143.

⁹² SÁNCHEZ MORÓN, M., "El sistema político local: formas de gobierno y participación ciudadana", FONT I LOVET, T., (Dir.), *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, 1992, pág.317.

⁹³ Por ejemplo, en el municipio de Ermua el Consejo Sectorial se compone de miembros natos o electivos; En la ciudad de Barcelona existen consejos sectoriales del municipio y del distrito.

⁹⁴ Los Consejos sectoriales municipales de ciudad estarán compuestos por: un concejal o concejala de cada grupo municipal del Ayuntamiento y representantes escogidos entre las entidades del ámbito objeto del consejo en cuestión; expertos y personalidades de reconocida valía dentro del sector específico del consejo; la presidencia de los consejos de ámbito de ciudad corresponde al alcalde o alcaldesa. Los Consejos sectoriales de distrito estarán compuestos por: consejero responsable

C) Funciones propias a los Consejos Sectoriales

Los consejos sectoriales llevan a cabo labores de asesoramiento o de "informe" como cita el ROF, careciendo de funciones decisorias. Su función consultiva busca que el gobierno municipal conozca la incertidumbre que rodea a su ciudadanía.

Entre las funciones que tienen los Consejos Sectoriales, podíamos resumir, con carácter general, pese a que algunos tengan particularidades y sean regulados por sus reglamentos propios, las siguientes: emitir informes sobre las actuaciones municipales correspondientes al sector temático; presentar iniciativas, sugerencias y propuestas; asesorar en la elaboración de líneas de actuación y el presupuesto; cualquier informe al Ayuntamiento a requerimiento de éste.

La participación en estos órganos, como ya hemos dicho, es consultiva pese a lo que sería de desear para la ciudadanía, de forma que si sus dictámenes e informes fuesen vinculantes se fortalecería la legitimación de las decisiones municipales, pero este planteamiento sería incompatible con las previsiones del artículo 69.2 LBRL que deja meridianamente claro que "las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de

de cada una de las áreas comprendidas en el ámbito de actuación del Consejo Sectorial; consejeros de distrito según regule el reglamento interno de cada distrito; una representación de las entidades vinculadas a la temática sectorial, según regule el reglamento interno de cada distrito; asimismo, un tercio del total de miembros serán representantes de la ciudadanía, a título individual, escogidos entre los usuarios o implicados por la temática que trate el Consejo Sectorial; estará presidido por un concejal de distrito o consejero en quien se delegue.



autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”.

D) Consejos Territoriales de Participación

Los Consejos Territoriales son órganos de participación, información y propuesta dentro de un mismo Distrito en los que asociaciones, vecinos y colectivos participan en la gestión de los asuntos municipales. Podemos decir que son órganos que sirven para abordar temas que afectan a los vecinos de un barrio o zona de una ciudad, y ayudan al ayuntamiento a decidir dónde destinar parte del presupuesto para inversiones públicas en esas zonas así como para conocer el funcionamiento de los servicios públicos.

a) Funciones

Las funciones básicas, como dice FERNÁNDEZ RAMOS, son “por un lado, potenciar el diálogo entre la Junta Municipal de Distrito, las entidades y los vecinos sobre los diferentes temas de la vida del territorio en concreto del que se trata, y por otro, tomar conciencia de las problemáticas generales de su distrito y de la municipalidad, con una visión global del municipio⁹⁵”.

b) Similitud del funcionamiento de los Consejos Sectoriales y los Consejos Territoriales de Participación. Problemática de la dispersión normativa autonómica de la regulación de su funcionamiento

⁹⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y...*, op. cit., pág. 188.

En cuanto a su funcionamiento es muy similar al de los Consejos Sectoriales. Diversas legislaciones autonómicas regulan el funcionamiento de este órgano. Por ejemplo, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana lo recoge en su artículo 30 que dice: "en los municipios en los que existan núcleos de población distintos del principal que agrupen a más del veinte por ciento de la población municipal, se creará un Consejo Territorial de Participación, que estará integrado por un representante de cada uno de los núcleos existentes, elegido en la forma en que reglamentariamente se determine por el Ayuntamiento. En el resto de los casos, la creación de este órgano será potestativa. El Consejo Territorial de Participación tiene como función principal la de asesoramiento y elaboración de propuestas sobre las necesidades de estos núcleos, en general, y de cada uno de ellos, en particular. El consejo territorial presentará un informe al Pleno con carácter anual, preferentemente en la fase inicial de elaboración de los presupuestos". Serán los propios municipios los que aprueban su regulación.

c) Experiencias prácticas de Consejos Territoriales de Participación: casos de Vitoria, Madrid, Málaga y Zaragoza

En Vitoria existen siete consejos territoriales de participación y se rigen, además de por sus propios reglamentos internos de funcionamiento, por el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana de Vitoria-Gasteiz⁹⁶. En su artículo 64 define a los Consejos Territoriales como "órganos de participación, consulta, información, control y propuesta, sin personalidad jurídica propia, que permiten la participación de vecinos/as, colectivos y entidades de una misma Demarcación Territorial en la gestión de

⁹⁶ Aprobado el 16 de julio de 2004, entrando en vigor el 28 de septiembre de 2004.



los servicios municipales. Se convierten así en los órganos de participación en las demarcaciones territoriales y por tanto en el enlace fundamental entre la ciudadanía y el Ayuntamiento. Tienen por finalidad como recoge el artículo 65 del mismo cuerpo legal “promover, canalizar y proponer una reflexión conjunta de las entidades y ciudadanía en torno a los diferentes temas que afectan a la vida de su demarcación territorial o territorio, haciendo así posible una mayor corresponsabilización de los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos del municipio”.

En Madrid se encuentra recogido el Consejo Territorial en el Reglamento Orgánico de los Distritos de Madrid⁹⁷, en concreto en el artículo 50 que regula su composición y finalidad. Asimismo, se establece que cada distrito tenga su propio Consejo Territorial de Distrito, siendo presidido por el concejal de distrito, sustituyéndolo en su caso, el coordinador de Distrito.

En Málaga también se regula en el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana⁹⁸. En el Capítulo IV, Sección 4ª, se especifica en el artículo 116 todo lo relativo a sus miembros.

La ciudad de Zaragoza también ha regulado estos Consejos a través de un Reglamento de Órganos Territoriales y de Participación Ciudadana⁹⁹.

⁹⁷ Aprobado el 23 de diciembre de 2004 y publicado el día 10 de enero de 2005 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 7, siendo modificado por el Reglamento Orgánico de Modificación de Distintos Reglamentos Municipales sobre la Función Directiva de los Distritos, publicado el 4 de marzo de 2016, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 54.

⁹⁸ Aprobado por el Pleno el 23 de febrero de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga nº 70 el día 12 de abril de 2006.

⁹⁹ Aprobado en el Pleno celebrado el día 28 de julio de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza nº 288 el día 17 de diciembre de 2005.

d) Consejo Social de la Ciudad: novedad introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre

La Ley 57/2003, que reformó la LBRL introduce en el artículo 131 el Consejo Social de la Ciudad en los municipios de gran población.

Es un órgano muy similar a los Consejos Sectoriales pero tratando sobre asuntos más generales. Como cita el profesor FERNANDEZ RAMOS¹⁰⁰, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se pretendió impulsar aún más la semejanza con los Consejos Económicos y Sociales del Estado y las Comunidades Autónomas, al proponerse que el Consejo Social de la Ciudad tuviese personalidad jurídica propia¹⁰¹.

Aunque será a partir de la reforma de la Ley 57/2003, anteriormente citada, cuando se introduce la obligación de creación de estos órganos, algunos municipios en ejercicio de su potestad de autoorganización, con anterioridad a la Ley de Modernización de los Gobiernos Locales ya los habían creado. Por ejemplo, la **Ley 22/1998, de 29 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona**¹⁰², recoge la creación del Consejo Social de la Ciudad en su artículo 36, misma ley que propició su creación e introducción en la LBRL. Algunas diputaciones también habían

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La información y...*, op. cit., pág. 189.

¹⁰¹ Véase la Enmienda nº 26 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en el BOCG, Congreso, Serie A, núm.157-9, de 18 de septiembre de 2003.

¹⁰² Modificada por la Ley 7/2010, de 21 de abril, de modificación de la Carta municipal de Barcelona.



creado ya estos órganos bajo la denominación de Consejos Económicos y Sociales¹⁰³.

Para CANALES este órgano puede ser clave para la elaboración de un plan estratégico municipal y para impulsar el desarrollo económico y social¹⁰⁴.

a) Funciones

Como recoge el artículo 131.2. de la LBRL además de las funciones que determine el Pleno municipal mediante normas orgánicas, a este Consejo le corresponden una serie de funciones, entre las que se encuentran el debate, informe, consulta y propuesta en temas estratégicos de la ciudad, tales como¹⁰⁵:

- Grandes proyectos de la ciudad.
- Planeamiento urbanístico.
- Criterios generales de los Presupuestos Generales.
- Programa de acción anual, análisis y seguimiento de políticas públicas que afecten a la ciudad.
- Consultas populares que se quieran hacer a instancia del ayuntamiento (en algunos casos es preceptivo).

¹⁰³ Véase a LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El problema de la naturaleza jurídica de los Consejos Económicos y Sociales de ámbito local*, VVAA, Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, págs. 329 y ss.

¹⁰⁴ CANALES ALIENDE, J. M., *La democracia participativa local*, Sistema núm. 184-185, 2005, pág.199.

¹⁰⁵ Texto disponible en la web: www.famp.es, fecha de la consulta el día 3 de octubre de 2016.

b) Composición. Casos de Barcelona, Albacete, Logroño y Madrid

Su composición varía dependiendo del municipio en el que está instaurado. Está presidido por el alcalde o alcaldesa del municipio y compuesto por concejales de los grupos municipales existentes en el consistorio, estando también en algunos Consejos Sociales de la Ciudad representantes de partidos políticos sin representación. También lo conforman miembros de otros consejos consultivos, representantes de asociaciones, de entidades significativas e incluso ciudadanía que no se encuentre asociada a ninguna entidad, pero como ya hemos comentado, dependerá de cada municipio.

En el caso de Barcelona, el Consejo Social, es presidido por su alcaldesa. La vicepresidencia se elige en la primera sesión plenaria entre representantes de instituciones y entidades presentes en el Consejo. Lo completan: un concejal por grupo municipal que forma el Consistorio; un representante de cada uno de los Consejos Sociales de Distrito y un representante de cada Consejo Sectorial; hasta quince representantes de instituciones representativas de la ciudad; hasta quince representantes de asociaciones inscritas en el ficheros de asociaciones municipales; hasta quince representantes de la ciudadanía escogidas al azar entre un registro formado por personas que han manifestado la voluntad de participar en el Consejo.

En la ciudad de Albacete, su composición es más amplia que en Barcelona. Es presidido por el alcalde y forman parte los siguientes consejeros-representantes: cuatro, siendo uno del grupo político de gobierno y tres de la oposición; dos consejeros de las organizaciones sindicales más representativas de la ciudad; un consejero de la Universidad; un consejero de la Federación de Asociaciones de Vecinos; un consejero de Foro de



la Participación¹⁰⁶; un consejero de la Cámara de Comercio; un consejero de colegios profesionales; un consejero de representantes de organizaciones en defensa del medio ambiente, a propuesta del Consejo Municipal del Medio Ambiente; un consejero de una entidad cultural; un consejero de medios de comunicación, a propuesta de la asociación de prensa; un consejero de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; un consejero de la Administración General de Estado; un consejero de la entidad financiera con mayor implantación en Albacete; un consejero de asociaciones de discapacidad; un consejero del Consejo de la mujer; un consejero del Consejo Local de la Juventud; un consejero del Consejo Municipal de Mayores (FADEMA); un consejero de asociaciones deportivas; un consejero de los que hayan ostentado la consideración de alcaldes o alcaldesas democráticas de la ciudad; y por último podrán asistir en calidad de asesores personas expertas en materias que vayan a ser tratadas por en el Consejo, a propuesta de la presidencia.

En Logroño existe una composición muy similar a la que se da en la ciudad de Albacete. Divide sus componentes en natos, siendo estos el alcalde o alcaldesa, el portavoz de gobierno municipal y los portavoces de los grupos municipales con representación en el Pleno y el concejal de participación ciudadana; y aquellos otros nombrados por el Pleno, siendo estos: diez vecinos con especial relevancia o representación ciudadana en los ámbitos social, cultural, económico, deportivo, vecinal y asociativo en general, cuya propuesta de nombramiento corresponde a tres vecinos nombrados por la Junta de Gobierno Local; siete vecinos nombrados a propuesta de los distintos Grupos Políticos en proporción a su representación en el Pleno del Ayuntamiento; once representantes de la ciudad de Logroño

¹⁰⁶ Este representante pensamos que de momento estará en suspenso al haberse extinguido el Foro de la Participación al dejar de recibir fondos directos del Ayuntamiento de Albacete.

propuestos por sus respectivas asociaciones, y que correspondería a la representación de una serie de entidades como son: dos representantes por los sindicatos con mayor representación de acuerdo con la Ley Orgánica de Libertad Sindical; un representante por la Federación de Empresarios de La Rioja; un representante por la Cámara de Comercio e Industria de la Rioja; un representante por la Universidad de La Rioja; un representante por la Coordinadora de la tercera edad de Logroño; un representante por el Consejo de la Juventud de Logroño; un representante por la Federación de Asociaciones de vecinos de la Rioja; un representante por el Colegio oficial de Arquitectos de La Rioja; un representante en representación de las entidades financieras; un representante en nombre de las asociaciones de discapacitados; un miembro con voz y sin voto y el Secretario General del Pleno, que actuará como Secretario¹⁰⁷.

Por último citaremos la composición del Consejo en la ciudad de Madrid. En primer lugar, su Consejo Social recibe la denominación de Consejo Director¹⁰⁸. Destaca en la composición del citado consejo la presencia de las personas que hubieran sido presidentes de la Nación y de la Comunidad de Madrid. También están presentes los rectores de la Universidad Rey Juan Carlos, Complutense, Autónoma, Politécnica de Madrid y Nacional a Distancia así como veinte consejeros sectoriales, lo que conlleva que sea mucho más técnica y elitista que otros consejos del resto de la geografía española.

¹⁰⁷ Publicado en el Boletín Oficial de La Rioja nº 143 de 6 de noviembre de 2004 y modificado por el Boletín Oficial de La Rioja nº 151 el día 13 de noviembre de 2007.

¹⁰⁸ El Reglamento Orgánico del Consejo Director de la ciudad de Madrid fue publicado en el Boletín Oficial de Comunidad de Madrid nº 244 el día 13 de octubre de 2004 y en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid nº 5630 el día 16 de octubre de 2004, págs. 4438-4441.



c) Funcionamiento. Casos de las ciudades de Barcelona, Albacete, Logroño y Madrid

El funcionamiento de estos consejos es muy similar, independientemente de la ciudad. Suele estar compuesto por una presidencia, el plenario y comisiones de trabajo.

En la ciudad de Barcelona y que sirvió de ejemplo para otras muchas, su Consejo Social se conforma de la presidencia, el plenario y una comisión permanente, pudiendo así mismos determinar dicha comisión o el plenario el establecimiento de grupos de trabajo temporales para el seguimiento y estudio de las iniciativas que se acuerden. El plenario se reunirá de manera ordinaria cada seis meses y como mínimo una vez al año. De forma extraordinaria podrá reunirse cada vez que sea convocado por la presidencia o a petición de un tercio de los miembros del Consejo. La regularidad con la que se reúna la Comisión Permanente será de dos meses o cuando lo solicite la presidencia a iniciativa propia o también a petición de un tercio de los miembros del Consejo¹⁰⁹.

En Albacete, se estructura al igual que la ciudad de Barcelona con la presidencia y el pleno que se reunirán con la misma asiduidad que el comentado anteriormente. También recoge la posibilidad de la constitución de comisiones de trabajo necesarias por razón de la materia, teniendo la potestad de creación el pleno, y siempre y cuando no existan comisiones sectoriales a ese respecto¹¹⁰.

¹⁰⁹ Texto disponible en la web:

www.conselldeciutat.cat/es/page.asp?id=4, fecha de la consulta el día 3 de octubre de 2016.

¹¹⁰ Artículo 11 y ss. del Reglamento Orgánico del Consejo Social y de Sostenibilidad de la ciudad de Albacete.

Logroño utiliza un modelo más sencillo de Consejo Social al estar compuesto tan sólo por el Pleno del mismo¹¹¹. También, a diferencia de otros, se reúne más regularmente al ser sus reuniones trimestrales. Podrán convocarse sesiones extraordinarias por petición del presidente o de una tercera parte de los miembros del mismo. En Logroño no se recoge la posibilidad de crear comisiones de trabajo pero si se establece la opción de que el presidente pueda requerir la presencia en las sesiones, de personal técnico, para informar o asistir en el debate.

En Madrid el Consejo Social¹¹², denominado como ya dijéramos Consejo Director, está configurado por el Presidente, el Pleno y Comisiones de Trabajo, recogándose la figura del Coordinador¹¹³ del Consejo, que tienen entre otras misiones las de suministrar toda la infraestructura al Consejo para su normal desenvolvimiento así como el asesoramiento jurídico al mismo en relación con los reglamentos que les afectan. La regularidad de sus reuniones es similar a las que se producen en Barcelona o Albacete pero la diferencia estriba a la hora de convocar al Consejo de forma extraordinaria, dado que sólo el Presidente es quien ostenta esta capacidad.

Hemos visto como en muchas ciudades la creación o no de comisiones de trabajo, dentro del Consejo Social de la Ciudad, obedece a la existencia de consejos sectoriales cuya instauración

¹¹¹ Texto disponible en la web: www.logro-o.org, fecha de la consulta el día 3 de octubre de 2016.

¹¹² Reglamento Orgánico del Consejo Director de la Ciudad de Madrid aprobado el 28 de septiembre de 2004.

¹¹³ Artículo 13 del Reglamento Orgánico del Consejo Director de la Ciudad de Madrid aprobado el 28 de septiembre de 2004.



en los consistorios del territorio nacional se encuentra normalizada. Para limitar esta sectorización, como dice BRUGUÉ TORRUELLA, y cuyas palabras suscribimos, se debería “reducir el número de consejos y comisiones, potenciar consejos de entidades donde expresar visiones de conjunto, y crear la figura del “técnico de participación”, responsable de coordinar y hacer funcionar los diferentes instrumentos¹¹⁴”.

III.- Órganos Participados

1.Órganos Territoriales de Gestión Desconcentrada.

A) Objeto

MERCADAL VIDAL considera el objetivo de los órganos territoriales de gestión desconcentrada, y en concreto de las **Juntas Municipales de Distrito** como órganos orientados a mejorar la gestión municipal y a facilitar la participación ciudadana, estableciéndose su composición, organización y ámbito territorial en un reglamento que se entenderá parte del Reglamento Orgánico¹¹⁵.

B) Régimen jurídico

El artículo 24.1 de la LBRL establece que “para facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y mejorar ésta, los municipios podrán establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada, con la organización, funciones y competencias que cada ayuntamiento les confiera,

¹¹⁴ Joaquím BRUGÉ TORRUELLA fue Director General de Participación Ciudadana en la Generalitat de Catalunya entre los años 2004-2008.

¹¹⁵ MERCADAL VIDAL, F., “Organización Municipal”, en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pág. 939.

atendiendo a las características del asentamiento de la población en el término municipal, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio.

El apartado segundo del artículo 24 de la LBRL, introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, establece que “en los municipios señalados en el [artículo 121](#) será de aplicación el régimen de gestión desconcentrada establecido en el artículo 128¹¹⁶”.

Nos encontramos ante una doble regulación de los órganos de gestión desconcentrada. Por un lado la del artículo 24 de la LBRL que recoge la posibilidad de la constitución potestativa de estos órganos para municipios que no son de gran población; y por otro lado, el artículo 128 que convierte a estos órganos de los distritos en obligatorios para municipios de gran población¹¹⁷.

¹¹⁶ El artículo 128.1 dispone que en los municipios de gran población “los ayuntamientos deberán crear distritos, como divisiones territoriales propias, dotadas de órganos de gestión desconcentrada, para impulsar y desarrollar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales y su mejora, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio.

¹¹⁷ Son municipios de gran población, según el artículo 121 de la LBRL: a) los municipios cuya población supere los 250.000 habitantes; b) los municipios capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes; c) los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas; d) asimismo, los municipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. En los supuestos de los puntos c y d, se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos.



Estos órganos de gestión desconcentrada deben enmarcarse, en virtud del artículo 20.2 de la LBRL, dentro de una organización complementaria que permite a las leyes autonómicas su establecimiento dejando margen a las administraciones locales en el ejercicio de su potestad de autoorganización. Esta primacía de las leyes autonómicas sobre régimen local, que prevalecen ante cualquier reglamento municipal teniendo el ROF carácter supletorio, no quedó dirimida hasta la STC 214/1989, de 21 de diciembre¹¹⁸ y la posterior modificación de la LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril.

Pese a lo anterior, las leyes autonómicas que han regulado estos órganos territoriales de gestión desconcentrada lo hacen de forma subsidiaria tras permitir su regulación por los reglamentos municipales¹¹⁹.

El ROF también tendrá carácter supletorio, ya sea de las normativas de las Corporaciones Locales o de las leyes autonómicas¹²⁰.

C) Problemática de la denominación de los órganos de gestión desconcentrada

¹¹⁸ F. J. 6º.

¹¹⁹ Entre otros: artículo 19, de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias publicado en el BOE nº 101, de 28 de abril de 2015; artículo 59.1 Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia.

¹²⁰ QUINTANA LÓPEZ, T., *La Desconcentración en la Organización de los Municipios*, Documentación Administrativa nº 228, 1991, pág.149.

Como recoge IBÁÑEZ MACÍAS¹²¹, estos órganos no reciben una denominación unitaria en todos los municipios. En la LBRL los califica simplemente como “órganos de gestión desconcentrada”¹²², lo que puede llevar a la equivocación, al denominarse de distinta manera dependiendo del municipio donde estén creados, pudiendo encontrarnos ante un mismo órgano con funciones similares sin percatarnos.

El ROF regula tan sólo la creación de lo que designa como “Juntas Municipales de Distrito”, no estableciendo algunos tipos más en distintos niveles

D) Instauración de los Órganos Territoriales de Gestión Desconcentrada: competencia de los Plenos Municipales. Especial atención a los municipios de “Gran Población”

Su creación está reservada, según el ROF, al Pleno municipal de cada municipio. No debemos olvidar que la Ley 57/2003 que modificó la LBRL obliga a los municipios de “gran población”, a la instauración de estos órganos, siendo en los municipios más pequeños potestativa su creación.

Debemos mencionar la posibilidad de instaurar dichos órganos, atendiendo a las leyes autonómicas, en núcleos de

¹²¹ IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El derecho constitucional a...*, op. cit., pág. 225.

¹²² Asimismo, en el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, en su artículo 63, se recogen con la misma denominación.



población distanciados del municipio cuando la mayoría de los vecinos así lo solicite¹²³.

La Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, contempla en su artículo 38.1 la posibilidad de “en los municipios de más de 5.000 habitantes, el Pleno podrá acordar la creación de Juntas de Distrito o Barrio, como órganos territoriales de gestión desconcentrada”. Similar la regulación en la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja (artículo 32.1), introduciendo la posibilidad de que puedan existir lo que denomina “Juntas de Vecinos”, en los núcleos de población separados de la capitalidad del municipio que no tengan la condición de entidad local menor (artículo 33.1).

E) Composición: remisión a reglamentos orgánicos municipales

Los artículos 24 y 128 de la LBRL, así como el artículo 129 del ROF, en relación con la composición de los órganos de gestión desconcentrada, remiten a los reglamentos orgánicos municipales, puesto que no regulan la misma.

La composición de los órganos de gestión desconcentrada es muy diversa y difusa, teniendo que acudir a legislaciones autonómicas y reglamentos orgánicos de funcionamiento de las corporaciones locales. El artículo 235 ROF dice que las “asociaciones generales o sectoriales canalizarán la participación de los vecinos en los Consejos sectoriales, en los órganos colegiados de gestión desconcentrada, etc.”. Estas asociaciones,

¹²³ Así lo establece el artículo 65.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

para poder participar, deberán estar inscritas en los registros creados a tal efecto (artículo 236 ROF).

Algunas Comunidades Autónomas remiten a una composición mixta: en la que formen parte vecinos y miembros de la Corporación Municipal¹²⁴; entre representantes de asociaciones y miembros de la Corporación municipal¹²⁵; una forma mixta de las anteriores, es decir, miembros de la Corporación Municipal (concejales), vecinos y asociaciones ciudadanas¹²⁶; composición exclusiva de vecinos¹²⁷, etc.

F) Funcionamiento y competencias

¹²⁴ La Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 34.2 la composición de los órganos de gestión desconcentrada por vecinos y miembros de la Corporación municipal.

¹²⁵ La Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración Local de La Rioja, en su artículo 32.2 recoge que "En ausencia de regulación específica, dichas Juntas integrarán a concejales y representantes de las asociaciones vecinales..."

¹²⁶ El Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña lo establece en su artículo 61.2.

¹²⁷ La Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias publicado en el BOE nº 101, de 28 de abril de 2015, recoge en su artículo 19.3 que están presididas por el alcalde o concejal en quien delegue y la integran las entidades ciudadanas domiciliadas en el municipio a través de los representantes que ellas elijan o designen en número que determine el pleno de la corporación, en proporción a la población que represente cada una de ellas.



El artículo 139.1 ROF establece que “el funcionamiento de las Juntas de distrito se rige por las normas que acuerde el Pleno, a través del reglamento que las regule y se inspirará en las normas reguladoras del funcionamiento del Pleno, que regirán en todo caso de forma supletoria”. Así, habrá que atender a las normas autonómicas y a las establecidas por los reglamentos municipales propios para determinar sus funciones y competencias.

No podemos olvidar al artículo 129.2 ROF que recoge que “el reglamento de las Juntas determinará asimismo las funciones administrativas que, en relación a las competencias municipales, se deleguen o puedan ser delegadas en las mismas, dejando a salvo la unidad de gestión del municipio”.

Las competencias de los órganos de gestión desconcentrada podrán tener carácter consultivo, de gestión o decisorio, dependiendo de la normativa legal aplicable a los mismos.

Entre las competencias específicas que les han otorgado las legislaciones autonómicas a estos órganos se encuentran, por ejemplo en el caso de la Región de Murcia, las de elevar propuestas, iniciativas, peticiones, informes, reclamaciones o quejas a órganos municipales¹²⁸ y colaboración en la vigilancia y gestión de la ordenación urbanística¹²⁹, entre otras.

¹²⁸ También recogido por el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (artículo 63.c) y en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.

¹²⁹ Artículo 40 de la Ley 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia.

Es importante destacar que algunas legislaciones autonómicas han reconocido a estos órganos la posibilidad de que se delegue en ellos funciones ejecutivas como son la gestión de servicios. En este sentido, la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia permite en su artículo 70 a los órganos de gestión desconcentrada que puedan “ejercer las competencias y funciones que cada Ayuntamiento les confiera, atendiendo a las características del asentamiento de la población en el término municipal y, en especial, en los sectores sanitario, asistencial, cultural, deportivo y recreativo, garantizándose, en todo caso, el principio de unidad de gobierno y gestión en el municipio, a cuyo efecto se establecerán en el acuerdo de delegación los sistemas de revisión y control de los actos y acuerdos adoptados por los órganos de participación”. Igualmente, el ya citado **Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña permite la delegación de competencias, con una redacción muy similar a la de la Ley 5/1997 pero con algunos matices**¹³⁰.

130 El artículo 64 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña dice así: 64.1 Los órganos territoriales de participación pueden ejercer por delegación funciones deliberativas y ejecutivas en las materias relativas a la gestión y la utilización de los servicios y los bienes destinados a actividades sanitarias, asistenciales, culturales, deportivas y de recreo cuando su naturaleza permita la gestión desconcentrada y no afecte a los intereses generales del municipio. Puede ampliarse la delegación a otras actividades, siempre que concurren las condiciones anteriores; 64.2 Con el fin de garantizar el principio de unidad de gobierno y de gestión del municipio: El ejercicio de las facultades de gestión y ejecución corresponde, en todo caso, al concejal presidente, de acuerdo con las decisiones adoptadas por el órgano de participación. Tienen que establecerse los sistemas de revisión y control de los actos y los acuerdos adoptados por los órganos de participación.



2. Consejos de Participación Ciudadana: especial atención al caso del municipio de Castellón

Estos órganos son creados por los municipios para encauzar la participación ciudadana de asociaciones, entidades y vecinos. Su denominación también varía, como ya hemos visto en otros órganos de participación, dependiendo del municipio así como sus competencias.

En Castellón, municipio pionero en implantar políticas de participación ciudadana, el Consejo de participación ciudadana comenzó a funcionar el 9 de noviembre de 1988. Se constituyó como órgano complementario del Ayuntamiento, sin personalidad jurídica propia, considerándose como interlocutor válido y representativo de los vecinos de Castellón mediante sus asociaciones, en la Administración y gozando de independencia en sus propias decisiones y con estricta sujeción al reglamento que lo regula¹³¹.

Los órganos desconcentrados tienen que ejercer sus funciones de acuerdo con los programas y las directrices establecidos por el pleno. Los actos de los órganos de participación territorial pueden impugnarse ante al órgano correspondiente del ayuntamiento mediante el recurso de altura.

¹³¹ Reglamento del Consejo de Participación Ciudadana de Castellón publicado en el B.O.P. de Castellón nº 47, de 20 de abril de 1993.





Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES POR LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO: UNA CUESTIÓN PENDIENTE DE RESOLUCIÓN

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda

Jefe de Servicio de Coordinación, Documentación y Medios,
de la Intervención General, de la Junta de Comunidades de
Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: octubre de 2016

RESUMEN: La modificación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, a través de la disposición final séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha supuesto la habilitación de las fundaciones del sector público como sujeto activo de la relación subvencional, poniendo en cuestión la noción tradicional de subvención como instituto jurídico reservado a las entidades públicas dotadas de potestades administrativas. Dicha modificación legal ha suscitado, asimismo, incertidumbre sobre el ámbito de aplicación que pueda atribuirse,



tras la misma, a las entregas dinerarias sin contraprestación, como categoría de ayudas susceptible de aplicación por las fundaciones del sector público. Estas son las cuestiones que se abordan en el presente artículo, con la finalidad última de contribuir al debate sobre una cuestión que, al menos desde la perspectiva del derecho positivo, sigue pendiente de resolución, a falta de los desarrollos reglamentarios que puedan despejar las dudas suscitadas por el referido cambio legal.

ABSTRACT: The modification of the sixteenth additional provision of Law 38/2003 of 17 November, general of subsidies, through the seventh final provision of Law 40/2015, of October 1, the legal regime of the public sector, has of course enabling the foundations of the public sector as an active subject of subvencional relationship, calling into question the traditional notion of subsidy as reserved public entities of administrative powers legal institution. Such legal change has also caused uncertainty about the scope of that can be attributed after it, to monetary deliveries without consideration, as a category of susceptible aid application by the public sector foundations. These are the issues addressed in this article, with the ultimate aim of contributing to the debate on an issue that, at least from the perspective of positive law, still pending, in the absence of regulatory developments that may dispel doubts raised by that legal change.

PALABRAS CLAVE: entregas dinerarias sin contraprestación, subvención, fundaciones del sector público, ley general de subvenciones, fomento administrativo.

KEY WORDS: cash deliveries without consideration, grant, public sector foundations, grants general law, administrative building.

SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA MODIFICACIÓN LEGAL: SUBVENCIONES VERSUS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN; III. CONSECUENCIAS Y PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MODIFICACIÓN LEGAL; IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CAMBIO NORMATIVO; V. PERVIVENCIA O QUEBRANTO DE LA NOCIÓN TRADICIONAL DE SUBVENCIÓN; VI. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL; VII. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN, A CARGO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO; VIII. CONCLUSIONES; IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

No son pocas las ocasiones en que los cambios normativos nos colocan en la difícil posición de tener que descubrir –o inventar– la forma en que han de acomodarse las piezas de ese complejo mecano, siempre en construcción, que es el derecho administrativo.

El objeto de este trabajo es precisamente uno de esos episodios. El derivado de la modificación de la disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (en adelante, LGS), a medio de la disposición final



séptima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en lo sucesivo LRJSP).

Esta modificación legal introduce, como veremos, un cambio de cierto calado en la tradicional concepción del instituto jurídico de la subvención pública y, por derivación, obliga a replantear el ámbito de aplicación de las denominadas entregas dinerarias sin contraprestación. Categoría jurídica, esta última, que si bien había sido objeto de las habituales críticas administrativistas, a partir del recurrente argumento de constituir una manifestación más de la archiconocida huida del derecho administrativo¹³², disponía de un campo de actuación siquiera someramente definido, por más que, contra lo que hubiera sido deseable desde el punto de vista de la racionalidad jurídica, en dicha definición fueran determinantes factores de índole puramente formal o subjetivo, frente a otros, directamente ausentes, de carácter material o sustantivo (como sucede, por otra parte, con algunas otras categorías jurídicas colindantes con la subvención).

La modificación operada en el apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS deja la misma redactada en los siguientes términos:

¹³² Valgan por todas las consideraciones realizadas al respecto por CORTELL en uno de los escasos artículos doctrinales sobre la materia: *"La segunda cuestión antes planteada [relativa a las posibilidades que tienen las Administraciones Públicas de eludir la plena sujeción de la potestad subvencional al derecho público, derivando hacia sus entes instrumentales de derecho privado el otorgamiento de subvenciones] no es más que una particularización del fenómeno más amplio que se ha calificado acertadamente como <<huida del Derecho administrativo>>. La Administración recurre a formas de personificación sujetas al Derecho privado para evitar el mayor rigor de la legislación administrativa que le es propia".* CORTELL GINER, Robert P. *El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público*. Revista Española de Control Externo. Vol. XI, nº 32, 2009. Pág. 81.

“Disposición adicional decimosexta. Fundaciones del sector público.

1. *Las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2.*

La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación.

2. *A los efectos de esta ley, se consideran fundaciones del sector público aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público.*
 - b) *Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.”*

El resultado del consabido cambio normativo resulta singularmente desconcertante si tenemos en cuenta que la



redacción original de la disposición adicional decimosexta de la LGS versaba sobre las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público (limitándose, en esencia, en su apartado 1, a reproducir lo que ya establecía el artículo 3.2, párrafo segundo de la misma LGS), en tanto que, tras la entrada en vigor de la disposición final séptima de la LRJSP (con fecha 3 de octubre de 2015), aquélla omite cualquier referencia a dicha categoría jurídica para ocuparse de otra figura, ciertamente próxima pero distinta, cual es la de las subvenciones públicas. Un desconcierto que, como tendremos oportunidad de comprobar, no es capaz de despejar (al menos con suficiencia) el análisis del proceso de gestación de la modificación legal que nos ocupa.

Ante este escenario, resulta razonable preguntarse sobre el papel que, tras la mudanza normativa acaecida, cabe atribuir a las entregas dinerarias sin contraprestación y, en particular, sobre la delimitación de su ámbito de aplicación, si lo hubiere, como cauce de articulación de las ayudas dinerarias por parte de las fundaciones del sector público, habida cuenta de la posibilidad, por primera vez abierta en nuestro derecho administrativo, de que estas mismas fundaciones puedan conceder subvenciones públicas. Dicho en otros términos, la cuestión que pretendemos abordar en este trabajo estriba en dirimir en qué circunstancias y bajo qué presupuestos las ayudas pecuniarias que pretendan concederse por las fundaciones del sector público deben articularse en forma de subvenciones públicas y cuándo, por el contrario, dichas ayudas han de adoptar la forma de entregas dinerarias sin contraprestación, con las sustanciales consecuencias que ello conlleva en lo relativo a su sujeción a uno u otro régimen jurídico (enteramente público las primeras y sustancialmente privado las segundas).

Definido en los términos recién expresados el objetivo pretendido, parece razonable comenzar por analizar el estado de la cuestión con anterioridad a la modificación legal que nos ocupa;

estableciendo, con ello, las bases a partir de las cuales sea posible empezar a fundamentar una propuesta de interpretación plausible, que permita sostener, coherentemente, el conjunto normativo resultante del consabido cambio legislativo.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA MODIFICACIÓN LEGAL: SUBVENCIONES VERSUS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN

Desde que en 1949 JORDANA DE POZAS publicase su célebre *“Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”*¹³³, considerado convencionalmente el trabajo fundacional de la teoría de la actividad administrativa de fomento, la subvención ha constituido el paradigma indiscutible de esta clase de actividad, constitutiva, junto a las de policía y servicio público, de la más conocida y citada clasificación de la actividad de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, uno de los signos distintivos de la actividad administrativa de fomento viene constituido por la amplitud y flexibilidad de sus formas y medios, subrayada ya por el propio JORNADA DE POZAS en el famoso artículo, donde el término subvención es curiosamente empleado en una única ocasión, para clasificarla entre los medios *“económicos”* de fomento, junto a otros del mismo carácter, tales como *“primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés, etc, y las exenciones y demás privilegios de carácter fiscal”*¹³⁴.

Esta diversidad de instrumentos al servicio de la acción pública de fomento, ha convertido en lugar común de cualquier estudio sobre

¹³³ JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 48, 1949, Pág. 41-54.

¹³⁴ Ibid, Pág. 53.



la figura de la subvención la necesidad de proceder a su delimitación conceptual con respecto a otras categorías afines; para lo cual no siempre ha sido posible emplear factores de carácter sustantivo, sino que, por el contrario, ha debido acudir al auxilio de elementos de índole meramente formal o, incluso, exclusivamente subjetivo, cual sucede, tal y como veremos, con las denominadas entregas dinerarias sin contraprestación.

Subvención y entrega dineraria sin contraprestación participan, como sucede con otras figuras típicas de la actividad administrativa de fomento (avales, ayudas en especie, créditos blandos, beneficios fiscales, etc), de los perfiles propios de las denominadas donaciones modales (también llamadas donaciones onerosas o con causa onerosa)¹³⁵, en las que la ventaja unilateralmente concedida por el donante no constituye un acto de pura liberalidad, exento de cualquier finalidad o gravamen para el donatario, sino que incluye determinadas obligaciones para este último, encaminadas a la satisfacción de un fin determinado, que, tratándose de subvenciones públicas se identificará, necesariamente, con la utilidad pública o el interés social al que sirve el poder público que la concede, y que, en el caso de las entregas dinerarias sin contraprestación, se conecta con el concreto fin fundacional o social de la entidad que la otorga.

Definiciones doctrinales al margen, la LGS nos ofrece un concepto legal de subvención compuesto de un doble contenido: objetivo o material, de una parte, y subjetivo o formal, de otra; dándose la circunstancia de que la concurrencia de ambos elementos resulta indispensable para la identificación de la noción jurídica de subvención.

¹³⁵ El artículo 619 del Código Civil se refiere a las donaciones modales en los siguientes términos: *“Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.”*

El primero de los factores constituyentes del concepto legal de subvención, de índole objetiva, anida en el artículo 2 de la LGS, a medio del cual queda definida como una disposición dineraria realizada a favor de personas públicas o privadas, sin contraprestación *directa* de los beneficiarios y sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo susceptible de catalogarse de utilidad pública o de interés social, o de satisfacer una finalidad pública.

El concepto de subvención, no se completa, sin embargo, sin la concurrencia de un segundo factor, que lo ha caracterizado desde su fundación, cual es que dicha disposición dineraria sea realizada por una entidad de derecho público dotada de potestad administrativa; pues, no en vano, la subvención no es sino el instituto jurídico por excelencia de una de tales potestades administrativas típicas: la potestad de fomento.

Dicho componente subjetivo sigue integrando –al menos, de principio–, el concepto legal de subvención, a la vista de lo preceptuado en el precitado artículo 2 de la LGS en relación con el artículo 3 del mismo texto legal, en tanto que refieren la condición de sujeto activo de la relación subvencional a las Administraciones Públicas territoriales, así como a los *“organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas”* (Vid. Art. 3.2 de la LGS).

Ahora bien, es lo cierto que la realización de entregas dinerarias sin contraprestación directa de los beneficiarios, orientadas a la satisfacción de aquellos fines que son propios a la entidad concedente y financiada con cargo a fondos públicos, no se ha constituido, en nuestro ordenamiento jurídico, en monopolio exclusivo de las entidades de derecho público dotadas de



potestades administrativas. Una opción que, por lo demás, habría resultado perfectamente aceptable desde la lógica básica de la teoría del fomento administrativo, en tanto que no parecería contrario a la razón concluir que la unilateral disposición de fondos públicos en beneficio de determinadas personas físicas o jurídicas, tendría que estar tutelada por los poderes exorbitantes característicos de las potestades administrativas (singularmente los relativos a la autotutela declarativa y ejecutiva), en garantía, precisamente, de la eficiente aplicación de tales fondos públicos.

En cualquier caso, es lo cierto que el legislador optó por abrir la posibilidad de que las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que actúan en régimen de derecho privado y, en consecuencia, huérfanas de potestades administrativas y de sus prerrogativas anejas, realicen este tipo de prestaciones dinerarias -finalmente procedentes, igualmente, de fondos públicos-, sin contraprestación directa de los destinatarios, siempre que las mismas tuviesen relación inmediata con el objeto de la actividad definido en sus estatutos o normas de creación. Una elección explicitada, con un alcance general, en el artículo 3.2, párrafo segundo de la LGS, y concretada para las fundaciones del sector público en la disposición adicional decimosexta de la propia LGS, en su redacción anterior a la modificación legal llevada a cabo por la consabida disposición final séptima de la LRJSP.

Surge así una nueva categoría de ayudas públicas -en tanto financiada con fondos públicos-, cual es la de las llamadas "*entregas dinerarias sin contraprestación*", cuya sola denominación evidencia su correspondencia sustantiva con la noción de subvención, pero cuyo régimen jurídico se aparta manifiestamente del de esta última, en razón a una única y, a la postre, decisiva circunstancia: la distinta naturaleza del sujeto activo que interviene en una y otra relación.

Resulta significativa, a este respecto, la ausencia de una definición legal de las entregas dinerarias sin contraprestación. Una consecuencia natural de su falta de distinción material de las subvenciones¹³⁶, por más que pueda especularse con ciertas connotaciones, vinculadas a su finalidad, que marquen alguna diferencia sustantiva, más teórica que real. Debiendo advertirse, en relación con esta última cuestión, que, si bien desde un punto de vista puramente hipotético, cabría la posibilidad de situar la diferencia material entre subvención y entrega dineraria sin contraprestación en la diversidad de los fines a los que ambas categorías de ayudas responden: la utilidad pública y el interés social, las primeras, y, el fin fundacional, social o estatutario, las segundas; es lo cierto que estas diferencias pueden resultar de muy difícil percepción práctica, dada la lógica proximidad, cuando no el mimetismo, entre los fines sociales y fundacionales de las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas sujetas a derecho privado (fundaciones y empresas públicas) y aquellos fines a los que sirven estas mismas Administraciones Públicas.

¹³⁶ La falta de una efectiva distinción material o sustantiva entre subvención y entrega dineraria sin contraprestación ha sido apreciada entre los autores que se han ocupado de este tema. Así, a título de ejemplo, PASCUAL GARCÍA nos dice al respecto cuanto sigue: *“La sustitución del término <<subvención>> por el de <<aportaciones dinerarias sin contraprestación>> revela ya una distinta naturaleza jurídica, pese a que financiera y materialmente no existen diferencias. El problema, a efectos de delimitación, está en determinar cuándo se ejercitan potestades administrativas y cuándo no, dado el carácter indeterminado del criterio. Pese a su indeterminación, es necesario partir del concepto administrativo de <<potestad>>, en lugar de atender a la naturaleza de la ayuda, dado que, como hemos dicho, materialmente en nada se diferencia una subvención y una <<aportación dineraria sin contraprestación>> concedida por estas entidades”*. PASCUAL GARCÍA, José. *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Ediciones Boletín Oficial del Estado, sexta edición (2016), Pág. 62.



En consecuencia, se impone la conclusión de que el distinto régimen jurídico aplicable a las subvenciones (derecho público) y a las entregas dinerarias sin contraprestación (derecho privado), responde a un único motivo, consistente en la diversa naturaleza de las entidades que las conceden: Administraciones Públicas y órganos y entidades dotados de potestades administrativas, las primeras, y entidades públicas de derecho privado, carentes de tales potestades, las segundas.

Cierto es, no obstante, que el legislador, consciente de la transcendencia de que las entregas dinerarias sin contraprestación se nutran, en última instancia, de los presupuestos públicos (que son, obviamente, los que soportan finalmente el conjunto o la mayor parte de las actividades propias de las entidades del sector público que las realizan), ha sujetado los procedimientos de concesión de tales entregas a los "*principios de gestión*" propios de las subvenciones públicas, así como a las obligaciones de información previstas para estas últimas, ex artículo 3.2, párrafo segundo de la LGS. Circunstancia que evidencia, a nuestro juicio, una cierta *vis atractiva* del contenido del derecho público sobre aquellos aspectos del régimen jurídico de las entregas dinerarias si contraprestación que puedan presentar una relación más directa con dichos principios (en particular, con los relativos al procedimiento de selección de los destinatarios de las entregas dinerarias en cuestión), como de alguna forma viene a evidenciar el contenido del artículo 5 del Reglamento de la Ley General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RLGS), a medio del cual se imponen determinados contenidos de necesario reflejo en el procedimiento elaborado por la entidad concedente para la realización de las aportaciones dinerarias sin contraprestación¹³⁷.

¹³⁷ Un contenido mínimo que se reproduce, en casi idénticos términos, en el artículo 5 del Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones, aprobado por Decreto 21/2008, de 5 de febrero.

Tales principios de gestión no son otros que los relacionados en el artículo 8.3 de la propia LGS: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la entidad otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Por su parte, las citadas obligaciones de información son las establecidas en el artículo 20 del mismo texto legal, alusivo a la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS), catalogada como sistema nacional de publicidad de las subvenciones, en aplicación de lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (aun cuando, en esta última, las obligaciones de publicidad activa alcancen no solo a las subvenciones, sino a todas las ayudas públicas)¹³⁸, a la que deben comunicarse, a tales efectos, las entregas dinerarias sin contraprestación realizadas por las entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y sujetas a derecho privado.

No obstante lo cual, es lo cierto que, a salvo de la sujeción a los citados principios de gestión y a las consabidas obligaciones de información, el régimen propio de las entregas dinerarias sin contraprestación es el de derecho privado. Lo que, más allá del sometimiento a dichos principios, las sitúa extramuros del ámbito de aplicación de la legislación en materia de subvenciones públicas; quedando definido su régimen jurídico por las obligaciones y derechos que para las partes se deriven de los

¹³⁸ Véase lo dispuesto en el artículo 8.1, c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, cuya literalidad revela la insuficiencia del actual contenido de la BDNS para atender íntegramente el mandato de publicidad activa en materia de *ayudas públicas* contenido en el mismo, toda vez que el concepto de *ayuda pública* desborda los de subvención y entrega dineraria sin contraprestación, al tener cabida en el mismo otros tales como avales, ayudas en especie, créditos blandos, beneficios fiscales, etc.



instrumentos a medio de los cuales se articulen las entregas dinerarias sin contraprestación, definidores de la relación jurídica establecida entre la entidad concedente y el destinatario de la entrega (sean convocatorias, acuerdos o convenios de concesión) y, en lo no previsto en tales instrumentos, por las previsiones establecidas con carácter general en materia de obligaciones y, en particular, para las donaciones modales u onerosas, por el Código Civil. Corolario de lo cual es la atribución a la jurisdicción civil del conocimiento de los litigios que se deriven de la concesión, o no, de las entregas dinerarias sin contraprestación, así como de su aplicación, justificación y eventual reintegro, por parte de los beneficiarios, en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones anudadas a su recepción.¹³⁹

Esta era, en síntesis, la concepción jurídica comúnmente aceptada en torno a las categorías de subvención y entrega dineraria sin contraprestación. Una concepción que gozaba, por lo demás, del respaldo del derecho positivo, pues no en vano la regulación establecida al respecto en la LGS se encontraba, como acabamos de ver, en perfecta armonía con tales presupuestos doctrinales.

¹³⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta concluyente, al respecto, a partir de la resolución adoptada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia, prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante Auto de 28 de junio de 2013, nº 17/2013, rec. 8/2013, a medio del cual se declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer de los litigios derivados de las concesiones de entregas dinerarias sin contraprestación (en el supuesto concreto objeto de examen, de una demanda por denegación de tales ayudas), dada su sujeción al derecho privado. Queda por resolver, no obstante, la posibilidad de que el conocimiento de las demandas que tuvieran por fundamento el incumplimiento de los principios de gestión establecidos en la LGS pudieran ser del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma análoga a lo que sucede en relación con los llamados *actos separables* en el ámbito de los contratos privados de las Administraciones Públicas.

Es en este estado de cosas en el que se produce la modificación legal que nos ocupa, a medio de la cual se abre una puerta a la posibilidad de cuestionar la solidez de alguno de los pilares sobre los que se sustenta la tradicional noción de subvención (en tanto instrumento reservado al uso exclusivo de los poderes públicos dotados de potestades administrativas) y, de soslayo, se genera un espacio de incertidumbre delimitado por la indefinición del ámbito de aplicación de las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público.

III. CONSECUENCIAS Y PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA MODIFICACION LEGAL.

El apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS -relativa a las fundaciones del sector público e integrante de la legislación estatal básica-, en su redacción anterior a la modificación llevada a cabo por la disposición final séptima de la LRJSP, establecía lo siguiente:

“1. Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos”.

Esta redacción no aportaba, ciertamente, ninguna novedad respecto a lo ya establecido en el artículo 3.2, párrafo segundo, de la propia LGS, donde se afirmaba exactamente lo mismo, si bien con un alcance subjetivo más general, no limitado a las fundaciones del sector público, comprensivo del conjunto de las entidades con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas que se rijan por el derecho privado (dicho resumidamente, incluso tanto de las fundaciones del sector público como de las empresas



públicas). De suerte que la única aportación real de la disposición adicional decimosexta de la LGS respecto al meritado artículo 3.2, párrafo segundo de la misma, era la que se llevaba a cabo en su apartado 2, en el que se establecía una definición de las fundaciones del sector público, a los efectos de la propia LGS, que, como es sabido, no se ha visto afectado por la modificación legal llevada a cabo por la LRJSP¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Si bien, no puede dejar de advertirse que la LRJSP incorpora una definición de las fundaciones del sector público estatal, en su artículo 128.1, que no se corresponde íntegramente con el establecido en el apartado 2 de la disposición adicional decimosexta de la LGS. Así, el precitado artículo 128.1 de la LRJSP, incluye entre las fundaciones del sector público estatal aquellas en las que concurra la sola circunstancia de que *“la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal”*, que, sin embargo, no se consideran fundaciones del sector público, a los efectos de la LGS –es decir, a los efectos de la legislación básica estatal en materia de subvenciones-, si además no reúnen alguna de las dos condiciones establecidas al efecto en dicha disposición adicional decimosexta: *“a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, sus organismos públicos o demás entidades del sector público”,* o bien *b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”*. De lo que se deriva una llamativa y a la vez significativa consecuencia, cual es que no todas las fundaciones del sector público estatal están habilitadas para la concesión de subvenciones conforme a la archicitada disposición adicional decimosexta de la LGS, sino que, por el contrario, solo lo estarían, en las condiciones que en la misma se establecen, aquellas fundaciones en que la razón determinante de su integración en el sector público sea la posición *económicamente* dominante de las poderes públicos (ya sea porque se constituyan con una aportación mayoritaria del sector público o porque la mayor parte de su patrimonio fundacional proceda del mismo) y no el solo dominio *político* o *ejecutivo* de sus órganos de gobierno huérfano de dicha hegemonía *económica*.

En cualquier caso, reiteraciones al margen, lo establecido en el artículo 3 y en la disposición adicional decimosexta de la LGS resultaba plenamente coherente con el asentado criterio de reservar el recurso al instituto de la subvención a las entidades públicas dotadas de potestades administrativas, derivando las aportaciones dinerarias sin contraprestación directa a cargo de las fundaciones del sector público y demás entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas carentes de tales potestades, hacia la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, regidas por el derecho privado, si bien sujetas a los principios de gestión e información establecidos en la LGS (artículos 8.3 y 20), en razón de su financiación a través de fondos públicos.

La modificación del apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS por la disposición final séptima de la LRJSP irrumpe en este asentado escenario, haciendo de conflictiva pervivencia su presupuesto básico, según el cual la subvención, en tanto arquetipo de la potestad administrativa de fomento, era un instituto jurídico de uso exclusivo de los entes públicos dotados de tales potestades. Y lo hace, además, para mayor desconcierto, edificando la novedosa regulación sobre los mismos cimientos (el mismo apartado 1 de misma disposición adicional) sobre los que se elevaba la ordenación de otra figura, las entregas dinerarias sin contraprestación, que desaparece, sin más, de esta disposición adicional, sin contrapunto alguno en el texto de la LGS que nos pueda orientar sobre su futuro –al menos, en cuanto a su permanencia como instrumento a disposición de las fundaciones del sector público- tras la entrada en vigor, el pasado 3 de octubre de 2015, de la referida modificación legal.

Varios son, pues, los interrogantes que apresuradamente hace surgir este cambio normativo. A saber:

- a) Si tal modificación altera, siquiera puntualmente, el concepto tradicional y, al menos hasta entonces, también legal de



subvención, o, por el contrario, es dable emplear alguna vía interpretativa que permita salvar dicha noción.

- b) Si las fundaciones del sector público pueden seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación o, tras el cambio normativo operado, solo pueden acudir al instituto de la subvención –y, en consecuencia, al derecho público- para canalizar las prestaciones pecuniarias sin contraprestación que contribuyan al cumplimiento de sus fines fundacionales, en las condiciones y con los requisitos establecidos al efecto en la tantas veces citada disposición adicional decimosexta de la LGS.
- c) Y, finalmente, si la respuesta a la cuestión precedente fuera favorable a la posibilidad de que las fundaciones del sector público concedan entregas dinerarias sin contraprestación tras la modificación de la consabida disposición adicional, emerge de inmediato la necesidad de dirimir el ámbito de aplicación de una y otra categoría de ayuda (subvención y entrega dineraria sin contraprestación), sujetas a tan distinto régimen jurídico y susceptibles de utilización por una misma entidad.

Estas serán las tres cuestiones que abordaremos en lo que resta del presente artículo, con la finalidad última de formular una propuesta de interpretación que, a sabiendas de la concurrencia de criterios mejor fundados, pueda al menos contribuir al debate, en torno a aquéllas, entre quienes, con mucho mayor conocimiento de causa, puedan esclarecer las mismas y alumbrar, de ese modo, los desarrollos reglamentarios más coherentes con el marco legal vigente, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, de los que tan necesitada se encuentra, a nuestro juicio, la problemática que nos ocupa.

IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CAMBIO NORMATIVO.

Como es obvio, cualquier planteamiento en torno a los antedichos interrogantes ha de ir precedido de la indagación del sentido o finalidad pretendida por el cambio normativo de permanente alusión, y, para ello, deviene indispensable explorar los antecedentes del mismo, con la fundada esperanza de hallar en ellos las coordenadas que nos alumbren el camino a seguir, o, cuando menos, algunas pistas significativas al respecto. Más aún cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, la exposición de motivos de la LRJSP carece de referencia alguna a la modificación de la LGS vía su disposición final séptima.

Emprendida esta tarea, acudimos, pues, al análisis del procedimiento de elaboración y tramitación de la LRJSP, para toparnos de bruces con una primera sorpresa, cual es que el contenido de la actual disposición final séptima de dicho texto legal no formó parte ni del anteproyecto de Ley ni del proyecto de Ley resultante del procedimiento de consultas posterior, finalmente aprobado por el Consejo de Ministros y remitido a las Cortes Generales para su tramitación con fecha 11 de mayo de 2015. Ergo la introducción del cambio normativo de la LGS que nos ocupa se llevó a cabo a lo largo de la tramitación parlamentaria del correspondiente proyecto de Ley. Una circunstancia que frustra, siquiera inicialmente, el anunciado propósito de tomar noticia sobre las motivaciones que se encuentren en el origen de la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS, al privarnos de la posibilidad de consultar, para ello, las memorias justificativas y demás antecedentes del proyecto de Ley o el, particularmente relevante, dictamen del Consejo de Estado, en el que, obviamente, nada pudo expresarse en torno a la cuestión que nos atañe.

Suspendida, de esta forma, nuestra esperanza de descubrir razón explícita de la modificación legal, acudimos, pues, al análisis de la



tramitación parlamentaria del proyecto de Ley, confiados en que en ella habremos de encontrar las motivaciones que buscamos.

Pues bien, examinados los antecedentes de la tramitación parlamentaria constatamos que, en efecto, la modificación que nos ocupa se plantea por primera vez a través de la enmienda de adición número 208 del Grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados¹⁴¹, a medio de la cual se propone introducir una nueva disposición final, íntegramente dedicada a la modificación de la LGS, y en cuyo punto tres se modificaría el apartado 1 de la disposición adicional decimosexta de la LGS, que pasaría a quedar redactado del siguiente modo:

“1. Las fundaciones del sector público únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante Acuerdo del Consejo de Ministros u órgano de gobierno equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita. El régimen regulador será el previsto en la Ley General de Subvenciones con las particularidades recogidas en el siguiente párrafo.

La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación”.

Matices al margen, salta a la vista la correspondencia del texto transcrito con el finalmente incorporado a la actual disposición

¹⁴¹ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 154-2, de 28 de julio de 2015, Pág. 141.

final séptima de la LRJSP de modificación de la LGS. Ahora bien, cuando confiados en haber encontrado la señal que buscábamos, acudimos presurosos al apartado “*Justificación*” de la enmienda, chocamos con una nueva y ya irritante decepción, al ver reducida tal justificación a dos únicas palabras: “*Mejora técnica*”. Resumidamente, un cambio legal de LGS, que afecta incluso al contenido básico de la misma, que no había sido incorporado ni al anteproyecto ni al proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros y que, en consecuencia, no había sido objeto de motivación o justificación alguna, ni de posible consideración en fase de información pública, ni de informe o dictamen de órganos consultivos (algunos de tan singular relevancia como el Consejo de Estado), es introducido en la Ley vía enmienda adicional, empleando como único simulacro de “*justificación*” el vacío laconismo de “*mejora técnica*”¹⁴².

Sea como fuere, ya que no de manera explícita, como habría sido deseable, al menos sí de forma implícita, la citada enmienda 208 contiene suficientes indicadores para revelar alguno de los propósitos que animaron su presentación. Así, la modificación de la disposición adicional decimosexta de la LGS, en los expresados términos, venía acompañada y precedida, en la misma enmienda

¹⁴² No puede sorprender, por ello, la fundada crítica que contiene al respecto la enmienda 179 de supresión de la disposición final séptima del proyecto de LRJSP que planteará, posteriormente, ya en el Senado, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (GPV), en la que se calificará de “*fraude constitucional, la introducción de enmiendas en el Congreso con el objeto de modificar textos legales vigentes en proyectos de ley en tramitación que nada tienen que ver con aquellos...*”, subrayando, a este respecto, “*...la elusión que tal comportamiento supone respecto a las disposiciones que regulan el procedimiento de elaboración y tramitación de los proyectos legales, tales como: consultas públicas e institucionales, informes sobre la razón de la reforma y sus alternativas, informes de legalidad y preceptivos de órganos de relevancia constitucional, etc...*”.



(punto uno), de una nueva redacción del apartado 2 del artículo 3 de la propia LGS del siguiente tenor:

“2. Deberán asimismo ajustarse a las previsiones de esta Ley las subvenciones otorgadas por los organismos y las demás entidades públicas vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas cualquiera que sea el régimen jurídico al que, según las normas por las que aquéllas se rijan, hayan de ajustar su actividad, así como las subvenciones que se otorguen con cargo a fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación proceda mayoritariamente de las Administraciones Públicas o de los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de ellas.

Las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público podrán actuar como entidades colaboradoras. Salvo por lo prevenido en la disposición adicional decimosexta, no podrán conceder subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación”.

La puesta en relación de los puntos 1 y 3 de la enmienda, pone de manifiesto, sin género de duda alguno, que la pretensión que alentó su presentación no fue otra que la de erradicar la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, remitiendo la totalidad del régimen de las ayudas pecuniarias de esta naturaleza al propio de las subvenciones, esto es, al derecho público, cualquiera que fuera la naturaleza jurídica de los organismos o entidades que las concediesen, siempre que tales ayudas se financiasen con cargo a fondos públicos. Podría afirmarse, sin temor a equivocarnos, que estábamos, pues, ante el fenómeno inverso al de la recurrente “huida del derecho administrativo”, es decir ante un “retorno al derecho administrativo” de las prestaciones pecuniarias sin contraprestación directa a cargo de entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas actuantes en régimen de derecho privado.



Con independencia de la valoración de fondo que ello pueda merecer, lo cierto es que la enmienda mantenía una innegable coherencia interna, dado que la singular habilitación de las fundaciones del sector público para la concesión de subvenciones, en los estrechos límites que establecía la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS que se proponía, iba precedida y, en gran medida justificada, por la propuesta de nueva redacción de artículo 3.2 de la misma Ley, a medio de la cual se venía a reconducir al régimen jurídico subvencional la concesión de cualesquiera aportaciones pecuniarias susceptibles de incardinarse en el concepto material u objetivo de subvención, haciendo desaparecer, en consecuencia, la ya tradicional figura de las entregas dinerarias sin contraprestación y prohibiendo explícitamente la concesión de *“subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación”* a cargo de fundaciones y sociedades mercantiles del sector público, con la única salvedad de lo dispuesto para las primeras en la nueva redacción de la adicional decimosexta.

La enmienda de adición 208 fue incorporada en su integridad, en forma de disposición final séptima, al texto del proyecto de LRJSP que, siguiendo con la tramitación parlamentaria, fue remitido al Senado¹⁴³. Será en la fase de tramitación del proyecto de Ley en la Cámara alta, donde se llevará a cabo la desfiguración de la enmienda introducida en el Congreso.

En efecto, la enmienda 282 de Grupo Parlamentario Popular del Senado, de modificación de la disposición final séptima del proyecto de LRJSP, por la que se modifica la LGS, plantea, en cuanto aquí interesa, la supresión del punto uno de la enmienda 208 introducida por el Congreso de los Diputados y,

¹⁴³ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A Núm. 154-4, del día 30 de julio de 2015, Pág. 90.



consiguientemente, deja incólume la redacción del artículo 3.2 de la LGS, manteniendo, sin embargo, la modificación de la disposición adicional decimosexta de la misma LGS, en los términos en que finalmente han quedado reflejados en la vigente LRJSP. Huelga decir, llegado este punto, que la “*justificación*” de esta nueva enmienda de modificación se limita a la ritual expresión “*mejora técnica*”¹⁴⁴.

Así pues, la congruencia interna de la enmienda 208 introducida en el Congreso se desvanece tras el paso del proyecto de Ley por el Senado y no es restablecida en la última revisión del texto llevada a cabo por la Cámara baja. Lo que nos conduce, justamente, a la situación de incertidumbre que nos ocupa, motivada, finalmente, por la apertura de la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan conceder subvenciones públicas, sin cegar, al menos de forma expresa, la posibilidad de que estas mismas entidades puedan seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación con sujeción al derecho privado.

Ello, no obsta, sin embargo, para que la gestación de la modificación legal que nos interesa y el desarrollo de la misma a través del cauce parlamentario, puedan aportar alguna luz sobre cual haya de ser la interpretación y aplicación de la misma más acorde con la voluntad del legislador (la tradicionalmente conocida como interpretación auténtica de las normas) una vez producida su entrada en vigor.

V. PERVIVENCIA O QUEBRANTO DE LA NOCIÓN TRADICIONAL DE SUBVENCIÓN.

La primera de las cuestiones a examinar, tras la nueva redacción de la disposición adicional decimosexta de la LGS, estriba en determinar si la habilitación que comporta para que las

¹⁴⁴ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Núm. 585, del día 25 de agosto de 2015, Pág. 171.

fundaciones del sector público puedan ser sujetos activos de la relación subvencional, conlleva un cierto quebranto del concepto tradicional de subvención, en la medida en que este último refiere este instituto jurídico, en tanto paradigma de la potestad administrativa de fomento, al uso exclusivo de las Administraciones Públicas territoriales y sus organismos y entidades dependientes, dotadas de potestad y sujetas, en consecuencia, al derecho administrativo.

Sabido es que las fundaciones del sector público, son entidades de derecho privado, que, sin embargo, forman parte del sector público institucional ex artículo 2.2 de la LRJSP, a las que tradicionalmente les ha sido vedado el ejercicio de potestades administrativas. Buen ejemplo de ello era el contenido del artículo 46.1, a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que, en alusión a las fundaciones del sector público estatal, incluía, entre sus limitaciones, la imposibilidad de ejercer "*potestades públicas*", esto es, aquellas que incluyen poderes exorbitantes al derecho común y que privilegien la posición de la Administración en razón a los intereses a los que presta servicio. Una limitación legal taxativa que no incluía matiz o salvedad alguna y que, hoy, tras la derogación de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, por parte de la LRJSP, encontramos explicitada, con ese mismo carácter taxativo, en el artículo 128.2, párrafo segundo, in fine, a cuyo tenor: "*Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas*".

Partiendo de esta concepción tradicional y legal de las fundaciones del sector público, resulta lógico preguntarse si la atribución a las mismas de la facultad de conceder subvenciones, aún en los estrechos márgenes establecidos en la adicional decimosexta de la LGS, ha supuesto una cierta quiebra del principio de reserva de la subvención a los órganos dotados de potestad pública y, en consecuencia, la existencia de ámbitos concretos del procedimiento de concesión de las mismas (aquellos en los que intervendría la fundación expresamente autorizada para ello:



evaluación de las solicitudes, concesión y seguimiento de la aplicación de las ayudas), sujetos, no al derecho público, sino al derecho privado y cuya impugnación en vía judicial, no sería, en consecuencia, objeto del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sino de la jurisdicción civil.

La cuestión reviste, sin duda, cierta complejidad, pues obliga a decidir entre dos polos de excepcionalidad, es decir, entre considerar que la atribución de la facultad de concesión de subvenciones a las fundaciones del sector público constituye una excepción respecto a principio de sujeción de las mismas al derecho público (que afectaría, como se dijo, únicamente a los actos emanados de la fundación dentro de la relación subvencional), o, por el contrario, considerar que tal excepción no afecta al régimen jurídico de la subvención, que seguiría siendo íntegramente público (ya se aplique a los actos o acuerdos adoptados la fundación o por la Administración matriz), sino a la limitación que con carácter general pesa sobre las fundaciones del sector público de no poder ejercer potestades públicas.

Cierto es que tal dilema ha sido directamente obviado por algún autor, por el expeditivo procedimiento de considerar que, en realidad, la disposición adicional decimosexta de la LGS no hace otra cosa que introducir una mera habilitación a las fundaciones del sector público para actuar como “*entidades colaboradoras*” en los procedimientos de concesión de subvenciones. Así, PASCUAL GARCÍA nos dice al respecto cuanto sigue:

“Frente al texto anterior de la DA 16ª, con arreglo al cual las fundaciones del sector público podían otorgar <<aportaciones dinerarias sin contraprestación>> ajustándose a los principios de la Ley, pero no subvenciones en sentido estricto, la nueva redacción las habilita para conceder subvenciones si bien reserva a los órganos de la Administración que financien la subvención correspondiente o, en su defecto, a los del Protectorado los actos que comportan el ejercicio de potestades administrativas. Con

*esta previsión las facultades de las fundaciones en orden a la concesión de subvenciones tienen más que ver con las facultades de una entidad colaboradora (art. 12 LGS) que con las propias de una entidad concedente*¹⁴⁵.

No compartimos, sin embargo, el criterio interpretativo recién expuesto por varios motivos:

- a) Para empezar, resulta evidente, a nuestro juicio, que si el único propósito de la modificación legal llevada a cabo en la disposición adicional decimosexta de la LGS, hubiera sido el de explicitar la posibilidad de que las fundaciones del sector público actuaran como entidades colaboradoras, habría bastado con decirlo directamente, sin acudir a tan crípticas perífrasis.
- b) Pero es que, además, la posibilidad de que las fundaciones del sector público actúen como entidades colaboradoras, estaba y está ya prevista, sin necesidad de tan nuevas y complejas regulaciones, en el artículo 12 de la LGS, cuyo apartado 2 establece expresamente que *“podrán ser consideradas entidades colaboradoras los organismos y demás entes públicos, las sociedades participadas íntegra o mayoritariamente por las Administraciones Públicas, organismos o entes de derecho público (...), así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan”*.
- c) Y, finalmente, por si las razones indicadas no fueran suficientes, basta repasar lo arriba expuesto en torno a los antecedentes legislativos de la modificación legal de referencia, para percatarse de que el propósito que animó la misma no fue el de explicitar la posibilidad de que las

¹⁴⁵ PASCUAL GARCÍA, J., *El régimen jurídico de las subvenciones públicas...* op. cit., Pág. 64.



fundaciones del sector público actuaran como entidades colaboradoras (lo que, como ha quedado dicho, era por lo demás innecesario), sino que se trató de dotar a tales fundaciones de la facultad de actuar como entidad *concedente* de la subvenciones, sin perjuicio de que dicha facultad se sujetase a importantes limitaciones (reservando a la Administración matriz las potestades administrativas más relevantes, como las de reintegro o la sancionadora), dada su naturaleza jurídica de entidades de derecho privado. Más aún, recordemos que la enmienda de adición introducida en el Congreso, a medio de la cual se planteó por primera vez la modificación de la LGS por parte de la LRJSP, incluía una referencia explícita a la posibilidad de que las fundaciones y sociedades mercantiles del sector público pudieran actuar como entidades colaboradoras, en el punto uno, por el que pretendía la modificación del artículo 3.2 de la LGS, al que inmediatamente seguía, en forma de salvedad, lo prevenido respecto a la posibilidad de *conceder* subvenciones, como facultad exclusiva de las fundaciones del sector público en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta. Una propuesta de modificación que, como vimos, fue finalmente suprimida del texto final resultante, al paso del proyecto por el Senado. De lo que cabe colegir, fundadamente, que si el propósito del legislador hubiera sido prever expresamente la posibilidad de que las fundaciones del sector público actuaran como entidades colaboradoras, no parece lógico que habiendo estado expresamente contemplada en la enmienda inicial del Congreso, dicha mención hubiera sido suprimida ex profeso del texto finalmente aprobado.

Así pues, en nuestro criterio, lejos de diluirse (apelando a la mera consideración de las fundaciones del sector público como posibles entidades colaboradoras), la cuestión planteada tiene plena vigencia y exige, en consecuencia, de alguna respuesta, toda vez que, de cual sea el sentido de la misma, se derivarán relevantes

corolarios prácticos, empezando por la sujeción al derecho público o al derecho privado de los actos de concesión de las subvenciones que emanen de las fundaciones del sector público.

Pues bien, ponderando los argumentos y las consecuencias que pueden sustentar y derivarse de la posición adoptada, entendemos que la interpretación más acorde a nuestro ordenamiento jurídico es la de considerar que, no obstante el tenor de la disposición adicional decimosexta de la LGS, la subvención sigue siendo un instituto jurídico sujeto íntegramente al derecho administrativo (más allá, naturalmente, de la aplicación supletoria de las categorías propias del derecho privado, común a todo el derecho público), de suerte que lo que se ha establecido a medio de la referida disposición adicional es una excepción singularísima a la limitación que pesa con carácter general sobre las fundaciones del sector público de ejercer potestades administrativas. Y ello, a partir de las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, parece razonable inclinarse por aquella de las dos alternativas menos rupturista del sistema comúnmente aceptado y, ello supuesto, se antoja evidente que el apartamiento de la subvención del régimen jurídico establecido en el derecho administrativo, empezando por la propia LGS y su reglamento de desarrollo, sobre la sola base de su concesión por fundaciones del sector público, conllevaría un apartamiento de su concepción legal y doctrinal, tradicional y comúnmente admitida, de mucha mayor profundidad, que la que supone el reconocimiento de una atribución singular de potestades administrativas en favor de una entidad vinculada o dependiente de las Administraciones, aún actuante de principio en régimen de derecho privado (de lo que no es difícil encontrar otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico), cual es el caso de las fundaciones del sector público, en las que, por definición, priman además los principios de ausencia



de ánimo de lucro y orientación al cumplimiento de los fines fundacionales.

- b) En segundo término, si, como ya apuntamos ut supra, es posible sostener la concurrencia de una cierta vis atractiva del derecho administrativo en lo relativo al régimen jurídico aplicable a las aportaciones dinerarias realizadas sin contraprestación directa de los destinatarios, cuando las mismas se financien, en último término, con fondos públicos (de lo que es manifestación la sujeción de las entregas dinerarias sin contraprestación a los principios de gestión de las subvenciones, ex artículo 3.2 de la LGS), lógico es concluir que, ante el dilema planteado, habrá de hacerse prevalecer aquella interpretación que favorezca la sujeción del arquetipo de dichas aportaciones dinerarias sin contraprestación –la subvención- al derecho administrativo, con independencia de cuál sea, en este caso, la naturaleza de la entidad concedente.

Así pues, en nuestra opinión, la disposición adicional decimosexta no conlleva, en modo alguno, el apartamiento de los actos de concesión de subvenciones emanados de las fundaciones del sector público (así como de las demás actuaciones que en aplicación de la misma lleven a cabo como parte integrante de la relación subvencional, tales como la valoración de las solicitudes o el seguimiento de la aplicación de las ayudas) del derecho administrativo y, en consecuencia, dichos actos quedan sujetos a las determinaciones establecidas al respecto en la LGS, su reglamento de desarrollo y las demás disposiciones autonómicas vigentes en materia de subvenciones. Debiendo entenderse, por lo tanto, que dicha disposición adicional incluye una habilitación excepcional para que las fundaciones del sector público ejerzan esta concreta potestad administrativa, en los términos y con sujeción a las condiciones, requisitos y limitaciones que en la misma se establecen.



VI. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN TRAS LA MODIFICACIÓN LEGAL.

El segundo de los interrogantes que se derivan de la modificación legal operada en la disposición adicional decimosexta de la LGS por la LRJSP, versa sobre la posibilidad de que las fundaciones del sector público puedan seguir acudiendo, o no, a la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, para articular la realización de prestaciones económicas de esta índole con sujeción al derecho privado.

Y es que, en efecto, podría cuestionarse que tal posibilidad permanezca abierta, tras su habilitación legal para conceder subvenciones, aún dentro de los severos límites que se derivan de la adicional decimosexta de la LGS, y una vez desaparecida la referencia explícita a dicha facultad que se contenía en la misma disposición adicional con anterioridad a su modificación.

En relación con esta cuestión, parece plausible concluir que la reforma operada en la adicional decimosexta de la LGS, a cuyo través se habilita a las fundaciones del sector público para ser sujeto activo de la relación subvencional, no ha conllevado una correlativa inhabilitación para la realización de entregas dinerarias sin contraprestación con sujeción al derecho privado. Y ello, por las siguientes razones:

- a) En primer término, porque la realización de entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las fundaciones del sector público, sigue teniendo amparo en el artículo 3.2 de la LGS –que forma parte, como es sabido, de la legislación estatal básica–, que contempla expresamente la consumación de tales entregas a cargo de *“organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (...) que se rijan por el derecho privado”*. Una definición



orgánica en la encuentran perfecto encaje las fundaciones del sector público.

Una previsión que, por lo demás, resulta explícita en el artículo 5 del RLGS, que no parece pueda considerarse derogado tácitamente tras la entrada en vigor de la disposición final séptima de la LRJSP, en ausencia de oposición frontal de aquél con lo dispuesto en esta última.

- b) En segundo término, porque la interpretación auténtica de la disposición final séptima de la LRJSP de modificación de la LGS, que cabe inferir de los antecedentes legislativos que condujeron a su promulgación, nos traslada a la misma conclusión, ya que, como se recordará, la prohibición expresa de que fundaciones y sociedades mercantiles del sector público pudieran conceder *“subvenciones, ayudas, donaciones o cualquier otra entrega dineraria que no suponga contraprestación”* (con la única salvedad de las subvenciones a conceder por las fundaciones, a tenor de la disposición adicional decimosexta de la LGS), que se encontraba expresamente incluida en la enmienda de adición planteada en el Congreso, a medio de la cual se introdujo por vez primera en la LRJSP una disposición final de modificación de la LGS, fue finalmente suprimida durante la tramitación del proyecto en el Senado y, en suma, del texto legal promulgado. De lo que resulta lícito inferir la determinación del legislador en orden al mantenimiento de las entregas dinerarias sin contraprestación como figura susceptible de utilización por las fundaciones del sector público.
- c) Y, finalmente, aún con un alcance ya limitado al ámbito normativo autonómico, no puede dejar de advertirse que las disposiciones autonómicas vigentes en materia de subvenciones suelen incluir la previsión expresa de la concesión de entregas dinerarias sin contraprestación a cargo

de las fundaciones del sector público regional¹⁴⁶. Sin que tales previsiones puedan considerarse contrarias a la legislación básica, al no contemplarse ninguna prohibición expresa al efecto en la LGS ni en el RLGS.

Sentado, pues, que las fundaciones del sector público pueden seguir realizando entregas dinerarias sin contraprestación, a la par que se encuentran legalmente habilitadas para la concesión de subvenciones ex disposición adicional decimosexta de la LGS, se hace obligado dirimir en qué circunstancias o bajo qué condiciones habrá de acudir a una u otra figura (entrega dineraria sin contraprestación o subvención) como cauce de articulación de las ayudas dinerarias sin contraprestación directa a cargo de tales fundaciones.

VII. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES Y DE LAS ENTREGAS DINERARIAS SIN CONTRAPRESTACIÓN, A CARGO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.

La opción que, en hipótesis, se abre a las fundaciones del sector público de encauzar aquellas prestaciones dinerarias sin contraprestación directa que satisfagan los fines fundacionales, a través del instituto jurídico de la subvención (vía disposición adicional decimosexta de la LGS) o mediante la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación (ex artículo 3.2 de la misma LGS, artículo 5 del RLGS y demás preceptos habilitantes de la normativa autonómica en materia de subvenciones), impone la delimitación del ámbito de aplicación propio de cada una de

¹⁴⁶ Para la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, véase lo establecido, al respecto, en el artículo 70.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre; así como en el artículo 5 del Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto 21/2008, de 5 de febrero.



estas dos categorías, por cuanto ha de darse por sobreentendido que la canalización las mismas por una u otra (con las decisivas consecuencias que comporta respecto al régimen jurídico aplicable) no puede dejarse, sin más, al simple arbitrio de la entidad concernida, so pena de desvirtuar, enteramente, el carácter imperativo que cabe predicar del derecho público.

La aproximación a este problema nos revela que la principal dificultad para delimitar el campo de aplicación propio de cada figura estriba, justamente, en la ausencia de una verdadera diferenciación material o sustantiva entre las mismas, tal y como hemos venido subrayando a lo largo de esta exposición.

Es cierto que, como también apuntamos, podría especularse con la posibilidad de buscar tal diferencia sustantiva en torno a la naturaleza del fin a que responderían ambos institutos. Así, podría argumentarse que mientras los fines a cuya satisfacción se encamina la subvención serían los propios de las Administraciones Públicas territoriales, entendiéndose esencialmente por tales los de utilidad pública o interés social, servidos por las concretas competencias que se atribuyen a los poderes públicos concedentes; las entregas dinerarias sin contraprestación se vincularían, por el contrario, a los específicos fines fundacionales, estatutarios o sociales de las entidades que las realizan.

Sin embargo, si bien no cabe descartar a priori la concurrencia de algunos supuestos en los que resulte posible discernir con la suficiente claridad los fines a cuyo servicio ejerce sus competencias la Administración matriz y aquellos otros fines fundacionales propios de la fundación vinculada o dependiente de dicha Administración, no cabe duda de que en la mayor parte de los casos tal distinción resultará muy difícil, cuando no puramente quimérica. No en vano, el artículo 128 de la LRJSP, delimita las actividades propias de las fundaciones del sector público estatal, en su apartado 2, estableciendo que lo son "*...las realizadas sin ánimo de lucro, para el cumplimiento de los fines de interés*

general”, y subrayando que “únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa”. Se pone así de manifiesto el natural solapamiento de los fines propios de las fundaciones del sector público con aquellos que lo son de la Administración a la que están adscritos.

Inoperante el criterio teleológico para servir de pauta diferenciadora del ámbito de aplicación de subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación, y descartado cualquier otro factor material u objetivo capaz de perfilar una perimetro fiable para una y otra figura, se hace obligado acudir a otro tipo de argumentos que nos permitan marcar, al menos, la relación de prioridad entre una y otra, en orden a su empleo por las fundaciones del sector público como cauce para la aplicación de las ayudas dinerarias sin contraprestación directa que hayan de articular a su cargo, en orden al cumplimiento de sus fines.

En la construcción de esta relación, debe jugar, a nuestro juicio, un papel determinante esa vis atractiva del derecho administrativo en relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a cualesquiera prestaciones pecuniarias gratuitas sufragadas con cargo al erario público, de la que hemos hablado repetidamente a lo largo de este artículo. Un principio que se manifiesta, de entrada, por la mera inclusión de las entregas dinerarias sin contraprestación a cargo de las entidades públicas de derecho privado en un texto legal inequívocamente integrante del derecho administrativo positivo y que se encuentra en la base de la sujeción de tales entregas dinerarias sin contraprestación a los principios de gestión de las subvenciones públicas, conforme a lo dispuesto en los artículos 3.2 y 8.3 de LGS.



Partiendo de este principio, parece lícito colegir la atribución a las entregas dinerarias sin contraprestación de un papel secundario, respecto a las subvenciones, como instrumento legal al servicio de la potestad de fomento de los poderes públicos. Un rol auxiliar o residual derivado de su apartamiento del derecho administrativo y solo sostenido en virtud de la naturaleza jurídica de las entidades que operan como sujeto activo de tales entregas; huérfanas, con carácter general, de potestades administrativas y carentes, en consecuencia, de los atributos esenciales para ser protagonistas activos de relaciones jurídico administrativas, al no disponer de las prerrogativas propias de la Administración Pública.

Supuesto lo anterior, deviene obligado concluir que la realización de prestaciones dinerarias gratuitas para el cumplimiento de sus fines por parte de las fundaciones del sector público debe articularse preferentemente a través del instituto de la subvención y con sujeción, por lo tanto, al derecho administrativo, en el marco de lo preceptuado por la disposición adicional decimosexta de la LGS. En tanto que las entregas dinerarias sin contraprestación desempeñarían, únicamente, una función subalterna. De suerte que solo estaría justificado acudir a estas últimas, por parte de las fundaciones del sector público, cuando el recurso a la figura de la subvención no fuese posible por alguna de las siguientes razones:

- a) Por la eventual divergencia entre los fines fundacionales que se pretenden satisfacer mediante la concesión de las ayudas, y aquellos de utilidad pública o interés social que sean propios del órgano administrativo al que las fundaciones estén adscritas. Supuesto de improbable concurrencia en la práctica -como se ha venido apuntando-, toda vez que, como cabe suponer, la generalidad de los fines singulares de las fundaciones del sector público, serán reconducibles o subsumibles con naturalidad dentro los propios de utilidad pública o interés social del órgano administrativo al que estén adscritos.

- b) Porque, en atención al carácter de las prestaciones dinerarias sin contraprestación directa que se pretendan llevar a cabo, la naturaleza de sus beneficiarios, la determinación o selección de los proyectos a financiar, su forma de aplicación o justificación y demás trámites de imperativa observancia, la aplicación integral a las mismas de la normativa vigente en materia de subvenciones públicas obste o dificulte significativamente la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos y derechamente vinculados al fin fundacional.

Al margen de tales supuestos, cuya concurrencia, huelga decirlo, habría de quedar suficientemente acreditada en cada caso, entendemos que el recurso a figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, por parte de las fundaciones del sector público, debiera resultar improcedente, en virtud del meritado carácter residual de esta categoría respecto al instituto preferente de la subvención.

VIII. CONCLUSIONES.

En razón a cuanto ha quedado expuesto, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

- La modificación de la disposición adicional decimosexta de la LGS, llevada a cabo por la disposición final séptima de la LRJSP, supone una habilitación excepcional de las fundaciones del sector público para el ejercicio de la potestad administrativa de fomento, dentro de los límites establecidos en aquélla, que incluyen una rigurosa tutela de tal ejercicio a cargo de la Administración matriz.
- Dicha modificación legal no quebranta, en consecuencia, la noción tradicional de subvención, como instituto reservado a los poderes públicos dotados de potestades administrativas y



sujeto, íntegramente, al derecho administrativo (más allá de la general aplicación supletoria del derecho privado).

- Este cambio normativo no veda la posibilidad de que la fundaciones del sector público puedan seguir acudiendo a la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación, pero obliga a delimitar el ámbito de aplicación de esta categoría respecto al propio de la subvención.
- Dada la ausencia de un criterio material o sustantivo útil para discriminar el campo de actuación de subvenciones y entregas dinerarias sin contraprestación, la relación entre ambas figuras debe construirse sobre la priorización del empleo de las primeras respecto a las segundas, en virtud de la vis atractiva del derecho administrativo en relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a cualesquiera prestaciones pecuniarias gratuitas sufragadas con cargo a fondos públicos. De suerte que el recurso a las entregas dinerarias sin contraprestación –y, por ende, al derecho privado– por parte de las fundaciones del sector público, para articular ese tipo de ayudas, solo será posible con carácter residual y, en consecuencia, excepcional. Limitándose a aquellos supuestos en los que el fin fundacional perseguido no sea subsumible dentro los fines de utilidad pública o interés social propios del órgano administrativo de adscripción, o en los que la aplicación integral del régimen jurídico propio de las subvenciones obste o dificulte significativamente los objetivos legítimamente perseguidos e inmediatamente relacionados con el fin fundacional.

No es nuestro propósito, sin embargo, cerrar el debate en torno a las cuestiones planteadas, sino justamente el contrario: contribuir a abrirlo, a fin de que puedan alumbrarse más y mejores interpretaciones, que orienten la solución más satisfactoria en los procesos de modificación normativa (estatal y

autonómica) que el cambio legal de referencia hace indispensables.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

JORDANA DE POZAS, L. *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 48, 1949.

CORTELL GINER, Robert P. *El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público*. Revista Española de Control Externo. Vol. XI, nº 32, 2009.

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro. *Entregas dinerarias sin contraprestación concedidas por las fundaciones públicas*. Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2009.

PASCUAL GARCÍA, José. *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Ediciones Boletín Oficial del Estado, sexta edición, 2016.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

D. Roberto Moreno García

Graduado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

Agradecer encarecidamente a Dña. María José Majano Caño, profesora de Derecho Constitucional en el Campus de Toledo de la Universidad de Castilla la Mancha, por su dedicación en la asistencia de este trabajo como tutora para el desarrollo del mismo.

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis de la competencia ejecutiva del Tribunal Constitucional en el pasado y en el presente, dentro del marco del ordenamiento constitucional europeo, realizando un estudio de la LO 15/2015 de reforma de la LO 2/1979 del TC. Se completa esta exposición con un estudio de las medidas establecidas por el legislador en dicha ley, por las que la dotación de la potestad ejecutiva al órgano constitucional ha resultado real y eficaz.

ABSTRACT: This paper makes an analysis of the executive competence of the Constitutional Court in the past and nowadays, in the framework of the European Constitutional provisions,



making a study of LO 15/2015 of reform of LO 2/1979 of the Constitutional Court. This presentation is completed whit a study of the measures established by the legislator in that law, in order to achieve that the endowment of the executive power to the constitutional body turns out to be real and efficient.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Español. Mandato Constitucional. Jurisdicción Constitucional. Competencia Ejecutiva. Medidas de Ejecución.

KEYWORDS: Constitutional Court. Constitutional Mandate. Constitutional Jurisdiction. Executive Competence. Executive measures.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. – II. DERECHO COMPARADO. – 2.1 Breve introducción. – 2.2 Función ejecutiva en el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*). – III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. – 3.1 Aproximación a la cuestión. – 3.2 Concepto de Jurisdicción. – A) Potestad Declarativa. – B) Potestad Ejecutiva. – IV. LA COMPETENCIA EJECUTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PASADO Y PRESENTE. – 4.1 La competencia ejecutiva anterior a la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. – 4.2 Regulación actual en la ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional: Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. – A) Origen de la Ley Orgánica 15/2015 del Tribunal Constitucional. – B) Actual competencia ejecutiva del Tribunal Constitucional. – b) Medidas de ejecución del Tribunal Constitucional. – V. CONCLUSIONES. – VI. BIBLIOGRAFÍA.

I.-INTRODUCCIÓN.

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como tema de estudio la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de Octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional en materia de ejecución de resoluciones del Tribunal Constitucional, que entró en vigor el 17 de Octubre de 2015. La dificultad de abordar un tema tan complejo en tan limitada extensión, nos ha llevado a centrar el objeto de estudio en las cuestiones fundamentales de la materia, siendo esta la mejor opción para un resultado óptimo y completo del trabajo. Para concretar el contenido en los aspectos primordiales del tema, el estudio se ha basado en la modificación que da respuesta a la necesidad de dotar de una mayor estabilidad institucional a una institución tan importante como el Tribunal Constitucional dentro del Estado de Derecho, y para ello, se hacía imprescindible dotar al TC de verdadera potestad ejecutiva. Es el sentido que tienen los artículos 80, 87 y 92 de la Ley Orgánica 15/2015 que protagonizan el grueso del Trabajo.

El motivo para la elección de este tema radica en que, amén de ser un tema novedoso, refuerza la regulación en materia de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica 15/2015 del TC ha otorgado al órgano constitucional la ejecución directa de sus propias resoluciones, procurando la anulación del conflicto que podría derivarse de la legislación anterior, con respecto al carácter preceptivo de sujeción por parte de los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico, que establece el artículo 9.1 de la Constitución. Los principales problemas derivados de la falta de capacidad de ejecución de las resoluciones por parte del TC directamente, se han evidenciado a raíz de las continuas



desavenencias independentistas que vaticinaban la omisión del mandato constitucional. Ello ha forzado finalmente a que los legisladores hayan desarrollado una batería de medidas que serán analizadas en el presente trabajo.

La metodología seguida para el estudio del Trabajo comprende, además del estudio de la legislación española ya indicada en la materia, el análisis de las legislaciones en materia de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán. Al ser una reforma novedosa nos hemos encontrado con un problema de carencia de bibliografía, que hemos solventado con una investigación minuciosa de los soportes que se encuentran en la vanguardia jurídica respecto al objeto de estudio del Trabajo. Las fuentes utilizadas de manera principal para la realización del trabajo son la Constitución de 1978, La ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 con la reforma objeto de estudio (Ley 15/2015), enlazando la misma con la Ley 29/1998 de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Respecto a la parte de Derecho Comparado, la legislación utilizada es la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en Alemania. La elección del estudio en la parte de Derecho comparado del Tribunal Federal de Alemania responde a la similitud en la jurisdicción constitucional que presentan con nuestro Tribunal Constitucional Español. No es baladí dejar de mencionar que entre el órgano constitucional Alemán y el Español, existen diferencias con respecto a su composición, funciones y competencia, pero para el tema que nos acontece, es necesario mencionarle por la trascendencia normativa que su legislación en tema de ejecución de resoluciones constitucionales nos ha aportado.

El Tribunal Constitucional, antes de la reforma 6/2007 y 15/2015 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, en virtud del artículo 92, tenía la capacidad de disponer en sentencia o resolución quién debía ejecutar el mandato constitucional, y en contraposición, lo que no contemplaba dicho artículo, era la garantía efectiva en el cumplimiento. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, fue reformada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de Mayo, que en materia de ejecución de resoluciones incluyó un segundo apartado en el artículo 92, así como una nueva interpretación del artículo 4. La reforma citada no completó las necesidades del órgano constitucional objeto de estudio, puesto que frente al incumplimiento en la ejecución de las resoluciones seguía sin asegurar dicha efectividad, pese al refuerzo que se estableció con respecto a la competencia y jurisdicción del mismo¹⁴⁷. La Ley Orgánica 15/2015, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, ahora sí, incluye un conjunto de potestades que otorgan capacidad al Tribunal Constitucional para hacer frente a las omisiones que pudieran darse del mandato constitucional, haciendo que la garantía de efectividad sea verdadera.

A día de hoy, la dicotomía entre el papel político o jurisdiccional del Tribunal Constitucional que tantos años lleva dividiendo a la opinión pública, deja paso a la inexcusable necesidad de existencia del mismo¹⁴⁸. La virtualidad del Tribunal para reestructurar y renovar la interpretación de la Constitución

¹⁴⁷ Moreno Fernández J.J., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág. 891

¹⁴⁸ Balaguer Callejón, M.L, "*Constitución y Fuentes de Derecho Europeo, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*" (Vo.1) en *Manual de Derecho Constitucional*, coor. F. Balaguer Callejón, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 263



hace de base axiomática del Estado de Derecho, que tras la reforma que trataremos de examinar en este trabajo ha fortalecido el cometido constitucional¹⁴⁹.

II. DERECHO COMPARADO.

2.1 Breve Introducción.

El estudio de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional Español, ha conllevado la necesidad de analizar las legislaciones europeas en materia de ejecución de sentencias por parte de los Tribunales Constitucionales de dichos Estados. La elección de estudio del Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht) responde no solo a la similitud en el sistema jurisdiccional constitucional que ambos países ostentan¹⁵⁰, sino también a la existencia de legislación en materia de ejecución del mandato constitucional. En contraposición con este argumento, debemos mencionar que tanto Italia como Austria también se caracterizan por ostentar un sistema jurisdiccional constitucional similar al español, pero con diferencias que provocan la exclusión del estudio de sus Tribunales Constitucionales en este apartado.

Lo cierto es que en la Constitución Italiana encontramos un artículo similar al artículo 155 de la Constitución Española, el artículo 120, que establece la potestad que tiene el Gobierno para

¹⁴⁹ García de Enterría, E., "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español: Posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, núm. 1, 1981, pág. 68.

¹⁵⁰ Díaz Revorio F.J., "Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", *Estudios Constitucionales*, Núm. 2, 2009, pág. 88

suplir a los entes institucionales en caso de inobservancia de normas. Sin embargo, no encontramos un sistema efectivo en materia de ejecución directa de sentencias por parte de la Corte Constitucional.

Con respecto a Austria, la ejecución de sentencias por el Tribunal Constitucional Austriaco es similar al que se establece para el Tribunal Constitucional Alemán. La única diferencia entre ambos sistemas constitucionales es el lugar que ostentan en el ordenamiento jurídico. Mientras que en Alemania, la ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal se encuentra recogida en la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgerichts-esetz, BVerfGG), más concretamente en el artículo 35, en Austria, la misma materia la encontramos en los artículos 145 y 146 de la Constitución Austriaca de 1920. Por tanto, dadas las limitaciones en la extensión del Trabajo y la similitud en sus disposiciones, analizaremos la legislación alemana en la materia objeto de estudio.

2.2 Función ejecutiva en el Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht)

La Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgerichts-esetz, BVerfGG) recoge las disposiciones tendentes a la ejecución de sentencias por parte del mismo. Esta materia se encuentra regulada en la segunda parte concerniente a los procedimientos generales, más concretamente en el artículo 35 de la citada ley. La disposición establece lo siguiente, *“El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su decisión el órgano responsable de la ejecución; también puede establecer en el caso concreto la forma de la ejecución”*¹⁵¹. En un

¹⁵¹ Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), Publicación en el Boletín Oficial Federal el 12 de Marzo de 1951.



primer análisis observamos la potestad del Tribunal Constitucional Federal para derivar la ejecución de sus resoluciones a cualquier órgano del Estado que crea oportuno. La remisión a otro órgano constitucional para que desempeñe la función ejecutiva responde a la inexistencia en el Tribunal Constitucional Alemán de instrumentos que garanticen el efectivo cumplimiento. Lo cierto es que esta facultad no responde a la ejecución clásica, sino más bien al establecimiento por parte del Tribunal Constitucional de las consecuencias. Parte de la doctrina ha criticado el solapamiento, en el ámbito de ejecución de sentencias recogido en el § 35 BVerfGG, de los poderes legislativos y la jurisdicción constitucional. Según un sector de la doctrina, la problemática de articular consecuencias que no se encuentran tipificadas, exceptuando las recogidas en los artículos § 39 ¹⁵² , § 46 ¹⁵³ y §79

¹⁵² Artículo 39 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), Publicación en el Boletín Oficial Federal el 12 de Marzo de 1951, "1). *Si la solicitud demuestra estar bien fundada, el Tribunal Constitucional Federal deberá indicar qué derechos fundamentales del demandado ha perdido. Se puede limitar la pérdida por un período específico de tiempo, siendo el mínimo de un año. 2). La Corte Constitucional Federal podrá, durante la duración de la pérdida de los derechos fundamentales, negar al demandado el derecho al voto, el derecho a presentarse a las elecciones, y la capacidad para desempeñar cargos públicos y puede, en el caso de las personas jurídicas, ordenar en que se disolverán.*"

¹⁵³ Artículo 46 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), Publicación en el Boletín Oficial Federal el 12 de Marzo de 1951, "1). *Si la solicitud demuestra estar bien fundada, el Tribunal Federal Constitucional declarará que el partido político es inconstitucional. 3). La declaración deberá ir acompañada de la disolución del partido político o de su sección independiente, así como por la prohibición de constituir organizaciones de sustitución. En este caso, el Tribunal Constitucional Federal también puede declarar que la propiedad del partido político o su sección independiente será confiscada a favor de la Federación o de la tierra a ser usada para el beneficio público"*

¹⁵⁴ para determinadas competencias, podría suponer un atentado contra la separación de poderes. En contraposición con este argumento, otro sector doctrinal aboga por que el verdadero conflicto estriba en el lapso entre la eliminación de una norma del ordenamiento y la complejidad del legislador para articular disposiciones acordes al fallo.¹⁵⁵

Una vez determinada la potestad por parte del Tribunal Constitucional para fijar las consecuencias, tenemos que analizar qué tipo de consecuencias, que pese a no estar estipuladas en el artículo, pueden ser establecidas. La ausencia en la forma de ejecución que muestra el § 35 BVerfGG, provoca el examen de las disposiciones competenciales para determinar una consecuencia acorde al incumplimiento. La fijación de las mismas responde al carácter finalista de las decisiones del Tribunal, es decir, la estipulación de todas aquellas medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del mandato constitucional, haciendo alusión a medidas que pudieran ser de ejecución forzosa. La estipulación de las consecuencias requieren de un análisis de fondo previo, existiendo una excepción al carácter previo de la decisión, pudiendo llevarse a cabo resoluciones a instancia de parte o de oficio a posteriori que añadan contenido a la decisión, pero sin modificar en ningún caso el acuerdo de fondo que fundamenta la medida fijada¹⁵⁶. Completando lo mencionado, El

¹⁵⁴ Artículo 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), Publicación en el Boletín Oficial Federal el 12 de Marzo de 1951, "2). ... *En caso de ejecución forzosa se regirá por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, § 767 del Código de Procedimiento Civil se aplicarán en consecuencia*"

¹⁵⁵ Arzoz Santisteban X., *Los poderes ejecutivos del Bundesverfassungsgericht* (2015) [En línea] Universidad autónoma de Madrid disponible: <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/>

¹⁵⁶ Arzoz Santisteban X., *Los poderes ejecutivos del Bundesverfassungsgericht* (2015) [En línea] Universidad autónoma de



artículo § 32 BverfGG recoge la posibilidad de aplicar por parte del Tribunal Constitucional medidas cautelares para los casos recogidos en el apartado primero¹⁵⁷ y segundo¹⁵⁸ del mismo artículo, sin carácter suspensivo frente a la protesta de la parte a la que se le aplica la medida. Con esto se quiere decir que en ningún caso se podrá aplicar una consecuencia frente al incumplimiento sin decisión de fondo a priori, pero sí una medida cautelar cuando se presenten las circunstancias expuestas.

Comparando el sistema de ejecución de sentencias establecido en la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán con respecto al desarrollado en la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional Español, observamos ciertas diferencias que deben ser mencionadas. La primera de ellas estriba en la remisión por parte del Tribunal Constitucional Alemán a los órganos que deberán ejecutar la sentencia, sin dejar de lado que la potestad ejecutiva reside en el mismo Tribunal Constitucional. Esta disposición era similar a la recogida en la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional Español en su origen que rezaba así *"El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la*

Madrid disponible: <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/>

¹⁵⁷ Artículo 32 apartado primero de Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), *"...si esto se requiere con urgencia para evitar la grave desventaja, prevenir la violencia inminente, o por otras razones importantes en el interés del bien común."*

¹⁵⁸ Artículo 32 apartado segundo de Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), *"la medida cautelar podrá ser expedida sin una audiencia oral. En casos de especial urgencia..."*



*ejecución.*¹⁵⁹, pero que tras la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, ha ampliado su marco de actuación hasta ser el mismo Tribunal Constitucional Español el que garantice el cumplimiento efectivo de sus resoluciones y sentencias, sin necesidad de disponer la ejecución a otro órgano. Esta afirmación queda patente en la primera frase del artículo 92 apartado primero de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la ley 2/1979 que establece lo siguiente, "*El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones*"¹⁶⁰.

A tenor de lo mencionado anteriormente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán no dispone de un procedimiento específico de ejecución de sus decisiones, por tanto, ahí estriba la necesidad inexcusable de dirigirse para asegurar el cumplimiento real de las mismas, a otros órganos que sí recogen dichos procedimientos. Este auxilio no obedece al deber de colaboración entre instituciones del Estado o mera asistencia jurídica, sino a la estipulación que subyace del § 35 BVerfGG¹⁶¹. En la Ley Orgánica 15/2015 objeto de estudio, más concretamente en el apartado cuarto del artículo 92, se establece un régimen específico para los casos de incumplimiento del mandato constitucional¹⁶², al que se

¹⁵⁹ Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional Español de 3 de Octubre. Publicación en el Boletín Oficial del Estado el 5 de Octubre de 1979, Núm. 239.

¹⁶⁰ Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Publicación en el Boletín Oficial del Estado el 17 de Octubre de 2015. Núm. 249

¹⁶¹ Arzoz Santisteban X., *Los poderes ejecutivos del Bundesverfassungsgericht* (2015) [En línea] Universidad autónoma de Madrid disponible: <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/>

¹⁶² Artículo 92.4 de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional Español, "...el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera



suma el apartado segundo del artículo 80 de la misma ley, aplicando con carácter supletorio en materia de ejecución de resoluciones lo recogido en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁶³.

A modo de conclusión de este apartado, debemos mencionar que la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, se encuentra ampliamente avanzada en contenido con respecto a la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y no solo con este ordenamiento, sino con el resto de sistemas constitucionales europeos. A día de hoy, la legislación española en materia de ejecuciones de sentencias del Tribunal Constitucional está un paso por delante de las legislaciones geográficamente colindantes, de tal modo que podemos afirmar que sólo nuestro tribunal tiene capacidad ejecutiva propia, con instrumentos para hacer real el efectivo cumplimiento de las mismas.

III.- LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto. Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes...".

¹⁶³ Artículo 80, apartado segundo de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, "...En materia de ejecución de resoluciones se aplicará, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

3.1.-Aproximación a la Cuestión

Aproximarnos al concepto de jurisdicción constitucional, conlleva la necesidad de definir y diferenciar ese concepto del concepto de justicia constitucional. Ambos conceptos han sido utilizados frecuentemente por la doctrina para referirse a una misma idea, pero existiendo divergencias que deben ser mencionadas. Por justicia constitucional debemos entender todos aquellos procesos tendentes a la garantía de la Constitución, esto es, todos aquellos mecanismos de salvaguarda, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales. No se concibe, al menos los países dotados de Constitución así han actuado, una supremacía de la Ley Fundamental sin garantía constitucional. Resulta poco práctico abogar por la superioridad normativa de la Constitución, sin existir vías de defensa que garanticen el carácter supremo de la misma¹⁶⁴.

La existencia de jurisdicción constitucional depende, sin embargo, de la existencia de un órgano al que se le atribuye en exclusiva la garantía de la Constitución. Por lo tanto, puede existir garantía constitucional sin la necesidad de un órgano al que se le atribuya en exclusiva dicha potestad, incluso sin la necesidad de que deban existir procesos diferenciados que tengan como finalidad la garantía de la Constitución, como ocurre en el control constitucional difuso. A día de hoy, casi todos los modelos son mixtos, es decir, ordenamientos en los que confluye un sistema de control constitucional concentrado, junto con procesos que se siguen y resuelven ante la jurisdicción ordinaria o que parten de ésta para su resolución ante el órgano especializado, como ocurre, por ejemplo, con los procesos de control de inconstitucionalidad indirecta que se realizan a través de la cuestión de

¹⁶⁴ Díaz Revorio F.J., "*Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007*", Estudios Constitucionales, Núm. 2, 2009, pág. 83



inconstitucionalidad. Por tanto, la configuración de los distintos modelos de justicia constitucional obedece al encaje que los legisladores pretendan asumir, entallando el control constitucional a los intereses perseguidos, pero en ningún caso, dejando de lado la finalidad de garantía constitucional¹⁶⁵.

La supremacía de la Constitución, y con ello la justicia constitucional, surge en Norteamérica, año 1803. El Juez Marshall en su Sentencia Marbury V.S. Madison, declara la inaplicabilidad de una norma contraria a la Constitución para un caso concreto, justificando la autoridad intrínseca de la misma frente a cualquier norma de rango inferior¹⁶⁶. El sistema de control constitucional difuso, como es sabido, no arraigó en Europa por tres razones principalmente. La primera de ellas fue la desconfianza frente a las interpretaciones que se pudieran hacer por parte de los jueces, la segunda, el fuerte parlamentarismo que en ningún caso asumiría ciertas limitaciones y por último, la indisolubilidad de los poderes del Estado¹⁶⁷. A tenor de lo mencionado, sumado a la necesidad de darle seguridad a la Constitución a través de procedimientos especiales tendentes a la interpretación de leyes infraconstitucionales conforme a la misma, separando esta facultad del control de leyes ordinarias por parte del Poder Judicial¹⁶⁸, resulta la innovación kelseniana de articular un Tribunal

¹⁶⁵ Díaz Revorio F.J., "Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", Estudios Constitucionales, Núm. 2, 2009, pág. 83 y 84.

¹⁶⁶ García de Enterría E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.*, Civitas, 3ª Edición, 1983, pág. 54 y 55.

¹⁶⁷ Canosa Usera R., "Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria en España: Una cuestión abierta", Ius et Praxis, vol. 4, núm. 1, 1998, pág. 13

¹⁶⁸ Kelsen H. "La garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán, Anuario

Constitucional "Ad hoc" que salvaguarde de forma exclusiva dicha garantía, originando un nuevo sistema de control constitucional de carácter concentrado.

El Tribunal Constitucional Español tiene su antecedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales que estableció la Constitución Republicana Española de 1931. Este órgano, aparte de ostentar el carácter autónomo e independiente del que goza nuestro Tribunal Constitucional actual, era el encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la creación del Tribunal Constitucional Español en 1978 no fue la reproducción de su predecesor, sino que confluyeron en él, aspectos de los modelos kelsenianos italiano y alemán, que a su vez derivan del sistema constitucional austriaco de 1920¹⁶⁹. La Constitución Española de 1978 en el Título IX referente al Tribunal Constitucional, no establece la naturaleza del órgano, sino que entra a regular directamente su composición¹⁷⁰. Lo cierto es, que la única referencia a la naturaleza y ubicación dentro del Estado de Derecho del Tribunal viene dada en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este artículo delimita taxativamente el carácter independiente del Tribunal, anulando cualquier tipo de subordinación ante cualquier órgano. La independencia del Tribunal con respecto al Poder Judicial, ya se hace latente en la regulación que se hace en la Constitución, ostentando títulos distintos, siendo el del Poder Judicial el Título

Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 15, Madrid, 2011, pág. 260

¹⁶⁹ "El Tribunal Constitucional Español como modelo de Tribunal Constitucional Europeo" [En línea]: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20924/Capitulo6.pdf>

¹⁷⁰ Balaguer Callejón, M.L, "*Constitución y Fuentes de Derecho Europeo, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*" (Vo.1) en *Manual de Derecho Constitucional*, coor. F. Balaguer Callejón, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 264.



VI y el del Tribunal Constitucional el Título IX ¹⁷¹. En el mismo artículo primero de la Ley Orgánica del Tribunal, se establece la asunción de forma exclusiva por parte del Órgano de la función interpretativa de la Constitución, respondiendo al carácter concentrado anteriormente mencionado, estando sometido únicamente a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Siguiendo con el argumento tendente a la independencia y la correspondiente caracterización del Tribunal Constitucional como órgano especial en materia de salvaguarda de la Carta Magna, el artículo 123.1 de la Constitución Española reza así, *"El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales"*¹⁷². A tenor de lo mencionado, la propia Ley Fundamental delimita los campos de actuación de la jurisdicción ordinaria y constitucional, que pese a la fricción que tienen el uno con el otro, ha fijado de forma clara las materias que deberán desempeñar respectivamente. Completando lo apuntado, el artículo 3 de la Ley del Poder Judicial, asume para los Tribunales y Juzgados ordinarios la jurisdicción única, especificando que esto se entenderá, *"...sin perjuicio de las potestades que reconoce la Constitución para otros órganos"*¹⁷³, que en el caso que nos acontece, corresponde al ejercicio jurisdiccional del Tribunal Constitucional en las materias establecidas en la Constitución¹⁷⁴.

¹⁷¹ García de Enterría, E., *"La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español: Posibilidades y perspectivas"*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, núm. 1, 1981, pág. 63.

¹⁷² Constitución Española de 1978.

¹⁷³ Ley Orgánica 6/1985, del 1 de Julio, del Poder Judicial.

¹⁷⁴ Aranguren Pérez I, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág. 139

Mucho se ha debatido sobre el carácter del Tribunal Constitucional, existiendo una fuerte dicotomía entre el papel político o jurídico del mismo. Ante esta problemática, el órgano no tardó en destacar su carácter meramente jurisdiccional, pronunciándose en dos sentencias que debemos traer a colación. La primera de ellas fue la STC 5/1981¹⁷⁵, en la que el Tribunal se desligó del poder legislativo, indicando que la única función que le corresponde es la de juzgar, a instancia de parte, la adecuación o no de los preceptos a la Constitución. Bajo esta rúbrica se extrae el concepto de "legislador negativo", es decir, no tiene funciones legislativas, sino meramente interpretativas a lo que se le debe sumar el inexcusable procedimiento contradictorio característico de los órganos jurisdiccionales, a través del cual, el Tribunal no puede iniciar de oficio procedimientos constitucionales¹⁷⁶.

El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus funciones, desarrolló una segunda sentencia en la que precisó la cuestión a la que estamos haciendo referencia. Esta sentencia es la 9/1981¹⁷⁷, en la que el órgano constitucional se desliga del Poder

175 Pleno. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero de 1981 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981). "...El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución".

¹⁷⁶ Caamaño Domínguez F., Gómez Montoro A.J., Medina Guerrero M., Requejo Pagés J.L., *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Coor. Alonso Ureda A., Dir. Aragón Reyes M., Solozábal Echavarría J.J., McGraw-Hill, 2000, Madrid, pág. 4

¹⁷⁷ Sala Primera del Tribunal Constitucional. Sentencia 9/1981, de 31 de Marzo de 1981 (BOE núm. 89, de 14 de Abril de 1981). "...el Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en Títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales (...), actúa, especialmente en los procesos



Judicial, haciendo alusión a la manifestación que hace la Constitución separando estos órdenes en capítulos distintos. No obstante, la importancia de lo expuesto en esta sentencia se refiere a la mención directa que hace el Tribunal a la hora de declarar el carácter del mismo con respecto a la aplicación procedimental de sus actividades competenciales. Esto no es ni más ni menos que las funciones que se le atribuyen al Tribunal Constitucional, consagradas en la Constitución de 1978, se realizan conforme a Derecho, es decir, a través de disposiciones prefijadas en materia constitucional como es su Ley Orgánica 2/1978 del Tribunal Constitucional.

Para concluir este apartado, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional es un verdadero órgano jurisdiccional, que resuelve en forma de sentencia a tenor de lo establecido en procedimientos fijados en la Ley. Debemos completar esta afirmación, aclarando que el TC es un órgano jurisdiccional especial, cuya particularidad no está reñida con la potestad jurisdiccional que ostenta, más bien, es un complemento que hace del Tribunal Constitucional un órgano que juzga y hace ejecutar lo juzgado, tildado de especialidad por su carácter constitucional¹⁷⁸.

3.2.- Concepto de Jurisdicción

A).- Potestad Declarativa

de amparo, como tal Tribunal y con base en un procedimiento de carácter jurisdiccional, bien que regulado de manera especial en su Ley Orgánica”.

¹⁷⁸ García Pelayo M., “El Status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Núm. 1, 1981, pág. 30

El concepto de jurisdicción se traduce en la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esta simplificación conlleva la necesidad de delimitar qué órganos gozarán de esta facultad, articulando a priori, disposiciones que prevean esta declaración¹⁷⁹. Por tanto, antes de analizar el apartado protagonista de la parte de jurisdicción, competencia ejecutiva, debemos pararnos a estudiar qué disposiciones otorgan la competencia para juzgar, analizarla, y sobre todo, establecer los límites de esta potestad. Dicho esto, frente a la independencia predicada entre el TC y el Poder Judicial, muchas similitudes se encuentran al examinar la capacidad declarativa que el ordenamiento les confiere, pues inexcusablemente, ambos son órganos jurisdiccionales.

Empezando por el principio, el artículo 24.1 de la Constitución de 1978 establece lo siguiente, "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". El carácter de derecho fundamental lo impregna de una garantía absoluta, cubriendo tanto a las personas físicas como jurídicas¹⁸⁰. El legislador, consciente de la importancia de lo que dispone, quiso clarificarlo en la sentencia 26/1983¹⁸¹ en la que el mismo Tribunal Constitucional determinó el contenido del artículo. Esta

¹⁷⁹ Exposición de Motivos I, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

¹⁸⁰ Ortega Gutiérrez D., actualizado por González Escudero A., Sinopsis artículo 24 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización en Diciembre de 2011 [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

¹⁸¹ Sentencia 26/1983 del 13 de Abril, "*El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos...*"



sentencia se complementa con la 32/1982¹⁸², alegando el carácter preceptivo del mandato que resulte de la actividad judicial, ahora sí, interpretando en un mismo artículo el verdadero sentido de la jurisdicción ordinaria. La primera semejanza que encontramos con respecto al TC, partiendo de la base de que ambos órganos son jurisdiccionales, tal y como reza la Sentencia 9/1981¹⁸³ del mismo tribunal y el artículo primero de la Ley Orgánica 2/1979 del órgano constitucional, es la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es, tanto el órgano constitucional como los tribunales ordinarios deberán garantizar un proceso judicial con todos los procedimientos y competencias previstos en sus respectivas leyes reguladoras, uniendo esta afirmación con el siguiente apartado.

Podemos afirmar que la base axiomática de la capacidad jurisdiccional, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se manifiesta en el artículo anterior junto con las aportaciones que se han manifestado. No obstante, siguiendo con el argumento, el apartado tercero del artículo 117 de la Constitución Española establece lo siguiente, *"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado,*

¹⁸² Sentencia 32/1982 de 7 de Junio, *"Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones."*

¹⁸³ Sala Primera del Tribunal Constitucional. Sentencia 9/1981, de 31 de Marzo de 1981 (BOE núm. 89, de 14 de Abril de 1981). *"...el Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en Títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales (...), actúa, especialmente en los procesos de amparo, como tal Tribunal y con base en un procedimiento de carácter jurisdiccional, bien que regulado de manera especial en su Ley Orgánica"*.



corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". La interpretación de esta disposición, radica en la delimitación incuestionable con respecto a los poderes del Estado, es decir, anulación de cualquier injerencia que pudiera darse con respecto a la capacidad judicial y ejecución de lo que ellos mismos hayan resuelto¹⁸⁴. Este precepto también puede trascibirse al orden constitucional, pues en este sentido, el mismo artículo 123.1 de la Ley Fundamental, en interpretación negativa, reconoce capacidad exclusiva no solo para el conocimiento, sino también en la ejecución de resoluciones al Tribunal Constitucional ¹⁸⁵ en las materias que le son asignadas en la misma Constitución, completando esta exclusividad con el artículo primero, apartado segundo, de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional ¹⁸⁶ que también establece la independencia del TC. La previsión normativa tendente a la estipulación de vías procedimentales, se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial para los órdenes ordinarios, derivando esta regulación a sus respectivas leyes, que no podemos entrar a estudiar por la limitación en la extensión del trabajo. Con respecto al Tribunal Constitucional, el artículo 165 de la Constitución Española¹⁸⁷ establece que las reglas de

¹⁸⁴ Martí Sánchez S., actualizado por Sieira S., Sinopsis artículo 117 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización Diciembre 2011, [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=117&tipo=2>

¹⁸⁵ Artículo 123.1 de la Constitución Española de 1978, "*El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*".

¹⁸⁶ Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, "*Es único en un su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional*".

¹⁸⁷ Artículo 165 de la Constitución Española de 1978, "*Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus*



funcionamiento, así como la previsión normativa en relación a procedimientos se encontrará regulada por Ley, más concretamente, la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional.

B).- Potestad Ejecutiva

Una vez finalizado el análisis de los preceptos rectores de la potestad declarativa, comenzaremos con el estudio de la potestad ejecutiva en sentido amplio. El artículo que refleja lo mencionado por el órgano constitucional en la sentencia 32/1982, es el 118 de la Carta Magna. Esta disposición reza así, "*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*". Este artículo define claramente el carácter preceptivo con respecto a la ejecución de las sentencias y resoluciones dictadas en el ejercicio del Poder Judicial, completando esta facultad con la necesidad de prestar colaboración cuando esta sea necesaria¹⁸⁸. Respecto al cumplimiento, conviene traer a colación la sentencia 99/1985¹⁸⁹ del Tribunal Constitucional, que aclara que el derecho a la tutela judicial efectiva, interpretado en la sentencia 32/1982 antes mencionada como un derecho no sólo al

miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones".

¹⁸⁸ Martí Sánchez S., actualizado por Sieira S., Sinopsis artículo 118 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización Diciembre 2011, [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=118&tipo=2>

¹⁸⁹ Sentencia 99/1985 del Tribunal Constitucional de 30 de Septiembre, "*...siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal.*"

acceso a los Tribunales, sino también a la exigencia del cumplimiento del fallo, se deberá ejercer por los cauces legislativos que así han sido previstos. El artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aclara la afirmación anteriormente mencionada, estableciendo lo siguiente, *"Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley."*, es decir, cada orden ostenta su propio ámbito de actuación, estableciéndose las vías y los procedimientos formales tanto de acceso como de ejecución de sentencias. Aludiendo al ámbito de actuación, debemos mencionar que el artículo primero, apartado segundo de la Ley Orgánica 2/1979 del TC¹⁹⁰ así como el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁹¹, atribuyen capacidad para desempeñar su actividad en todo el territorio nacional.

Tanto el artículo 17 como el 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establecen las premisas básicas para que esta labor sea óptima. El artículo 17 establece el principio colaborador, redactado de la siguiente forma, *"Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley"*. Esta disposición, como se puede observar, está íntimamente ligada con el artículo 118 anteriormente analizado. Se insta a la colaboración de los entes previstos en la disposición, en los dos momentos que

¹⁹⁰ Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, *"Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional"*

¹⁹¹ Artículo 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, *"La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes."*



configuran la finalidad de la Administración de Justicia, el proceso de elaboración del fallo y la ejecución de sentencias.

El artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su apartado primero¹⁹², la exclusiva posibilidad de no ejecutar lo dispuesto en una sentencia, sólo cuando caben recursos dispuestos legalmente. Siguiendo con el análisis, el apartado segundo del artículo 18 recoge en su primera frase que, "*Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos*", esto es, el mandato judicial derivado del ejercicio jurisdiccional, a lo que se añade la segunda parte del apartado segundo del mismo artículo¹⁹³, es decir, la capacidad del Juez o Tribunal para fijar las medidas que estime oportunas frente a la imposibilidad de cumplimiento.

Cabe mencionar que las disposiciones tendentes a la ejecución de sentencias y resoluciones en el ejercicio de la Administración de Justicia, se encuentran reguladas en las leyes que regulan los ámbitos de actuación de los distintos órdenes. Por tanto, respecto a la ejecución de sentencias en el ámbito civil, su regulación se encuentra en la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, más concretamente, en el Libro III, Título I,

¹⁹² Artículo 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Publicado en el B.O.E el 2 de Julio de 1985, "*Las resoluciones judiciales sólo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.*"

¹⁹³ Artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Publicado en el B.O.E el 2 de Julio de 1985, "*Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.*"

Capítulo I, “De las sentencias y demás títulos ejecutivos”. En el orden social, la materia objeto de análisis se encuentra en la Ley 36/2011 de 10 de Octubre, Libro IV, Título I, “De la ejecución de sentencias y demás títulos ejecutivos”. En el ámbito penal, el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia viene recogido en el Real Decreto 14 de Septiembre de aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente, el Título II, Capítulo VII, “De la ejecución de sentencias”. Y finalmente, con respecto al orden administrativo, vaticinando la importancia de este orden con respecto a la ejecución no solo en su propio ámbito, sino en la sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, la regulación la encontramos en la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, Título IV, Capítulo IV “Ejecución de Sentencias”.

Para finalizar con este apartado, se debe mencionar que el artículo 118 de la Constitución¹⁹⁴ completa la función jurisdiccional, que como tal, también debe ser atribuida, en igual medida, al TC sin discrepancias. Hasta ahora, esta tarea, que no olvidemos que viene recogida en la Constitución, era desempeñada por los tribunales ordinarios ya que el Tribunal Constitucional no disponía de mecanismos ni vías de cumplimiento efectivo pese a establecer en la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, en el apartado primero del artículo 87¹⁹⁵, la obligatoriedad en el cumplimiento de lo que el TC resuelva. Ostentar la titularidad junto con la inexistencia de cauces procedimentales propios, puede en cierto modo suponer una contradicción procesal. El cumplimiento efectivo de las

¹⁹⁴ Artículo 118 de la Constitución Española de 1978, “*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto*”.

¹⁹⁵ Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, “*Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva*”.



resoluciones del TC podría haber quedado patente desde el momento en el que se le declara al órgano constitucional como verdadero órgano jurisdiccional especial, artículo primero de la Ley Orgánica 2/1979 del mismo, pues se puede admitir que la reforma ostenta deficiencias en la forma, pero no en el fondo¹⁹⁶.

La ejecución por parte de los Tribunales ordinarios de lo establecido en sentencia del órgano constitucional, implica admitir la posibilidad de, que los tribunales ordinarios, que van a ejecutar la resolución constitucional, contrariaran de algún modo (de manera intencionada o no) lo establecido en ella o menoscabaran la eficacia de lo que establece la sentencia original. En otro caso, podrían tener que acudir al TC para que delimitara el alcance para un cumplimiento efectivo¹⁹⁷, perdiendo tiempo en el proceso y en el peor de los casos, la imposibilidad de subsanación. Cierto es, que en la regulación anterior, la imposición de medidas solo se encontraba en el apartado cuarto del artículo 95 de la Ley 2/1979 del TC¹⁹⁸, generalizando la aplicación de la misma frente a cualquier incumplimiento. Esta afirmación, independientemente de la postura ideológica que uno tenga, no garantiza el conocimiento de en qué situaciones se impondrá la medida, y en que situaciones no. Por tanto, finalizando con el argumento, el establecimiento de instrumentos propios, repito, en conocimiento

¹⁹⁶ Gimbernat E., (19 de Septiembre de 2015). La Reforma del Tribunal Constitucional. El mundo. Recuperado en <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

¹⁹⁷ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág. 892

¹⁹⁸ Artículo 95.4 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, "*Podrá imponer multas coercitivas de 600 a 3000 euros a cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpla los requerimientos del Tribunal dentro de los plazos señalados y reiterar estas multas hasta el total cumplimiento de los interesados, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiera lugar*".



del que incumple el mandato constitucional, no solo garantizan la plena ejecución, sino que al encontrarse tipificadas fortalecen el principio de legalidad.

IV.- COMPETENCIA EJECUTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PASADO Y PRESENTE

4.1.- Competencia ejecutiva anterior a la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional.

Empezando por el principio, haremos mención al artículo 80 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Esta disposición no establece nada con respecto a la ejecución propia de las resoluciones del Tribunal, pues como se observa, es de aplicación anterior a la ejecución de la resolución. El por qué ha de traerse a colación, responde a la importancia en la modificación que realizó el legislador, añadiendo un segundo apartado en la Ley Orgánica 15/2015, permaneciendo el carácter supletorio del apartado primero, pero ahora sí, de la jurisdicción contencioso-administrativa para la regulación en la ejecución de sus resoluciones que será analizada en el siguiente apartado. El artículo 80 reza así, "*Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados*". Este artículo, como puede observarse, recoge el procedimiento anterior a la elaboración del fallo. El carácter supletorio responde a las situaciones en las que en la propia ley reguladora del Tribunal Constitucional, que no es otra que la ley 2/1979, no se establezcan procedimientos en la materias mencionadas con



respecto a las distintas competencias asignadas al órgano constitucional, se aplicarán los dispuestos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil para solventar el problema¹⁹⁹. La importancia de este artículo radica en la aplicación exclusiva para casos de inexistencia o defecto en la previsión normativa de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como así bien quiso aclararlo el propio órgano constitucional en ATC 423/2003²⁰⁰.

Un segundo artículo relacionado con la ejecución de las sentencias es el 87 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Esta disposición, en su primer apartado establece lo siguiente, "1. *Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva*". La primera frase recoge el carácter preceptivo del mandato constitucional ya mencionado anteriormente, ligado de manera intrínseca con el artículo 164²⁰¹ de la Constitución Española. Como puede verse, ya empezamos a entrar en materia, incorporando la obligatoriedad de todas las resoluciones del Tribunal Constitucional a los entes públicos. Este artículo es sumamente importante por la necesidad de

¹⁹⁹ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág. 768 y 769.

²⁰⁰ Auto del Tribunal Constitucional 243/2003 de 17 de Diciembre, "la supletoriedad de la nueva LEC, prevista en el art. 80 LOTC, sólo cabe aplicarla en defecto de específica previsión de la LOTC o de los Acuerdos adoptados por el Tribunal en su ámbito de competencias".

²⁰¹ Artículo 164 de la Constitución Española de 1978, ". *Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos*"

cumplimiento de quien debe cumplir, destacando el carácter imperativo que así establece la disposición²⁰².

Cabe destacar la supremacía del Tribunal que subyace del artículo, estando relacionado con otras disposiciones que complementan este carácter, y buen ejemplo de ello es el artículo 4²⁰³ de la misma Ley. El segundo apartado del artículo 87 reza así, "2. *Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite*". La cooperación entre los órganos jurisdiccionales del Estado responde a la tarea de flexibilizar y acelerar la actividad judicial. Pese a la independencia entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, ambos no dejan de ser órganos jurisdiccionales, de los que se espera el efectivo ejercicio de sus funciones en los ámbitos establecidos respectivamente por Ley. Esta tarea resultaría compleja si la colaboración fuera nula, por tanto, el legislador consciente del pragmatismo, estableció el

²⁰² Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág.867

²⁰³ Artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de Octubre, "1. *En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.*2. *Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.*3. *Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución.*



auxilio jurisdiccional tanto en el artículo 273²⁰⁴ de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, como el 169²⁰⁵ y siguientes de la Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil.

El artículo protagonista en este apartado es el 92 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Esta disposición, que establece lo siguiente *"El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución"*, encuentra su fiel aliado en el artículo 24.1²⁰⁶ de la Constitución Española. Se debe mencionar que el Tribunal Constitucional, en esta regulación, no goza de capacidad ejecutiva propia, simplemente se le otorga competencia para resolver, como bien aclara el artículo, las ejecuciones²⁰⁷. Una vez elaborado el fallo de la sentencia, tramitado a través de los cauces previstos para cada procedimiento en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, completando este argumento con el carácter supletorio ya mencionado en el artículo 80 de la misma ley, el órgano constitucional remite la ejecución de las sentencias a los Tribunales de Justicia ordinarios que gozan de procedimientos de ejecución, guardando para sí, la resolución de los incidentes. Por

²⁰⁴ Artículo 273 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del Poder Judicial, *"Los Jueces y Tribunales cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional"*.

²⁰⁵ Artículo 169 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero, *"Los tribunales civiles están obligados a prestarse auxilio en las actuaciones que, habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica"*.

²⁰⁶ Artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978, *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

²⁰⁷ *Constitución y Fuentes de Derecho Europeo, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico"* (Vo.1) en *Manual de Derecho Constitucional*, coor. F. Balaguer Callejón, Tecnos, Madrid, pág. 314

tanto, la ejecución de las sentencias, que como ya hemos mencionado, no será desempeñada por el órgano constitucional pese a ostentar él mismo la titularidad, solo se derivará de aquellas resoluciones que contengan preceptos que deban ser ejecutivos, no de aquellas que se encarguen de declarar la inconstitucionalidad de leyes, siendo invalidadas estas con efectos generales²⁰⁸. Atendiendo a la efectividad en el cumplimiento, el Tribunal Constitucional en la sentencia 302/2005²⁰⁹, justificó la necesidad, en ciertas ocasiones, de que el órgano constitucional interpretara lo dispuesto en sus resoluciones a fin de esclarecer en la medida de lo posible la ejecución de las mismas, proyectando de ellas una ejecución óptima que no desvirtuara lo que en ellas se establece²¹⁰. Frente a la inejecución de lo fallado por el Tribunal Constitucional, los legitimados podrán presentar un incidente de ejecución, en el que el órgano constitucional solo tendrá facultad para resolver²¹¹. Este artículo, otorga en exclusiva la resolución de los incidentes de ejecución al Tribunal de Garantías, pero no prevé el procedimiento que ha de seguirse, ni mucho menos cómo

²⁰⁸ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág.891

²⁰⁹ Sentencia 302/2005 del Tribunal Constitucional de 21 de Noviembre, *"En algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una Sentencia de este Tribunal puede requerir una interpretación del alcance de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero semejante consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva allí declarada"*.

²¹⁰ Remisión al apartado "3.2.- Concepto de Jurisdicción" pág. 17 y 18.

²¹¹ Balaguer Callejón, M.L, *"Constitución y Fuentes de Derecho, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico"* (Vo.1) en *Manual de Derecho Constitucional*, coor. F. Balaguer Callejón, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 314.



debe resolverse²¹². No obstante, lo que sí aclara el órgano constitucional en su auto 90/2008²¹³ es que en el análisis entre la resolución judicial dictada en la ejecución por el Tribunal ordinario, con respecto a la Sentencia original del Tribunal Constitucional, no debe existir un pronunciamiento distinto en la decisión ejecutada, ni tampoco un intento de disminuir o perjudicar lo estipulado en la sentencia por el órgano constitucional. Finalizando con el análisis del artículo 92, se establece un segundo apartado que reza así, *"Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó"*. Con esta disposición, el legislador en la Ley Orgánica 6/2004 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, consiguió fortalecer el carácter supremo del Tribunal Constitucional añadiendo este segundo apartado, con el que quedó patente la superioridad no sólo del órgano constitucional, sino de las sentencias y resoluciones que elabora. Esta superioridad que mencionamos, quiso clarificarla el propio Tribunal en su auto 107/2009²¹⁴,

²¹² Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>

²¹³ Auto 90/2008 del Tribunal Constitucional de 14 de Abril, *"Lo que ha de examinarse al cotejar el contenido de nuestra Sentencia con la resolución jurisdiccional dictada en su ejecución no es tanto, ni necesariamente, la estricta correspondencia literal de los términos entre ambas, sino sobre todo que la resolución judicial posterior no incurra en alguna de estas dos situaciones proscritas por nuestra jurisprudencia (pronunciamiento contrario a nuestra decisión o intento de menoscabar la eficacia —jurídica o material— de lo que hemos resuelto y mandado)..."*

²¹⁴ Auto 107/2009 del 24 de Marzo del Tribunal Constitucional, *"Como es sabido, los arts. 4 y 92 LOTC, invocados por el Abogado del Estado, establecen que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser enjuiciadas por ningún otro órgano y suponen el reconocimiento*



abogando por la preservación, adoptando las medidas necesarias si fuera preciso.

Un último artículo al que debemos hacer mención por su importancia en la anterior regulación, es el artículo 95, más concretamente el apartado cuarto del mismo que recogía lo siguiente, *"Podrán imponer multas coercitivas de 600 a 3000 euros a cualquier persona, investida o no de poder público, que incumpla los requerimientos del Tribunal dentro de los plazos señalados y reiterar estas multas hasta el total cumplimiento de los interesados, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiera lugar"*. La imposición de esta multa no responde a un medio de castigo, sino más bien a encauzar la conducta del destinatario a través de un perjuicio económico, cesando el agravio en el momento en el que se cumpla con el requerimiento solicitado, como bien recogía la interpretación que dio el órgano constitucional en su sentencia 239/1988²¹⁵. No obstante, se debe indicar que pese a estar revestido de finalidad coercitiva, subyace un castigo por incumplimiento, al que se debe añadir, finalizando con la argumentación, la inexistencia de procedimiento contradictorio²¹⁶.

expreso de que este Tribunal puede adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservar su jurisdicción."

²¹⁵ Sentencia 239/1988 de 14 de Diciembre, *"...no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, cuya adecuada previsión normativa desde las exigencias constitucionales del derecho a la legalidad en materia sancionadora pueda cuestionarse, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa"*.

²¹⁶ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág.935



Por tanto, sería una irresponsabilidad por nuestra parte, afirmar que en la regulación anterior a la reforma objeto de estudio, el Tribunal Constitucional dejara sin cumplimiento sus decisiones. La legislación que hemos analizado no contempla los procedimientos necesarios para el cumplimiento efectivo, pues son los tribunales ordinarios los que se encargan de esta tarea. No obstante, el órgano constitucional ostenta la titularidad en la ejecución pese a la derivación ejecutiva, que en ningún caso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española²¹⁷. Una vez dicho esto, en el siguiente apartado analizaremos la actual regulación en materia ejecutiva de Sentencias del Tribunal Constitucional.

Antes de comenzar con el análisis de la legislación en materia de ejecución de resoluciones de la Ley 15/2015, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional se ha comportado como un verdadero órgano jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, pese a no disponer él mismo de instrumentos de ejecución que garanticen un cumplimiento efectivo de sus resoluciones²¹⁸. Lo escabroso de la cuestión reside en la problemática presentada anteriormente con respecto a la fricción entre el Poder Judicial y el TC. Fiel ejemplo de ello lo encontramos en el caso "Preysler", donde se da razón a la parte de la doctrina que ha criticado la falta de regulación, completada ésta, con la reforma a la que hacemos alusión por la inexistencia de mecanismos para hacer valer lo que el TC establece. El órgano

²¹⁷ Interpretación ya mencionada en el apartado "4.1.- Concepto de ejecución judicial de Jueces y Tribunales", más concretamente, en la Sentencia 26/1983 del 13 de Abril y Sentencia 32/1982 de 7 de Junio, ambas del Tribunal Constitucional.

²¹⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de Octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, "*...la reforma contenida en esta Ley Orgánica introduce, en sede constitucional, instrumentos de ejecución que dotan al Tribunal de un haz de potestades para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.*"

constitucional hizo uso del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1979 reguladora del mismo²¹⁹, anulando una sentencia del Tribunal Supremo, promovida por un recurso de amparo presentado ante el TC por Doña María Isabel Preysler Arrastia. Junto con la revocación, el Tribunal Constitucional en la sentencia 115/2000 derivó la ejecución de su resolución al mismo Tribunal Supremo, elaborando éste una nueva sentencia a 20 de Julio de 2000 en el recurso de casación 872/93, contradiciendo, en parte²²⁰, lo establecido en la resolución del Tribunal Constitucional²²¹. Partiendo de la base de que todos los poderes públicos deben cumplir lo que el TC resuelva, tal y como reza el artículo 87.1 de la Ley reguladora del TC²²², surge una contradicción que tuvo que solventar el mismo órgano constitucional en una segunda sentencia (STC 186/2001). El Tribunal Constitucional amparó a la recurrente, y esta vez no derivó la ejecución al órgano supremo, sino que declaró el pago de la indemnización que acordó la Audiencia Nacional de Barcelona. De la practicidad del caso se extraen varias conclusiones. La primera tiene que ver con la insuficiencia de instrumentos jurídicos para hacer valer una

²¹⁹ Artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, "*...El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben...*"

²²⁰ El Tribunal Supremo reconoció la violación del derecho fundamental a la intimidad recogido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, alegando que la competencia para acordar la indemnización le correspondía al propio Tribunal Supremo, y no al Tribunal Constitucional.

²²¹ Peral M., (28 de Agosto de 2001). Una sentencia sobre Isabel Preysler reabre la guerra entre Constitucional y Supremo. ABC. Recuperado en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-09-2001/abc/Nacional/una-sentencia-sobre-isabel-preysler-reabre-la-guerra-entre-constitucional-y-supremo_49706.html

²²² Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre, del Tribunal Constitucional, "*Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva*"



resolución del TC, cuya solución fue no derivar la ejecución al órgano que la incumplió. La Sala Primera del Tribunal Supremo en su segunda sentencia ya mencionada anteriormente, alegando la titularidad para estipular la indemnización al caso, incumplió el artículo 87.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del TC, protagonizando un desafío frente al Tribunal de Garantías. Del resultado de este conflicto la única ganadora fue la jurisprudencia, pues se sentaron bases entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, sacando a la luz la inexistencia de medidas frente a incumplimiento de lo establecido por el TC, subordinando al Tribunal Supremo frente a la Audiencia de Barcelona para que el mandato fuera posible.

Con esta exposición se pretende argumentar la necesidad de que el TC no solo ostente la titularidad en la ejecución, sino que esta titularidad sea real y efectiva, siendo él mismo el que ejecute lo juzgado. Pese a que la línea del trabajo manifiesta la necesidad de la reforma, no podemos terminar este epígrafe sin dar voz a la parte de la doctrina que ha tildado la Ley 15/2015 del TC de innecesaria y oportunista por el momento en el que se aprobó²²³. Tras las argumentaciones dadas durante el trabajo, ha quedado patente que el adjetivo de innecesaria no entra dentro de los calificativos más afortunados, puesto que mientras que existan discrepancias en la manera de actuar, toda especificación bien justificada es bienvenida. Los alegatos con más peso tienen que ver con el establecimiento de sanciones por parte del Tribunal de Garantías, en ocasiones, sin dar audiencia a las partes²²⁴, no

²²³ Gimbernat E., (19 de Septiembre de 2015). La Reforma del Tribunal Constitucional. El mundo. Recuperado en <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

²²⁴ Bosch J., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinión Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

siendo justificada esta cuestión ya que la medida que se establece frente al incumplimiento tiene un mero carácter coercitivo, es decir, se extingue la medida fijada una vez se lleve a cabo el cumplimiento de lo establecido. La aprobación por el trámite de urgencia tal y como justifica el preámbulo de la Ley Orgánica 15/2015 del TC²²⁵, obviamente legal, muestra la emergencia que el Gobierno del Partido Popular tenía en su elaboración. Aquí se ha defendido que el carácter de órgano jurisdiccional del que es titular el TC debería completarse con las medidas tendentes al cumplimiento, no justificando con ello la celeridad para la aprobación, puesto que la falta de consenso con el resto de fuerzas políticas no ayuda al prestigio de una reforma cuya finalidad es fortalecer el estado de derecho.

4.2.- Regulación actual en la ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional: Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional

A).- Origen de la Ley Orgánica 15/2015 del Tribunal Constitucional

Antes de entrar en el análisis de los preceptos en materia ejecutiva, conviene aclarar que toda la regulación que se expondrá y analizará a continuación, ha sido nuevamente creada con la finalidad de que estas aportaciones subsanen la reincidencia en el incumplimiento de las resoluciones del TC por parte de los poderes públicos hasta la aprobación de la Ley Orgánica 15/2015. Por ello, el legislador ha indicado la

²²⁵ Preámbulo Ley Orgánica 15/2015, 16 de Octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, "...la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad..."



adaptación a las nuevas circunstancias y situaciones en el preámbulo de la Ley a la que hacemos mención (Ley Orgánica 15/2015 del TC)²²⁶. Antes de entrar en materia, cabe responder al porqué de la aprobación, así como manifestar qué situaciones son las que han provocado la creación de la nueva articulación. El incumplimiento de lo dispuesto por el TC en sus sentencias, tuvo mayor grado de repercusión en Cataluña, a partir de la aprobación del Estatuto de Autonomía en 2006, más concretamente por lo dispuesto en su artículo 6.1²²⁷. El grupo popular presentó recurso de inconstitucionalidad ante el órgano constitucional, resolviendo en la sentencia 31/2010 declarando el castellano lengua vehicular y de aprendizaje junto con el catalán²²⁸, declarando inconstitucional el término "y preferente". Sin entrar en los procesos judiciales que derivaron de esta situación, indicar que la Generalitat incumplió repetidamente no

²²⁶ Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2015 del Tribunal Constitucional, "...la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones..."

²²⁷ Artículo 6.1 de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, "La lengua propia de Cataluña es el catalán. Como tal, el catalán es la lengua de uso normal y preferente de las Administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña, y es también la lengua normalmente utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza"

²²⁸ Pleno. Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional a 28 de Junio de 2010, "El catalán debe ser, por tanto, lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña. En la medida en que el concreto régimen jurídico de los derechos lingüísticos en el ámbito de la enseñanza se regula en el art. 35 EAC remitimos al enjuiciamiento de ese precepto la exposición de las razones que abonen nuestro pronunciamiento sobre la constitucionalidad del modelo lingüístico de la enseñanza establecido en el Estatuto. Pero desde ahora hemos de dejar sentado en nuestra argumentación que, como principio, el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza."

solo esta sentencia²²⁹, sino aquellas dictadas por el Tribunal Supremo²³⁰, sirva como por ejemplo la Sentencia 12 de Junio de 2012²³¹. A tenor de lo expuesto, debemos aclarar que la gota que colmó el vaso, responde a la problemática derivada del desafío soberanista protagonizado por Artur Más con respecto al pseudoreferendum del 9-N. El TC decidió en providencia firme e irrecurrible el 4 de Noviembre de 2014, a instancia del gobierno, la suspensión de este proceso. El Gobierno, en esta tesitura criticado por muchos, tenía las manos atadas, puesto que para que hacer valer el mandato constitucional era necesario que el TC, junto con la providencia mencionada, hubiera llevado a cabo una segunda resolución que determinara no solo la ejecución, sino el alcance la misma²³². Cierto es, que el ordenamiento jurídico, anterior a la reforma de la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional, sí que ostentaba mecanismos de actuación frente al incumplimiento por parte de poderes públicos, pero inevitablemente, estas soluciones no son las más acertadas. El artículo 410.1 del Código Penal²³³ tipifica el delito de

²²⁹ Juil J., (04/09/2015). Las resoluciones del TC que Cataluña incumplió. ABC. Recuperado en <http://www.abc.es/espana/20150902/abc-resoluciones-incumplidas-constitucional-201509012020.html>

²³⁰ Chinchetru J.A., (02/09/2015). Artur Mas: Historia de un Presidente contra el Constitucional. OKdiario. Recuperado en <http://okdiario.com/espana/cataluna/2015/09/02/artur-mas-historia-de-presidente-contra-constitucional-1136>

²³¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (12/06/2012) por la que se estima en parte el recurso contencioso administrativo contra el Decreto 181/2008 en materia de educación infantil en Cataluña.

²³² Gimbernat E., (19 de Septiembre de 2015). La Reforma del Tribunal Constitucional. El mundo. Recuperado en <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

²³³ Artículo 419.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. "Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren



desobediencia de funcionarios y poderes públicos por incumplimiento de orden judicial. Esta vía no fue utilizada para la paralización de la consulta catalana, puesto que el TC, como bien se ha analizado hasta ahora, es el supremo intérprete de la Constitución, extralimitándose en la competencia si aplicara el 410.1 del CP. La extralimitación en la competencia no sería el único problema al que se enfrentara el TC si aplicase el artículo en cuestión, puesto que el delito de desobediencia tiene la finalidad de imponer una pena, no ejecutar lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. Una segunda posibilidad en la actuación frente al incumplimiento tiene que ver con el papel que juega el Ministerio Fiscal. Frente a la desobediencia en el caso catalán, el MF presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a 21 de Noviembre de 2014, querrela contra Artur Mas y dos autoridades públicas. La vía del MF es efectiva sin discrepancias, pero no pragmática para el caso planteado, ya no porque se presentó después de la consulta, sino por la dilación característica del proceso judicial que podría acabar en el Tribunal Supremo²³⁴, con el lapso que ello conlleva. Un tercer mecanismo que recoge el ordenamiento jurídico para hacer frente al incumplimiento presentado, es lo dispuesto en el artículo 155 de la CE²³⁵. Esta

abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años."

²³⁴ Noguera Fernández A., 1 de Octubre de 2015, Cinco claves de la reforma del Constitucional. Diagonal., [En línea]: <https://www.diagonalperiodico.net/panorama/27661-claves-la-reforma-del-tribunal-constitucional.html>

²³⁵ Artículo 155 de la Constitución Española de 1978, "Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la

disposición, presente en otras Constituciones Europeas, no delimita qué medidas serían aplicadas, ni el alcance de las mismas, simplemente alude a "medidas necesarias". Para que la elección de esta vía solucione el conflicto, minimizando en todo momento las consecuencias, sería conveniente un previo desarrollo normativo de la medida por su carácter enormemente coercitivo²³⁶. Con esta exposición, damos voz a lo dispuesto por el legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2015, manifestando que sin la garantía ejecutiva de efectividad en el cumplimiento de las resoluciones del TC, el Estado de Derecho no existiría, siendo fiel ejemplo de lo que acabamos de exponer. Por tanto, ante la problemática surgida, el legislador ha articulado una serie de instrumentos jurídicos que pasaremos a analizar a continuación.

B).- Actual Competencia Ejecutiva del Tribunal Constitucional

A continuación se analizará la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Aclarar que no entraremos a estudiar aquellas disposiciones de los artículos que no hayan sido modificadas, por no repetir lo ya analizado. Los artículos a los que hacemos mención son el 80, 87 y 92 de la Ley Orgánica 2/1979, completando la reforma con la derogación del artículo 95.4 de la misma. Como ya hemos expuesto, el protagonismo de la reforma radica en la ejecución de

aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general."

²³⁶ Noguera Fernández A., 1 de Octubre de 2015, Cinco claves de la reforma del Constitucional. Diagonal., [En línea]: <https://www.diagonalperiodico.net/panorama/27661-claves-la-reforma-del-tribunal-constitucional.html>



sentencias y resoluciones por el Tribunal Constitucional, por ende, todo lo que se procederá a argumentar tenderá a la finalidad objeto de estudio. Dicho esto, damos paso al análisis normativo.

Haciendo un breve recordatorio, el artículo 80²³⁷ abogaba por el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Poder Judicial para las materias no prevista en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional. En la reforma se incorpora un segundo apartado que subsana la situación de inexistencia de vías previstas en la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional para la ejecución de sentencias. Este nuevo apartado queda redactado de la siguiente forma, *"En materia de ejecución de resoluciones se aplicará, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa"*. Tanto el apartado primero como esta nueva incorporación, coinciden en el carácter supletorio de la disposición para los casos no contemplados en la Ley del Tribunal Constitucional respectivamente, procurando la máxima seguridad jurídica. La ley a la que se hace alusión, es a la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, más concretamente, el Título IV, Capítulo IV, artículos 103 y siguientes. Las incorporaciones que se han llevado a cabo en la Ley 15/2015 han tomado referencias de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ²³⁸, como aclararemos en el análisis del artículo 92, procurando una concordancia entre

²³⁷ Artículo 80 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, *"Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados"*

²³⁸ Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>

ambos órdenes respecto a la nueva facultad ejecutiva asumida por el Tribunal Constitucional.

Al artículo 87 se le han añadido dos nuevos apartados. En el apartado primero²³⁹, que declaraba el carácter preceptivo de lo resuelto por el Tribunal Constitucional a todos los poderes públicos, el legislador ha dado una vuelta de tuerca, estableciendo lo siguiente, *"En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario"*. Con esta aclaración, se pretende que no existan excusas a la hora de acatar una resolución del TC, estando en la obligación de cumplir por ostentar la titularidad de poder público, tal y como recoge el apartado primero, concretando la notificación para subsanar cualquier duda. Este apartado es el reflejo de cuál ha sido el principal objetivo del legislador, es decir, no dejar cabos sueltos que puedan provocar el desacato del mandato constitucional²⁴⁰, salvando ese problema y configurando medidas con las que no exista discrepancia doctrinal²⁴¹. El segundo apartado del artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, también ha sido complementado con una nueva aportación que establece lo siguiente, *"A estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos"*. Ya hemos hablado de la problemática con respecto a aquellas sentencias que son meramente declarativas, y que por

²³⁹ Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, "1. Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva."

²⁴⁰ *Instrumentos jurídicos para la defensa del Estado de Derecho en Cataluña*. (1 de Noviembre de 2015). [En línea]: Hay Derecho. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/11/01/instrumentos-juridicos-para-la-defensa-del-estado-de-derecho-en-cataluna/>

²⁴¹ Llarena P., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinión de las Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html



lo tanto, no establecían ninguna ejecución. Poníamos el ejemplo de las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, que con la mera publicación en el Boletín Oficial del Estado, eran anuladas y eliminadas del ordenamiento. Esta nueva concepción establece que todas las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional ostentan la consideración de título ejecutivo, sin distinciones, ampliando el abanico de protección frente a situaciones de incumplimiento. A tenor de lo mencionado, tenemos que subrayar que esta disposición es el complemento perfecto, pero no necesario, de lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución Española²⁴². Cierto es, que antes de la reforma a la que hacemos mención, todas las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional, en consonancia con las sentencias surgidas en el ejercicio de los tribunales y jueces ordinarios, ostentaban no solo carácter vinculante, sino también fuerza ejecutiva. Con esto queremos decir, que la nueva aportación refuerza el sentido preceptivo que el legislador ha querido imponer en las sentencias y resoluciones, pero este carácter, quizás no tan rígido, ya estaba implícito en ellas²⁴³.

El artículo 92 de la Ley 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional ha sido el que más aportaciones ha sufrido. Empezando por el principio, el apartado primero ha experimentado un aporte necesario para el cumplimiento del objetivo fijado, esta nueva disposición reza así,

²⁴² Artículo 164 de la Constitución Española de 1978, "*Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.*"

²⁴³ Llarena P., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

“El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución”. La regulación de este mismo artículo, anterior a la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del TC, permitía al órgano constitucional cumplir con las competencias asignadas por la propia Constitución en el artículo 161, y con ello, hacer valer lo establecido en el 164.1 de la misma, para que el resultado de sus resoluciones tuvieran la eficacia establecida en esta disposición, y no exclusivamente potestad declarativa. Ahora bien, dos modificaciones han cambiado la interpretación completa de la disposición. Se elimina la remisión ejecutoria por la que abogaba el anterior artículo 92.1²⁴⁴, asumiendo, sin excepciones, el cumplimiento efectivo inexcusable por el Tribunal Constitucional. Esta nueva interpretación, conlleva la creación de vías que encaucen el procedimiento tendente a la ejecución, tal y como veremos a continuación. Con este precepto, el legislador ha procurado otorgar al TC la máxima seguridad jurídica recogida en el artículo 24 de la Constitución Española, ahora sí, eliminando cualquier duda sobre su carácter jurisdiccional especial²⁴⁵.

El segundo cambio que realizó el legislador tiene que ver con las posibilidades ejecutorias. En este apartado no especifica qué medidas son, sino simplemente aclara la existencia de ellas para un cumplimiento efectivo. Con esta nueva interpretación, el

²⁴⁴ Artículo 92.1 de la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional anterior a la Ley Orgánica 15/2015. *“El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución”.*

²⁴⁵ Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>



legislador aparte de abogar por la supremacía del Tribunal Constitucional, ahora en todos los sentidos en las materias atribuidas por ley, procura maximizar el carácter independiente del órgano constitucional, por si aún no hubiera sido suficientemente probado. En referencia al apartado segundo del artículo 92.1²⁴⁶, nos remitiremos a lo ya dicho en el apartado anterior puesto que no ha sufrido ninguna alteración normativa.

Continuando con el estudio, el apartado segundo del artículo 92 establece lo siguiente, "El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente". El artículo 87, apartado segundo²⁴⁷, ya anunciaba el auxilio de los Juzgados y Tribunales al órgano constitucional, coincidiendo con el carácter preferente y urgente, pero la particularidad de esta nueva disposición, recae en el auxilio que solicitará a las administraciones y poderes públicos, completando, en la medida de lo posible, el carácter preceptivo del apartado primero del artículo 87²⁴⁸. Por tanto, debemos mencionar que esta nueva aportación perfecciona lo dispuesto en este artículo, abogando por la reciprocidad colaborativa para el cumplimiento óptimo de lo resuelto, con la

²⁴⁶ Apartado segundo del Artículo 92.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, "Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó". Exposición del Artículo en la parte de "4.2.1.- Competencia ejecutiva anterior a la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley 2/1979 del Tribunal Constitucional".

²⁴⁷ Apartado segundo del Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, " Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite."

²⁴⁸ Apartado primero del Artículo 87 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, "Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva".

salvedad de que el auxilio deberá responder a situaciones preferentes y urgentes.

El artículo 92 ha incluido un tercer apartado con el que espera, de una vez por todas, acabar con el fantasma de la falta de potestad ejecutiva que muchos han querido crear. La anterior regulación hacía única mención a la resolución de incidentes de ejecución por parte del Tribunal Constitucional, sin entrar en vías procedimentales. Esta mera alusión de los incidentes frente a incumplimientos, provocaba que se dudara de la capacidad del órgano constitucional de hacer frente a los mismos²⁴⁹. El nuevo apartado recoge lo siguiente, *"Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones"*. Esta nueva disposición declara la capacidad de las partes para presentar un incidente de ejecución, en el que podrán alegar cual son las medidas que estiman oportunas para el cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, ha añadido en este artículo, procedimiento para los casos de incumplimiento que serán expuestos a continuación. No obstante, en el apartado anterior hemos hablado de la problemática con respecto a la inexistencia de procedimientos que delimiten la forma de presentación y mucho menos de resolución de los incidentes de ejecución²⁵⁰, por tanto, el legislador consciente de

²⁴⁹ Llarena P., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

²⁵⁰ Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>



este problema, solventó el error con el nuevo apartado segundo del artículo 80²⁵¹, es decir, supletoriedad de la Ley 29/1998 de Jurisdicción Contencioso-administrativa para las situaciones no previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aplicándose en consecuencia el artículo 109²⁵² de la ley mencionada, consiguiendo erradicar cualquier duda en esta materia.

Para acabar con esta argumentación, solo mencionar que el órgano constitucional ostentaba capacidad para resolver, o mejor dicho, examinar si la sentencia dictada en el ejercicio de sus competencias había sido ejecutada cumpliendo con las interpretaciones aportadas por el mismo órgano en la Sentencia

²⁵¹ Artículo 80 de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional., *"En materia de ejecución de resoluciones se aplicará, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa"*.

²⁵² Artículo 109 de la Ley 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *"La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones. b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran. c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir. 2. Del escrito planteando la cuestión incidental el Secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente."*



90/2008²⁵³. Un ejemplo de esto es el Auto 854/1986, de 23 de Octubre²⁵⁴, donde el TC examinó y supervisó que se cumplía lo dispuesto en su Sentencia 94/1985²⁵⁵, en la que se declaró la nulidad del Acuerdo del Consejo General del País Vasco por el que se incluía en el escudo de esta comunidad las cadenas características de la Comunidad de Navarra. Con este caso, queremos destacar que anterior a la ley Orgánica 15/2015, el Tribunal Constitucional tenía capacidad para supervisar que lo dispuesto en su sentencia había sido cumplido, es decir, mero carácter declarativo, no entrando a ejecutar él mismo un presunto incumplimiento que como se observa, no se produjo. La duda con respecto a la practicidad del caso radica en qué hubiera podido hacer el TC en el supuesto de que el incumplimiento fuera real,

²⁵³ Auto 90/2008 del Tribunal Constitucional de 14 de Abril, "*Lo que ha de examinarse al cotejar el contenido de nuestra Sentencia con la resolución jurisdiccional dictada en su ejecución no es tanto, ni necesariamente, la estricta correspondencia literal de los términos entre ambas, sino sobre todo que la resolución judicial posterior no incurra en alguna de estas dos situaciones proscritas por nuestra jurisprudencia (pronunciamiento contrario a nuestra decisión o intento de menoscabar la eficacia —jurídica o material— de lo que hemos resuelto y mandado)*...

²⁵⁴ Auto 854/1986 por el que el Tribunal Constitucional supervisó el cumplimiento de la Sentencia 94/1985, en relación con la declaración de nulidad del Acuerdo 2 de Noviembre de 1978 del Consejo General del País Vasco. "*En el escrito de 30 de mayo de 1986 de la representación de la Diputación Foral de Navarra se solicitaba de este Tribunal que requiriese al Gobierno Vasco para que manifestara si había adoptado oficialmente algún Acuerdo en ejecución de la STC 94/1985. de 29 de julio, expresando fecha y contenido literal del mismo y para que, si así no fuese, procediera a dar cumplimiento a la misma sin pretexto ni demora. Con la respuesta del Gobierno Vasco, que queda recogida en los antecedentes, ha venido a darse satisfacción a estos pedimentos*".

²⁵⁵ Pleno. Sentencia 94/1985 del Tribunal Constitucional, de 29 de Julio. "*Declarar la nulidad del acuerdo de 2 de noviembre de 1978 del Consejo General del País Vasco.*"



entrando a justificar la necesidad de la reforma que en este trabajo se está defendiendo.

Los procedimientos a los que hemos hecho alusión en la explicación anterior, se encuentran en el mismo artículo 92, más concretamente en el nuevo apartado cuarto que establece lo siguiente, *"En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto"*, y añade el artículo, *"Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes"*. Antes de analizar las medidas de las que dispone el TC, tenemos que indicar que la nueva regulación constitucional en materia ejecutiva, se ha apoyado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Para la exposición de este apartado es necesario remitirse a esta ley, puesto que de aquí derivan las premisas de lo nuevamente establecido. El artículo 105.1 de la misma²⁵⁶, aboga por la imposibilidad de que una sentencia sea declarada incumplida, ya sea total o parcialmente. Para que esta disposición no caiga en saco roto, es necesario el establecimiento de procedimientos y medidas tendentes a garantizar el cumplimiento. El artículo 112 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Constitucional-administrativa²⁵⁷ ha sido el referente

²⁵⁶ Artículo 105.1 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *"No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo."*

²⁵⁷ Artículo 112 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, *"Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal"*

para la creación de la nueva regulación constitucional. Atendiendo a la importancia de lo que aquí se establece, la regulación contencioso-administrativa es más respetuosa no solo con el procedimiento, sino con el sujeto frente al que se le aplicarán las medidas que ahora veremos. Esta afirmación, tal y como se observa en la normativa administrativa, otorga audiencia a las partes antes del establecimiento de las medidas que ahora se analizarán, y que sin embargo, en la nueva regulación constitucional, se procederá a la adopción de las medidas, puesto que así se recoge, sin necesidad de la audiencia correspondiente²⁵⁸.

b).-Medidas de ejecución del Tribunal Constitucional

Las medidas a las que hacemos alusión, y continuando con el análisis del apartado cuarto del artículo 92, son las siguientes:

"a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado". Esta disposición, en la misma línea que la normativa administrativa en

adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercebimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán:"

²⁵⁸ Bosch J. y Sexmero M., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html



su artículo 112. a)²⁵⁹, no responde al concepto de sanción, sino más bien, actúa como medida coercitiva con la finalidad de que el sujeto que está incumpliendo el mandato constitucional exigido, cese en su actuación²⁶⁰. Con respecto a la imposición de multas coercitivas recogidas en el artículo 95.4 de la Ley 2/1979 del TC, derogado en la nueva Ley Orgánica 15/2015, se debe indicar que no se ha aplicado nunca por parte del Tribunal Constitucional en ninguna de sus sentencias, por tanto, ante la inexistencia de practicidad con respecto al artículo 95.4 anterior a la reforma de la Ley 2/1979²⁶¹, cabe indicar las diferencias y similitudes que existen entre esta disposición y la nueva regulación. Con respecto a la imposición de multas recogidas en el artículo 95.4, se establecía su aplicación a partir del incumplimiento en el requerimiento del TC a cualquier persona (ya sea cargo público o no), junto con un lapso determinado para su cumplimiento, que en igual medida, recoge la nueva disposición²⁶². Se ha pasado de una medida general, requerimiento del TC, a una más específica, es decir, el incumplimiento de una resolución del mismo,

²⁵⁹ Artículo 112.a) de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción constitucional-administrativa. *"Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar."*

²⁶⁰ Llarena P., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

²⁶¹ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág.943

²⁶² Artículo 92 de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, *"Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes"*

fortalecido con la notificación personal que consagra el nuevo artículo 87.1 de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del TC²⁶³. Ambos artículos coinciden en la inexistencia de procedimiento contradictorio alguno, anulando la posibilidad de que el sancionado pueda alegar causas para su exculpación. La doctrina ya criticó en su momento la falta de procedimiento para la justificación del sancionado con respecto al artículo 95.4²⁶⁴, reincidiendo el legislador en no incluir, ni siquiera a posteriori de la imposición de la multa indicada, posibilidad para excusarse, queriendo subrayar en este trabajo, la defensa de la misma por la importancia en el montante impuesto al responsable del incumplimiento. No obstante, algo sí se ha adelantado en la nueva disposición, puesto que la nueva regulación establece la notificación personal anteriormente mencionada, inexistente en la disposición derogada. Por tanto, esta nueva medida recogida en el artículo 94.a) de la Ley Orgánica 15/2015, presenta algunas similitudes con respecto al artículo 95.4 derogado en la misma, queriendo resaltar la inexistencia de procedimiento contradictorio para alegaciones de la parte sancionadora, defendiendo su necesidad en el presente trabajo, junto con el acierto con respecto a la tipificación específica de los casos en los que podrá ser aplicada.

La segunda medida que recoge este apartado cuarto es la siguiente

"b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración

²⁶³ Artículo 87 de la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, *"En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario"*

²⁶⁴ Moreno Fernández J.I., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid, pág.941



responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal". Frente a las discrepancias doctrinales surgidas por esta medida, la verdadera interpretación que se debe sacar responde al carácter suspensivo de este nuevo elemento coercitivo, completando esta argumentación diciendo que esta medida, al contrario que la anterior, no encuentra su homóloga en la legislación administrativa²⁶⁵. El artículo 155 de la CE es la única disposición que podría tener relación con esta nueva regulación, atribuida esta en exclusiva al TC en la Ley Orgánica 15/2015 reguladora del mismo órgano para la ejecución efectiva de sus resoluciones. Frente al incumplimiento de la Constitución, o de otra Ley, o cuando se atentare contra el interés de España, el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, puede aplicar las medidas necesarias para el cumplimiento real. Entre estas medidas encontramos la suspensión de la autonomía de la Comunidad cuando se den las circunstancias recogidas en el presente artículo, generalizando como se observa, en el abanico de instrumentos o mecanismos para asegurar el cumplimiento. Aunque la finalidad perseguida de ambos artículos sea la suspensión de autoridades públicas, el 155 responde a una actuación inconstitucional e ilegal pese al requerimiento solicitado, mientras que este nuevo artículo 94.b) al incumplimiento de una resolución del Tribunal Constitucional. El quid de la cuestión, radica en que el carácter de órgano jurisdiccional del TC junto con la Ley Orgánica 15/2015, le hace valedor de la titularidad ejecutiva de sus propias resoluciones, donde el legislador ha optado por una medida garantista, es decir, suspender temporalmente al cargo público hasta el cumplimiento de lo fallado por el TC, sin tener que entrar el Gobierno, bajo aprobación del Senado, a resolver una situación que desde el

²⁶⁵ Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>

momento en que el que Tribunal Constitucional dicta sentencia, le compete, ahora sí, para su ejecución.

Una tercera medida frente al posible incumplimiento reza así, "c) *La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones*", es decir, el Tribunal Constitucional podrá entrar a actuar, o mejor dicho, a cumplir lo estipulado por él mismo en sus resoluciones²⁶⁶. Esta medida presenta la máxima expresión de seguridad jurídica y de derecho a la tutela judicial efectiva, requiriendo la colaboración del Gobierno, cuando fuera necesario, para la imposibilidad de conculcación del mandato constitucional. Al igual que la medida anterior, y como consecuencia de adaptarse a las situaciones venideras, no encuentra similitud con ningún artículo de la legislación administrativa. Trayendo a colación el caso "Preysler"²⁶⁷, el TC decidió remitir la ejecución de su sentencia 186/2001 a la Audiencia de Barcelona, puesto que el Tribunal Supremo no ejecutó lo dispuesto en la misma cuando el órgano constitucional le requirió para ello. Esta situación, ya expuesta con más detalle anteriormente, derivó en un conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que dejó patente la superioridad del órgano constitucional. El legislador, con la aprobación de la Ley Orgánica 15/2015 del TC ha pretendido que esta situación forme parte del pasado, no solo facultando al mismo órgano la ejecución de sus resoluciones, que ya anularía el conflicto planteado, sino adoptando que en casos en los que la autoridad o órgano requeridos para el cumplimiento de lo

²⁶⁶ Gutiérrez del Álamo R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>

²⁶⁷ Desarrollado en las páginas 24 y 25 del presente trabajo.



dispuesto en resolución constitucional no cumplieran con lo establecido en la misma, procederá a la ejecución sustitutoria, con el requerimiento del Gobierno si fuera preciso, para el cumplimiento efectivo de la misma. Si otorgar al TC la ejecución de sus propias resoluciones no fuera suficiente (que lo es) para que no se vuelva a dar un conflicto de estas dimensiones, con esta nueva disposición se disipa cualquier duda al respecto. Lo cierto es, que la aplicación de esta nueva disposición no tiene tanto que ver con el incumplimiento en la remisión ejecutiva a los tribunales ordinarios que acabamos de exponer, sino más bien, con el requerimiento por parte del TC a autoridades públicas que conculcan un mandato constitucional. A nuestro juicio, esta medida, de las cuatro que aquí se analizan, es la más pragmática en relación a la finalidad que se espera con respecto a lo dispuesto en la resolución, puesto que como ya hemos indicado, el TC con la nueva regulación no solo tiene atribuidas competencias ejecutivas, sino también sustitutivas de dicha ejecución frente al incumplimiento.

La última medida de la que dispone el TC con respecto a la ejecución de sus resoluciones, se corresponde literalmente con la letra b) del artículo 112 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Este último elemento coercitivo establece lo siguiente, "d) *Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder*". Para la explicación de este apartado, me remitiré a la aplicación en la ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa por ser literalmente idénticos, cambiando de lugar a los órganos actores. Por tanto, ante el incumplimiento del mandato constitucional realizado por el propio Tribunal Constitucional, este tiene la posibilidad de poner en conocimiento del órgano competente, a través de un mero trámite procesal, que el acto que provoca la conculcación de lo establecido por el órgano constitucional supone un ilícito penal. De esta manera, previo apercibimiento del infractor junto con un lapso para su ejecución, si aún no actuó como se le requiere en

sentencia, el Tribunal Constitucional no solo podrá utilizar este mecanismo para proceder con el cumplimiento, sino que además tendrá la obligación de utilizarlo cuando tenga constancia de que el hecho constituye ilícito penal²⁶⁸. Anterior a la Ley Orgánica 15/2015, El TC no tenía competencia para advertir al responsable del incumplimiento de que dicha conducta podría derivar en un ilícito penal, más concretamente, en un delito de desobediencia, puesto que la labor del TC es la de interpretar la Constitución, y no el alcance del ilícito que aquí se indica²⁶⁹. Continuando con la argumentación, la consecuencia de la aplicación del delito de desobediencia consagrado en el artículo 410.1 del CP²⁷⁰ no pretende proceder con el cumplimiento efectivo de lo establecido en sentencia, sino la imposición de multa e inhabilitación especial, alejándose del fin perseguido. Por tanto, gracias a la reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del órgano constitucional, lo que el legislador ha pretendido es la ejecución efectiva de sus propias resoluciones, apoyándose para ello en medidas que anulen la posibilidad de que se lleve a cabo el incumplimiento, y en consecuencia, la nueva regulación del TC no necesita interpretar ningún delito penal, simplemente a través de un trámite procesal, derivará el procedimiento al órgano competente facultado para

²⁶⁸ Pérez del Blanco G., *La Ejecución forzosa de Sentencias en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo*, Del Blanco Editores, 2003, León, Pág. 255

²⁶⁹ Gimbernat E., (19 de Septiembre de 2015). La Reforma del Tribunal Constitucional. El mundo. Recuperado en <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

²⁷⁰ Artículo 410.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. *“Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”*



exigir responsabilidades penales. Con esta última medida se cierra el abanico de posibilidades con el que el Tribunal Constitucional puede y debe hacer valer lo que él mismo resuelva.

Antes de cerrar esta parte del trabajo, El artículo 92 ha incluido una excepción que establece lo siguiente, *"Si se tratara de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial transcendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes. En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas"*. Este apartado quinto recoge que el Tribunal Constitucional podrá ejecutar resoluciones cuyo mandato fuera la suspensión de actos o actuaciones impugnadas, siempre que exista especial transcendencia Constitucional. El concepto de especial transcendencia constitucional no viene clarificado, como sí lo hizo la jurisprudencia en el recurso de amparo, para esta excepción. Si algo se puede apuntar al respecto, es que el artículo 50.1.b) recoge tres situaciones en las que se puede hablar de especial transcendencia constitucional y que una de ellas sí que entraría a regir esta vía. En este artículo se interpreta la especial transcendencia constitucional como la *"importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia"*. No obstante, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional no se ha manifestado al respecto, por tanto, se deberá esperar a que la jurisprudencia haga uso de su actividad interpretativa. Finalizando con el análisis de este último apartado, se recoge la capacidad de procurar la ejecución, bien a instancia del gobierno o de oficio, a priori inauditada parte, con la salvedad de que estas medidas puedan cesar, continuar o ser modificadas bajo la decisión inexcusable del propio Tribunal Constitucional.

Damos por concluido el análisis de las cuestiones de mayor calado normativo con respecto a la ejecución de sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional. Debemos reiterar las disculpas con respecto a la exhaustividad del tema tratado puesto que las limitaciones establecidas en la extensión del trabajo, junto con la escasa bibliografía que nos hemos encontrado en la materia, nos ha llevado a no profundizar tanto como hubiéramos deseado. Durante toda la exposición, se ha procurado argumentar las disposiciones con el debido rigor, siempre en relación a las condiciones desfavorables que se han indicado en las que hemos debido realizarlo, completando esta tarea con la jurisprudencia existente al respecto. Es preciso indicar, que esta nueva materia atribuida al Tribunal Constitucional, requiere de tiempo para que la jurisprudencia realice su labor interpretativa, perfeccionando en la medida de lo posible las disposiciones que en ella se recogen.

V.- CONCLUSIONES.

Tras el estudio que se ha llevado a cabo con respecto a la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del TC en materia de ejecución de resoluciones del Tribunal de Garantías, desde nuestra humilde opinión queremos subrayar la necesidad del fortalecimiento normativo del órgano constitucional ya que:

1.- La problemática doctrinal con respecto a la fricción entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, en materia ejecutiva, se ha visto reducida considerablemente con la Ley Orgánica 15/2015 del TC. La nueva regulación atribuye plenas facultades



al órgano constitucional para garantizar el cumplimiento efectivo de lo que él mismo falla, dejando de lado no solo la deficiencia, sino el menoscabo que se pudiera derivar por la remisión en la ejecución a los Tribunales ordinarios.

2.- Desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña en 2006, la reincidencia en el incumplimiento de autoridades públicas de lo fallado por el TC en sus resoluciones ha ido in crescendo, no ostentando el órgano constitucional instrumentos que pudieran salvaguarda lo que él mismo dispone. Esta situación tuvo su detonante en el pseudoreferendum del 9-N, que pese a la suspensión del proceso en la providencia 4 de Noviembre de 2014 por el TC, sacó a la luz la falta de regulación normativa para hacer cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelve, provocando un ataque al estado de Derecho por la falta de la garantía efectiva en el cumplimiento²⁷¹.

3.- La articulación de medidas recogidas en el apartado cuarto del artículo 92 de la actual Ley Orgánica 2/1979 del TC, responde al carácter ejecutivo del que, a raíz de la reforma, se hace valedor al TC, procurando exclusivamente el cumplimiento de lo dispuesto en el mandato constitucional, sirviéndose para ello de la notificación personal consagrada en lo dispuesto en la nueva aportación al apartado primero del artículo 87 de la misma ley. La supletoriedad de la Jurisdicción Contencioso-administrativa consagrada en el artículo 80 de la actual ley reguladora del TC para los casos no recogidos en la misma, garantiza la máxima seguridad jurídica, anulando cualquier imprevisto en el procedimiento ejecutivo.

²⁷¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de Octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, *"La garantía de dicha efectividad es un elemento esencial para la existencia de un Estado de Derecho, ya que sin esta garantía tal Estado no existiría."*

4.- La tipificación de los mecanismos de actuación de los que dispone a día de hoy el TC, potencia el principio de legalidad, conociendo el sujeto que incumple, lo dispuesto en las sanciones que se le podrán imponer si continua en esa línea, no siendo así lo recogido en la anterior regulación que solo incluía una medida para todos los casos (Artículo 95.4 de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

5.- Una parte de la doctrina ha tildado la Ley 15/2015 del TC de innecesaria, justificando esta afirmación, con la existencia de instrumentos en el ordenamiento jurídico que dan solución no solo al problema nacionalista catalán, sino a cualquier incumplimiento que pudiera producirse. Hablamos claramente del artículo 410.1 del Código Penal, y el artículo 155 de la Constitución Española, sustentando esta afirmación con lo dispuesto en el artículo 87.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del TC. Abogan por que la concesión de facultades ejecutivas al máximo intérprete de la constitución ha sido errónea, por el marcado papel político del mismo, que podría provocar serios problemas en el pasado²⁷².

Si bien consideramos que la Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, ha cumplido con el cometido original para el que fue elaborada. El cumplimiento efectivo y real de las resoluciones del TC, materializado en la ejecución propia por parte del mismo órgano, otorga seguridad jurídica y fortalece el sentido que el legislador ha querido dar al Tribunal Constitucional, que no es otro que el de verdadero órgano jurisdiccional. Comparando la materia con el resto de ordenamientos europeos, resalta el vanguardismo de la Ley Orgánica 15/2015, ya que le ha dado un nuevo sentido al

²⁷² Bosch J, Gallardo C., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html



concepto de jurisdicción constitucional, otorgando la máxima capacidad para velar no solo por la Constitución, sino de las resoluciones que él mismo elabora. La justificación de su necesidad se ve mermada por la celeridad que el legislador protagonizó en la creación y aprobación, siendo cuestionada en el presente trabajo puesto que lo que debía ser un refuerzo normativo que uniera a la doctrina, resultó ser un problema que no escapa a réplicas. No obstante, hemos pretendido que esta última argumentación no emborrone la cuestión principal, la cual otorga al TC las vías procedimentales necesarias para que el incumplimiento del órgano constitucional forme parte del pasado, sin dejar de lado las argumentaciones doctrinales que vienen defendiendo la existencia en el ordenamiento anterior a la Ley Orgánica 15/2015, de mecanismos de actuación frente al incumplimiento del mandato constitucional.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

- ARZOZ SANTISTEBAN X., *Los poderes ejecutivos del Bundesverfassungsgericht* (2015) [En línea] Universidad autónoma de Madrid disponible: <http://cija-uam.org/los-poderes-ejecutivos-del-bundesverfassungsgericht/>



- Bosch J., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F., GÓMEZ MONTORO A.J., MEDINA GUERRERO M., REQUEJO PAGÉS J.L., *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Coord. Alonso Ureda A., Dir. Aragón Reyes M., Solozábal Echavarría J.J., McGraw-Hill, 2000, Madrid

- CÁMARA VILLAR G.; LÓPEZ AGUILAR J F.; BALAGUER CALLEJÓN M L.; MONTILLA MARTOS J.; BALAGUER CALLEJÓN F., *Constitución y Fuentes de Derecho Europeo, Derecho Constitucional Europeo, Tribunal Constitucional, Estado autonómico*" (Vo.1) en *Manual de Derecho Constitucional*, coord. F. Balaguer Callejón, Tecnos, Madrid, 2008

- CANOSA USERA R., "*Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria en España: Una cuestión abierta*", *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 1, 1998

- CHINCHETRU J.A., (02 de Septiembre de 2015). Artur Mas: Historia de un Presidente contra el Constitucional. OKdiario. Recuperado en <http://okdiario.com/espana/cataluna/2015/09/02/artur-mas-historia-de-presidente-contra-constitucional-1136>



- Constitución Española de 1978.

- DÍAZ REVORIO F.J., *“Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007”*, Estudios Constitucionales, Núm. 2, 2009

- “El Tribunal Constitucional Español como modelo de Tribunal Constitucional Europeo” [En línea]: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/20924/Capitulo6.pdf>

- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.*, Civitas, 3ª Edición, 1983

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema Español: Posibilidades y perspectivas”*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, núm. 1, 1981

- GARCÍA PELAYO M., *“El Status del Tribunal Constitucional”*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, Núm. 1, 1981

- GIMBERNAT E., (19 de Septiembre de 2015). La Reforma del Tribunal Constitucional. El mundo. Recuperado en <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/19/55fc53c1ca4741a1388b45a8.html>

- GONZÁLEZ RIVAS J.J., ARANGUREN PÉREZ I., ULLOA RUBIO I., LOSADA GONZÁLEZ H., DE LA CUEVA ALEU I., GUTIÉRREZ GIL A., IBÁÑEZ BUIL P., FERNÁNDEZ ANTELO L., GARCÍA COUSO S., RIPOL CARULLA S., MORENO FERNÁNDEZ J.I., CORTE HEREDERO N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Director González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid

- GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO R., 9 de Septiembre de 2015, La reforma del Tribunal Constitucional, Adarve, [En línea]: <http://www.adarve.com/la-reforma-del-tribunal-constitucional/>

- *Instrumentos jurídicos para la defensa del Estado de Derecho en Cataluña*. (1 de Noviembre de 2015). [En línea]: Hay Derecho. Disponible en: <http://hayderecho.com/2015/11/01/instrumentos-juridicos-para-la-defensa-del-estado-de-derecho-en-cataluna/>

- JUIL J., (04 de Septiembre de 2015). Las resoluciones del TC que Cataluña incumplió. ABC. Recuperado en <http://www.abc.es/espana/20150902/abci-resoluciones-incumplidas-constitucional-201509012020.html>

-KELSEN H. "*La garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*", Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 15, Madrid, 2011



- Ley del Tribunal Constitucional Federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, BVerfGG), Publicación en el Boletín Oficial Federal el 12 de Marzo de 1951.

- Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional Español de 3 de Octubre. Publicación en el Boletín Oficial del Estado el 5 de Octubre de 1979, Núm. 239.

- Ley Orgánica 15/2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional. Publicación en el Boletín Oficial del Estado el 17 de Octubre de 2015. Núm. 249

- Ley Orgánica 6/1985, del 1 de Julio, del Poder Judicial

- LLARENA P., 3 de Septiembre de 2015. Jueces y fiscales analizan la futura reforma del TC en materia de ejecución de sentencias. Opinan Asociaciones Judiciales., Lawyerpress. [En línea]: http://www.lawyerpress.com/news/2015_09/0309_15_007.html

- MARTÍ SÁNCHEZ S., actualizado por Sieira S., Sinopsis artículo 117 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización Diciembre 2011, [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=117&tipo=2>

-
- MARTÍ SÁNCHEZ S., actualizado por Sieira S., Sinopsis artículo 118 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización Diciembre 2011, [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=118&tipo=2>

 - Moreno Fernández J.J., Corte Heredero N., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir-coor González Rivas J.J., La Ley, 2010, Madrid

 - NOGUERA FERNÁNDEZ A., 1 de Octubre de 2015, Cinco claves de la reforma del Constitucional. Diagonal., [En línea]: <https://www.diagonalperiodico.net/panorama/27661-claves-la-reforma-del-tribunal-constitucional.html>

 - ORTEGA GUTIÉRREZ D., actualizado por González Escudero A., Sinopsis artículo 24 de la Constitución Española, Diciembre 2003, actualización en Diciembre de 2011 [En línea]: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=24&tipo=2>

 - Peral M., (28 de Agosto de 2001). Una sentencia sobre Isabel Preysler reabre la guerra entre Constitucional y Supremo. ABC. Recuperado en http://www.abc.es/hemeroteca/historico-28-09-2001/abc/Nacional/una-sentencia-sobre-isabel-preysler-reabre-la-guerra-entre-constitucional-y-supremo_49706.html



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 8 2016

Diciembre

www.gabilex.jccm.es

- PÉREZ DEL BLANCO G., *La Ejecución forzosa de Sentencias en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo*, Del Blanco Editores, 2003, León.

LA LEY 4/2016, DE 15 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE CASTILLA-LA MANCHA: ANTECEDENTES Y SUJETOS OBLIGADOS DEL ARTÍCULO 4

D. Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Técnico Superior JCCM.

Fecha finalización: 30 de diciembre de 2016

RESUMEN:

La reciente publicación de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (LTBGCM) ha supuesto un importante paso en la consolidación de la cultura de la transparencia en nuestra Comunidad Autónoma. Esta Ley viene a completar la normativa básica estatal, incorporando nuevos indicadores de publicidad activa y adaptando la estructura organizativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que afecta tanto a su poder ejecutivo como legislativo, para desarrollar adecuadamente las políticas de transparencia regionales.

El presente trabajo es simplemente una exposición sobre los principales hitos seguidos desde la tramitación administrativa del Anteproyecto de Ley, hasta su definitiva aprobación como Ley por las Cortes Regionales y, asimismo, incorpora una serie de



comentarios de urgencia sobre los sujetos obligados a los que se aplica el máximo nivel de vinculación a la transparencia, es decir, a los enumerados en el artículo 4 de la LTBGCM.

ABSTRACT

The recent publication of the Law 4/2016, December 15th, of Transparency and Good Government of Castilla-La Mancha (hereafter, for its Spanish acronym: LTBGCM) has been an important step in the consolidation of the culture of transparency in our Autonomous Community. This Act completes the basic state legislation, incorporating new indicators of active publicity and adapting the organizational structure of the "Junta de Comunidades", which affects both its executive and legislative powers, to adequately develop regional transparency policies.

The present work is simply an exposition of the main milestones followed from the administrative processing of the Draft Law, until its final approval as Law by the Regional Courts and, also, it incorporates a series of urgency comments about the obligated subjects to which are applied the highest level of transparency (ie: those listed in article 4 of the LTBGCM).

PALABRAS CLAVE:

Transparencia, administración electrónica, publicidad activa, derecho de acceso, sujetos obligados, Gobierno y Administración, Entes Locales, empresas y fundaciones públicas, asociación de administraciones.

KEY WORDS:

Transparency, electronic administration, active publicity, right of access, obligated subjects, Government and Administration, Local Authorities, companies and public foundations, association of administrations.

SUMARIO

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

II.- TRAMITACIÓN DE LA NORMA

III.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY: ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS SUJETOS DEL ARTÍCULO 4 LTBGCM

1.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL GOBIERNO

2.- LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

3.- LAS FUNDACIONES

4.- LAS ASOCIACIONES DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

5.- EL CASO PECULIAR DE LOS ENTES LOCALES

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

En el D.O.C.M nº 252, de 30 de diciembre de 2016, se acaba de publicar la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (en lo sucesivo, LTBGCM). Para quienes hemos participado en la tarea de fijar el texto de la norma, esta publicación supone culminar algo más de un año de esfuerzo, teñido unas veces de ilusión y muy frecuentemente de desaliento. En efecto, la redacción de un Anteproyecto legislativo es una labor mucho más ardua y solitaria de lo que habitualmente se imagina. Hay que estar dispuesto a canalizar una generosa participación pública, lo que implica estudiar, gestionar y responder a multitud de sugerencias, críticas y planteamientos no siempre compatibles con la filosofía originaria del texto. En esa tarea el espíritu crítico inicial se va haciendo pedazos y bien se terminan aceptando modificaciones de preceptos que provocan desajustes sistemáticos, bien se descuidan partes sustanciales de la norma con los que, a la postre, se brinda al Consejo Consultivo un generoso margen para su encomiable labor profiláctica de la



futura norma, materializada en esas, siempre temidas por los gestores, "observaciones esenciales".

Además, la transparencia presenta un añadido de dificultad. Con carácter general, los empleados públicos todavía somos reticentes a la nueva cultura que aquélla propone. Y no porque nos sintamos custodios de inconfesables secretos de Estado, o partícipes de oscuras conspiraciones políticas, sino por el hecho innegable de que la transparencia no se entiende sin un buen desarrollo de la administración electrónica, aspecto éste en el que todavía nos queda mucho por recorrer en nuestras organizaciones públicas. Concorre además la circunstancia de que, en una época de fuerte austeridad, la transparencia se ha impuesto como carga añadida a la labor que ya venían desempeñando los gestores públicos, sin que su atribución vaya a suponer, previsiblemente, ni una especialización, ni una mejora retributiva de quienes se encargan de ella.

Pero, nos guste más o menos, a todas luces parece que la transparencia viene para quedarse en el seno de nuestras administraciones públicas. Las solicitudes ciudadanas en materia de acceso a la información pública, que hoy vemos con displicente aire de sospecha, cuando no de fastidio, por la sensación de que *"interrumpen nuestro verdadero trabajo"*, acabarán configurando una nueva manera de ejercer la actividad administrativa, en la que se imponga de forma natural una relación de cooperación entre los ciudadanos y los servidores públicos.

No ha sido tampoco España un país pionero en asuntos de transparencia. Cuando se publica la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTBG), la generalidad de los países europeos ya disponían de una legislación sobre esta materia – con las únicas excepciones de Malta, Chipre y Luxemburgo –. Mientras tanto, nosotros seguíamos anclados al artículo 37 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde el derecho de acceso se ligaba, por una parte, a la necesidad de acreditar un interés legítimo y directo; se circunscribía a documentos que formasen parte de un expediente administrativo terminado en el momento de la solicitud; tenía carácter potestativo en las solicitudes que no pretendieran obtener documentos individualizados y, en fin, sin matiz alguno, se denegaba directamente en sectores completos, sin contemplarse criterios de ponderación o anonimidad.

Querámoslo o no, nos guste más o menos la idea, pretendamos ser más o menos políticamente correctos, lo cierto es que la transparencia no ha llegado a nuestro país en una época de normalidad democrática. De ahí la general impresión de que aquélla es flor de primavera nacida en el lodazal de la corrupción; que se haya concebido, en buena medida, como mecanismo para restaurar la legitimidad institucional, lastrada por el gran eco mediático de comportamientos escasamente éticos de ciertos gestores públicos; que sea vista en ocasiones como oportunidad para que los ciudadanos exijan la rendición de cuentas a unos representantes políticos que machaconamente les recitan, un día sí y otro también, la cantinela de la "*necesidad de reformulación del Estado de bienestar*", eufemismo con el que algunos justifican el mayor ataque a los derechos sociales emprendido desde los poderes públicos en nuestra todavía joven democracia.

Con la LTBGCM, nuestra Comunidad Autónoma se incorpora, por fin, al grupo de Administraciones regionales que disponen de normativa propia en la materia. En realidad, hemos sido de los últimos en hacerlo²⁷³. Esta afirmación, sin embargo, no tiene para

²⁷³ Si mi información no me falla, las únicas Comunidades Autónomas que en estos momentos carecen de ley propia son Asturias y País Vasco, frente a algunas otras, como la Comunidad Autónoma gallega que ya ha tenido tiempo de aprobar su segunda ley de transparencia. Un caso particular es el de Madrid, que en el Título III de la Ley 4/2014, de 22



quien suscribe carga peyorativa alguna. De hecho, creo que a la postre ha sido una actitud mucho más razonable que esa especie de "carrera frenética" emprendida, con carácter general, por la mayor parte de las Comunidades Autónomas inmediatamente después de aprobarse la LTBG, cuyo afán de emulación, les ha llevado a reproducir, en sus propias leyes sobre la materia, las mismas omisiones o imperfecciones técnicas imputables a la legislación básica estatal²⁷⁴.

El presente artículo, por necesidad de respetar la extensión estándar de las colaboraciones que habitualmente hago en esta revista, se ciñe a una somera exposición de la tramitación administrativa y parlamentaria de la LTBGCM y, en segundo lugar, al comentario de los sujetos obligados del art. 4 de la misma, que son aquellos a quienes se imponen los máximos deberes de transparencia. Tengo que reconocer que mis pretensiones de partida se han ido reduciendo a medida que redactaba estas líneas. Inicialmente mi idea era presentar, sin demasiada profundidad, las novedades más destacadas del nuevo texto legal pero, cuando desarrollaba esta tarea, me han ido surgiendo cuestiones colaterales y reflexiones que he considerado oportuno trasladar por escrito. He renunciado, pues, al titular periodístico, para intentar afrontar una línea que se me antoja más respetuosa con el espíritu de rigor técnico que habitualmente encuentro en el

de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, se limita a atribuir las funciones de órgano independiente para conocer las reclamaciones contra las resoluciones en materia de transparencia al Consejo Consultivo, así como a establecer las competencias sancionadoras por la infracción de las normas de buen gobierno con lo que, técnicamente, se puede afirmar que tampoco esta Comunidad Autónoma dispone de una norma sustantiva propia.

²⁷⁴ DE LA NUEZ S-CASCADO, E y TARÍN QUIRÓS, C: "*Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*". La Ley, 2014. Págs. 70 y 71.

resto de colaboradores de esta revista en la que, sin que todavía me explique la razón, tengo tan favorable como generosa acogida por sus responsables.

II.- TRAMITACIÓN DE LA NORMA

La tramitación del Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha partió – como no podía ser de otra manera – del artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que exige la elevación al Consejo de Gobierno de dichos Anteproyectos "*con todas las actuaciones y antecedentes*".

Cronológicamente, por tanto, los primeros documentos incorporados al expediente son:

1º.- El Informe-Propuesta del Director de la entonces conocida como Oficina de Transparencia y Control Presupuestario²⁷⁵, de 6 de octubre de 2015. En este informe se elevan al titular de la Vicepresidencia las razones de oportunidad para elaborar el Anteproyecto de Ley.

2º.- La autorización de la iniciativa anterior, por Resolución del Vicepresidente, de 8 de octubre de 2015.

Las actuales "*Instrucciones sobre el Régimen Administrativo del Consejo de Gobierno*", aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de septiembre de 2015 (en lo sucesivo, ICG), imponían asimismo en su apartado 3.2.1, letra c), la necesidad

²⁷⁵ Hoy su denominación es "Oficina de Transparencia y Buen Gobierno", tras la modificación del Decreto 80/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el Decreto 197/2015, de 2 de septiembre.



de confeccionar una memoria, en la que se contuvieran los objetivos, conveniencia e incidencia, así como la evaluación económica del coste de dicha iniciativa, junto al estudio de las alternativas e impactos de la futura norma. Se elabora así una memoria inicial, fechada el 26 de octubre de 2015²⁷⁶, que se habría de ir actualizando en el transcurso del expediente de elaboración normativa con una memoria intermedia (24 de febrero de 2016) y una última memoria final (28 de julio de 2016).

Como se infiere de la memoria inicial, es la publicación de la LTBG, cuyos preceptos tienen carácter básico, los que justifican la necesidad de aprobar el Anteproyecto. En concreto, la DF. 9ª LTBG imponía a las Comunidades Autónomas un plazo de adaptación de dos años desde la publicación de la misma, que estaba a punto de expirar por esas fechas²⁷⁷. Había, sin embargo, cuestiones importantes por definir en el régimen jurídico de la transparencia y el buen gobierno, particularmente en materia organizativa, en la que el título competencial autonómico exclusivo de "autoorganización" (ex art. 31.1 1º, del Estatuto de Autonomía de CLM) impedía la adecuada aplicación inmediata de la legislación estatal²⁷⁸.

²⁷⁶ De esta misma fecha es el informe de impacto de género que obra en el expediente.

²⁷⁷ Para ser más exactos, la DF 9ª LTBG ni siquiera dispone el "dies a quo" para el cómputo del plazo de esos dos años, pero es evidente que aquél no puede ser otro que el de la publicación de la norma en el BOE que, por tener lugar el 10 de diciembre de 2013, concedía un plazo que expiraba el 10 de diciembre de 2015.

²⁷⁸ Notoriamente este hecho se evidenciaba en la aplicación de las normas de buen gobierno, contenidas en el Título II LTBG. Para la AGE, en efecto, no se suscitaba el más mínimo problema: son altos cargos, los que tienen tal consideración en aplicación de la normativa de conflictos de intereses (Inicialmente era la Ley 5/2006, hoy derogada por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto

Aprovechando, pues, la citada oportunidad, el Anteproyecto no pretendía ser un mero trasvase de las obligaciones de transparencia y buen gobierno impuestas desde el Estado, sino que aspiraba a ser el marco normativo que lo completase con medidas más ambiciosas y exigentes.

Puesto que las ICG imponen un trámite previo para aquellos proyectos normativos de especial transcendencia, en virtud del cual el Consejo de Gobierno toma conocimiento del inicio de la elaboración de los mismos, el primer borrador normativo fue visto en la sesión del Consejo de Gobierno celebrada el 10 de noviembre de 2015.

cargo de la Administración General del Estado). Sin embargo, la definición de "alto cargo" es inexistente en el derecho positivo anterior a la LTBGCM. Por tanto, había que entender aplicable el tercer guión de la DF 9ª LTBG según el cual: *"Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley"*. No era posible defender, por tanto, la aplicabilidad inmediata que algunos sostenían que pesaba, también para las CCAA, sobre el Título II LTBG, cuya vigencia se predicaba para el día siguiente al de la publicación de la LTBG en el BOE (es decir: el 11 de diciembre de 2013).

En cualquier caso, aunque esta tesis fuera aceptada, en Castilla-La Mancha la aplicación del Título II LTBG no era viable jurídicamente por la carencia, ya comentada, del concepto de "alto cargo" hasta la entrada en vigor de la LTBGCM, pues se trata de un Título meramente sancionador, cuyo artículo 25.2 dispone su aplicación *"...a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica...tengan tal consideración..."*. Un elemento esencial del régimen sancionador (es decir, la delimitación de los sujetos responsables) tenía que hacerse por ley y no admitía el más mínimo margen a su aplicación analógica según se desprende del art. 27.4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.



Tras la toma en conocimiento, para garantizar la transparencia en el proceso, se dio publicidad en la web institucional del citado Anteproyecto así como de todos aquellos documentos que configuraban su expediente, a fin de que los ciudadanos conocieran el desarrollo de su elaboración y pudieran presentar cuantas sugerencias estimasen oportunas. A tal efecto se habilitó una dirección de correo electrónico específica²⁷⁹, canal que se añadía el correo general de la Oficina de Transparencia y Buen Gobierno (en lo sucesivo, OTBG)²⁸⁰.

Asimismo, mediante diversos oficios de fecha 17 de noviembre de 2015, el Director de la OTBG remitió a las Secretarías Generales de las Consejerías de la Administración regional, en cumplimiento de las ICG, el Anteproyecto de Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, para que en el plazo de 10 días emitieran el correspondiente informe con las alegaciones y consideraciones que juzgaran pertinentes²⁸¹.

²⁷⁹ sugerencias.tr@jccm.es

²⁸⁰ otbg@jccm.es

Según informa la memoria intermedia, a través de estas vías fueron presentadas sugerencias por: "Acces Info Europe" (18/11/2015); "Fundación Ciudadana CIVIO" (23/11/2015); "CERMI Castilla-La Mancha" (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) (26/11/2015 y 18/12/2015); "Podemos" (01/12/2015). Las alegaciones, sin embargo, del grupo parlamentario "Podemos" eran sustancialmente coincidentes con las de la Fundación "CIVIO", lo que evidenciaba una misma autoría.

²⁸¹ En respuesta al anterior requerimiento intervinieron: 1.- Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas: a través de los siguientes órganos y unidades administrativas: a) Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa (08/01/2016); b) Inspección General de Servicios y Archivos (19/11/15); c) Intervención General

Mediante Resolución de la OTBG de 19 de noviembre de 2015, se dispuso la apertura de un trámite de información pública sobre el Anteproyecto. Este asimismo fue informado favorablemente por el Consejo Regional de Municipios y Provincias, en su sesión de 2 de febrero de 2016.

El 22 de febrero de 2016 se emitió informe favorable por el Gabinete Jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, tras lo cual el Anteproyecto volvió a ser elevado al Consejo de Gobierno para su "toma en consideración", trámite que tuvo lugar en la sesión de este órgano colegiado de 7 de junio de 2016. Con la toma en consideración, se ordenó la remisión del texto al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha quien, el 19 de julio de 2016, emitió su Dictamen 258/2016, en el que realiza una serie de observaciones de carácter esencial al Anteproyecto. Por último, el Proyecto de Ley se aprobó en la sesión del Consejo de Gobierno de 6 de septiembre de 2016, acordando su inmediata remisión a las Cortes de Castilla-La Mancha.

El 30 de septiembre de 2016, la Mesa de las Cortes calificó favorablemente el Proyecto, iniciando la tramitación parlamentaria del mismo²⁸², que pasa para su debate y proposición de enmiendas a la Comisión de Asuntos Generales. La Mesa de las Cortes, en sesión de 7 de noviembre de 2016 acuerda

(22/12/2015); d) Secretaría General y D. G. de Política Financiera, Tesorería y Fondos Comunitarios (14/01/2016); 2.- Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural (24/11/2015); 3.- Consejería de Fomento (02/12/2015); 4.- Consejería de Bienestar Social (08/01/2016).

²⁸²El expediente tuvo como referencia 09/PL-00003.



admitir a trámite un total de 73 enmiendas²⁸³, que son votadas el 2 de diciembre de 2016. El informe de la Comisión se publica en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha del 12 de diciembre de 2016 y en ese mismo Boletín, se publican las enmiendas que se mantienen para el Pleno. Un aspecto importante, es que el texto de la ponencia que acabó siendo publicado – y que ha dado al artículo 61.1 LTBGCM su redacción actual – suprime toda referencia a que el Consejo Regional de Transparencia haya de ostentar personalidad jurídica propia, como se preveía en el texto de ese precepto del Proyecto enviado a las Cortes Regionales por el Consejo de Gobierno. Se trata de una modificación sustancial, que habrá de dar lugar a numerosa literatura doctrinal crítica, y cuya causa no es posible deducir explícitamente – salvo error u omisión por mi parte – de los debates recogidos en el Diario de Sesiones de la Comisión de Asuntos Generales de 2 de diciembre de 2016²⁸⁴.

²⁸³ BOCCLM de 7 de noviembre de 2016, Págs: 4249-4272. La distribución de enmiendas es la siguiente: PARTIDO POPULAR: 41 enmiendas; PODEMOS: 21 enmiendas; PARTIDO SOCIALISTA: 10 enmiendas; PSOE-PODEMOS: 1 enmienda.

²⁸⁴ En efecto, este artículo 61.1 en el Proyecto decía: "*Se crea el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha como órgano adscrito a las Cortes de Castilla-La Mancha, con personalidad jurídica propia, que actuará en régimen de derecho administrativo, con plena capacidad e independencia...*".

En cambio, el texto publicado de la Ponencia en el BO de las Cortes de CLM de 12 de diciembre de 2016 (redacción, insistimos, permanece en el artículo vigente de la ley regional aprobada) dispone literalmente: "Se crea el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha como órgano adscrito a las Cortes de Castilla-La Mancha, con plena capacidad, autonomía e independencia...". Sin embargo, en la Em de la Ley (apartado III, párrafo 18º) se sigue afirmando que, entre las novedades del Título V": "...En el capítulo II, como órgano independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad y autonomía orgánica

La aprobación definitiva del texto como Ley tuvo lugar en la sesión del Pleno de las Cortes Regionales celebrada el 15 de diciembre de 2016²⁸⁵. La Exposición de motivos de la Ley fue aprobada por unanimidad y, respecto de los artículos en que pervivieron enmiendas no transaccionadas, la aprobación se hizo por mayoría, con la abstención del Grupo Popular. En una manifestación inédita de consenso parlamentario – que en sí mismo ya es noticia en un panorama político tan convulso como el actual – la LTBGCM ha sido aprobada, por tanto, sin ningún voto en contra.

III.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY: ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS SUJETOS DEL ARTÍCULO 4 LTBGCM

En la misma línea – como era exigible – que la LTBG, los arts. 4, 5 y 6 LTBGCM distinguen, entre los sujetos obligados a la transparencia, tres niveles de sujeción. En el primer nivel estarían los sujetos obligados más intensamente, lo que significa que se les hacen extensibles los deberes de publicidad activa y de

y funcional, se crea el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno...”. Abierto está, pues, el camino a la interpretación jurídica de cómo ha de ser, a la postre, este órgano independiente.

²⁸⁵ Estas son las enmiendas números: 3, 6, 7, 8, 10, 13, 22, 31, 33, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 56, 63, 64, 65, 68, 69, 70 y 71. Todas ellas del Grupo Parlamentario Popular que, en el Pleno, retiró las enmiendas 41 a 51, para mantener las restantes. Se logró transaccionar un texto alternativo para las enmiendas nº 38, 52, 54 y 56. De la lectura del Diario de Sesiones se infiere, sin embargo, que la abstención del PP a la LTBGCM se debió exclusivamente a la falta de apoyo de las enmiendas 33 (sobre el carácter positivo del silencio administrativo en caso de falta de respuesta en plazo de las solicitudes de acceso a la información pública) y la nº 63 que, respecto a la composición de la Comisión Ejecutiva, pretendía eliminar la segunda vuelta de mayoría simple, para que sus miembros tuviesen que ser elegidos necesariamente por mayoría de 3/5.



derecho de acceso. En el segundo nivel, se encuentran los sujetos obligados sólo a la publicidad activa y, en último término, los que han de facilitar información a través de la Administración de la que dependen.

Por problemas de espacio, me voy a centrar exclusivamente en el análisis de los sujetos integrados en el primer nivel, es decir, los enumerados en el art. 4 LTBGCM. Y de ellos, exclusivamente haré referencia a los que merezcan alguna reflexión que no resulte obvia, o los que aporten alguna novedad respecto de la LTBG.

Como ya se ha dicho, los sujetos regulados en el art. 4 LTBGCM son los que asumen el máximo compromiso de transparencia. Este precepto incluye todos aquellos que, en paralelismo al art. 2 LTBG y con alguna precisión adicional, se encuentran obligados a facilitar "publicidad activa" a los ciudadanos, sin el previo requerimiento de éstos, así como a resolver las solicitudes de acceso planteadas por aquellos (la denominada "publicidad pasiva").

1.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL GOBIERNO

Se encuentran, por tanto, en este ámbito en primer lugar, conforme al art. 4.1 a) LTBGCM: "*La Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los organismos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella*".

Se ha planteado como objeción a este precepto el hecho de que no se cite expresamente al Consejo de Gobierno como sujeto vinculado a la LTBGCM²⁸⁶. Esta afirmación, que tiene perfecta

²⁸⁶ "Es necesario coordinar la Ley de Transparencia con la Ley del Gobierno. Parto de la constatación de un hecho que ya he anticipado: el Gobierno no está incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del proyecto de ley de transparencia, y esto plantea problemas importantes de aplicación: ¿dónde se marca la línea divisoria entre el consejero como

justificación técnica – son sujetos diferenciados el Gobierno y la Administración por imperativo del art. 97 CE²⁸⁷ – carece en mi opinión de trascendencia y relevancia práctica. De hecho, la norma autonómica no hace una redacción distinta de la efectuada por el art. 2.1 a) LTBG, que también omite expresamente la mención del Gobierno estatal, sin que, a mi juicio, esta omisión suscite duda doctrinal alguna en la indiscutible aplicación de la legislación de transparencia a este órgano colegiado²⁸⁸. En el caso

miembro del Consejo de Gobierno, y el consejero como cabeza de la Administración autonómica? Esto no es una pregunta teórica que se hace un profesor de universidad, sino que tiene consecuencias prácticas. Por ejemplo: ¿es el objeto de publicidad activa la concesión directa de una subvención por parte del Consejo de Gobierno, en la aplicación de la Ley de Transparencia? ¿El código ético al que se refiere la disposición adicional cuarta el proyecto de ley de transparencia, será de aplicación también a los miembros del Consejo de Gobierno? ¿Han de ser publicadas las remuneraciones del presidente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha? Y más importante aun: ¿quién controla o incluso sanciona los incumplimientos de estas obligaciones que la Ley de Transparencia impone parcialmente a los miembros del Consejo de Gobierno?” MARTÍN DELGADO, I. Comparecencia ante la Comisión no Permanente de Estudio sobre la reforma de la ley del gobierno y del consejo consultivo de 2003. Diario de Sesiones nº 62, de 9 de diciembre de 2016. IX Legislatura. Pág. 8.

²⁸⁷ De hecho, en el ámbito de la AGE se regulan en normas distintas: la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²⁸⁸ Es cierto, sin embargo, que se hace una expresa mención al Gobierno en la definición de “autoridad” al que resultan aplicables las prescripciones respectivas tanto en el art. 2.4 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, como, en segundo lugar, en el todavía no vigente art. 1. 2 del Convenio del Consejo de Europa 205, sobre el acceso a los documentos públicos, firmado en Tromsø el 18 de junio de 2009.



de la LTBGCM, la inclusión del Consejo de Gobierno se infiere inequívocamente de otros preceptos, como el art. 9.3, párrafo segundo LTBGCM, en el que se exige expresamente la publicación de los acuerdos de alcance general adoptados por el Consejo de Gobierno.

Hay que tener en cuenta que todo Gobierno tiene la doble función de órgano administrativo y político. Por lo tanto, su falta de mención expresa en la LTBGCM no debe imputarse al miedo de invadir presuntas mayorías del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha sobre la regulación del régimen jurídico del Gobierno y sus miembros²⁸⁹, sino que debe relacionarse estrictamente con la inaplicabilidad de la transparencia a lo que es su labor política. En tanto que el Gobierno es el órgano que tiene la misión de dirigir la acción no sólo política sino también administrativa de la Junta de Comunidades (art. 13 Uno del Estatuto de Autonomía, en relación con el art. 11.1 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha) ¿tiene alguna viabilidad lógica afirmar que la LTBGCM se aplica a la Administración regional pero no a quien dirige su acción por una falta de mención expresa? ¿Es posible dirigir una actividad administrativa sin quedar impregnado de los deberes que ella comporta?²⁹⁰

²⁸⁹ Es decir, la previsión del art. 13. Dos del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

²⁹⁰ *"En la medida en que el Gobierno dirige la Administración General del Estado...deberá entenderse sujetos a la Ley tanto los órganos unipersonales (Presidente, Vicepresidente, Ministros) como colegiados (Consejo de Ministros y Comisiones Delegadas del Gobierno). Con todo, habría sido preferible su inclusión expresa en la Ley"* FERNÁNDEZ RAMOS.S y PÉREZ MONGUIÓ, J. M^a: *"Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno"*. Págs. 72 y 73.

Cuando esta cuestión se planteó en el debate al artículo 2 LTBG, el Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales PENDÁS GARCÍA reflexionaba así en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados: *"¿Incluir expresamente al Gobierno? Por qué no. Aunque todo constitucionalista sabe que el art. 97 de la Constitución dice que el Gobierno dirige la Administración pública, por lo que podríamos considerar que está de suyo incorporado..."*²⁹¹.

A la postre, el tema conceptual de fondo – que es el que subyace en esta crítica – sobre la distinción entre "actos políticos" y "actos administrativos" no va a dejar de ser discutido con la inclusión del Gobierno en la LTBGCM, pues desde luego supera su ámbito y el de las propias leyes de gobierno, ya que constituye una discusión estrictamente doctrinal, de perfiles poco nítidos.

2.- LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

En el art. 4.1 b) LTBGCM se incluyen como sujetos obligados: *"Las fundaciones públicas, sociedades mercantiles y consorcios que se integran en el sector público de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha"*.

Esta remisión al Decreto Legislativo 1/2002 (en lo sucesivo, TRLHCM), en el caso de las sociedades hay que referirla a su art. 4.2, que establece el siguiente criterio para su integración en el sector público autonómico:

"... se considerarán empresas públicas regionales las sociedades mercantiles en cuyo capital social la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tenga una participación directa o indirecta superior al cincuenta por ciento. Para la determinación de este

²⁹¹ DSCD, X Legislatura, 2013, nº 301, pág. 13.



porcentaje se tendrán en cuenta las participaciones de todas las entidades integrantes del sector público regional a las que se refiere este artículo”.

No supone, por tanto, este precepto, novedad alguna sobre el art. 2.1, letra g) LTBG que, en el caso de las sociedades mercantiles, incluye a aquellas con participación pública, directa o indirecta, superior al 50%.

En materia de sociedades mercantiles la LTBGCM se encarga, sin embargo, de suplir una omisión relevante en la LTBG. Obsérvese que el hecho de circunscribir la asimilación administrativa, respecto a las máximas obligaciones sobre transparencia, a las sociedades participadas públicamente en más de un 50%, deja fuera de este ámbito una buena parte de los denominados “*poderes adjudicadores*” que según ya se ha encargado de enseñarnos la jurisprudencia europea, son perfectamente asimilables a Administraciones Públicas en campos relevantes de la transparencia, como es el caso de la contratación administrativa. En efecto, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, considera poderes adjudicadores, además de las Administraciones Públicas “*stricto sensu*” a “*Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a)*”²⁹² *que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.*

²⁹² Es decir, a las Administraciones Públicas.



Por tanto, con independencia de la personificación o la denominación que les dé su norma o acto de creación, lo que importa para ser considerado "*poder adjudicador*" es el aspecto sustantivo de que la personificación privada ampare a sujetos que, en la práctica, están ejerciendo poder público pues, en efecto, aunque no lleguen a ser financiados mayoritariamente por Administraciones Públicas, no se han creado estrictamente para satisfacer necesidades de carácter industrial y mercantil y, en consecuencia, ni tienen el lucro como su objetivo principal, ni en la práctica asumen el "*riesgo y ventura de sus operaciones*", al estar respaldadas por los presupuestos públicos. La "*huida del derecho administrativo*" que busca el legislador con este tipo de híbridos jurídicos, a mi juicio, ni puede ni debe afectar a la transparencia de sus actividades.

Pues bien, para evitar esta clamorosa omisión del art. 2 LTBG, el art. 4.1 d) LTBGCM incluye como sujetos obligados a la transparencia a: "*Los demás organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los anteriores, creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos de los previstos en este artículo financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia*".

Por tanto, están obligadas a la publicidad activa y al derecho de acceso, tanto las sociedades mercantiles cuyo capital social público supere el 50% (art. 4.1 b) LTBGCM), como ocurre con la ley básica estatal, más aquellas otras entidades privadas en las que, no superándose este porcentaje, se dan los requisitos materiales de "poder adjudicador", tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia de la Unión. En este punto, por tanto, la LTBGCM realiza, a mi juicio, una regulación más completa y coherente que la legislación básica estatal en la imposición de deberes de transparencia a los poderes



adjudicadores no participados mayoritariamente por las Administraciones Públicas, que sólo podrían incluirse, por tanto, en los arts. 4 y 5 LTBG (en función del volumen de ayudas o subvenciones públicas recibidas, o de su condición de prestadoras de servicios o del ejercicio de potestades administrativas). Pero esta "*degradación de rango*" implica asimismo una minoración de obligaciones de transparencia, bien a las relativas simplemente a la publicidad activa (excluyendo, por tanto, el derecho de acceso, en los sujetos del art. 4 LTBG), bien por la necesidad de que la publicidad activa y el derecho de acceso se canalicen a través de la Administración de la que dependen, circunscrita a los servicios públicos que prestan o a las potestades administrativas que ejercen (sujetos del art. 5 LTBG).

3.- LAS FUNDACIONES

Por lo que respecta a las FUNDACIONES, se ha criticado por algún autor el hecho de que su inclusión como sujetos obligados a la transparencia se limite a remitir a la legislación específica sobre la materia. Así lo hace, en efecto, el art. 2.1 h) LTBG, cuando afirma que las disposiciones del Título I se aplican a: "*Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones*".

El argumento para la crítica es que, puesto que el Estado carece en la regulación de fundaciones de competencia exclusiva o básica y que, por otra parte, son las Comunidades Autónomas las que han asumido competencia estatutaria en la materia (así lo hace, por ejemplo, con el carácter de competencia exclusiva, el art. 31.1. 25ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, para las que desarrollen principalmente sus funciones en su territorio), el precepto implicaría por lo tanto una llamada a la dispersión normativa de las Comunidades Autónomas, que en cada una de sus normas podrían establecer conceptos distintos de "*fundaciones de sector público*", lo que afectaría, en consecuencia

a la homogeneidad deseable en la imposición de las obligaciones de publicidad²⁹³.

Ciertamente, respecto de las fundaciones, al no ser administraciones públicas, el Estado no puede invocar libérrimamente, con carácter general, el título exclusivo del art. 149.1.18ª CE sobre "...bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas...". Pero en Derecho toda regla admite sus matices. Y teniendo en cuenta que, a efectos de transparencia, se ha asimilado jurídicamente en determinados casos a entes privados con "administraciones públicas" (las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, por ejemplo, a pesar de ser sujetos regidos por el derecho privado tendrán que resolver conforme al procedimiento administrativo de la LTBG las solicitudes de acceso que se les presenten y remitir, en su caso, a una eventual reclamación o a la jurisdicción contenciosa los recursos contra sus actos), esta simple circunstancia, permitía, a mi juicio – y a los solos efectos de la imposición de los deberes de transparencia – la utilización de un concepto uniforme de "*fundación de sector público*" amparado en el título más arriba citado.

La remisión, por tanto, del art. 4.1 b) LTBGCM a la ley de hacienda regional, significa que, en nuestra Comunidad Autónoma, son fundaciones públicas regionales, según el art. 4.3 TRLHCM aquellas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias (no tienen, por tanto, carácter acumulativo, sino alternativo):

"... a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de Junta de Comunidades de

²⁹³ FERNÁNDEZ RAMOS, S: "*Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*". Aranzadi, 2014. Págs. 120-121.



Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional”.

El problema es que esta redacción presenta algún punto de discrepancia con el nuevo marco legislativo establecido por la Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Vamos a intentar explicarlo en las siguientes líneas.

La LRJSP incurre en la aparente incongruencia de no definir en ningún momento con carácter básico el concepto de “*fundación de sector público*”, pero sí imponer su adscripción a una Administración u otra, en función de una serie de criterios.

Creo que tal regulación tiene su origen en la consideración que más arriba se hizo: la imposibilidad de utilizar el título competencial del art. 149.1.18ª CE para definir la fundación con carácter general o básico, pero no – en opinión del legislador estatal – para decidir la Administración a la que debe estar adscrita. Por esta razón, si analizamos la DF 14.2 c) LRJSP, veremos que “*sensu contrario*” se otorga carácter básico a los dos únicos preceptos en que aparece implicada una Administración pública, es decir, el art. 129 LRJSP (régimen de adscripción) y el art. 134 LRJSP (protectorado)²⁹⁴. Y ello, aunque ambos figuran

²⁹⁴ Esta disposición final, por otra parte, en deplorable técnica normativa a mi juicio, confunde el concepto de “básico” con el de “aplicación general”. En efecto, cuando pormenorizadamente se ordenan los criterios de pertenencia a un sector público administrativo, no se entiende qué margen se concede ya a las opciones de política legislativa

literalmente en la rúbrica de un capítulo denominado "*De las fundaciones del sector público estatal*". Da la impresión, por tanto, de que el legislador en un primer momento pretendió limitarse a regular las fundaciones públicas estatales y que, al rematar la ley, decidió añadir la aplicabilidad general de estos dos preceptos.

Sea como fuere, los artículos que definen "*fundación de sector público*" y delimitan la "adscripción" se necesitan lógicamente. Si se establecen niveles de vinculación diferentes se producen naturales incongruencias y dificultades interpretativas. Ilustremos esta idea con un ejemplo: imagínese una legislación autonómica que definiera exclusivamente "*fundación de sector público*" como aquella en la que su Administración aportase más de un 50% de su patrimonio. En principio, por tanto, el art. 129 LRJSP no debería poder aplicarse a las fundaciones financiadas en casos de aportación igual o menor al 50% de ese patrimonio. Pero, entonces, ¿cómo podría al mismo tiempo establecerse con carácter básico en el art. 129.2 f) LRJSP que la fundación ha de ser adscrita necesariamente a la administración que ostente mayor porcentaje de participación en el fondo fundacional, aunque éste no llegue al 50%?

Una de dos: o se acepta que esta adscripción no opera automáticamente, sino sólo en el caso de que, en la legislación autonómica, se haya calificado tal fundación como "*de sector público*" o, por el contrario, se entiende que este criterio de adscripción resulta obligatorio y, por lo tanto, afecta al propio concepto de "*fundación de sector público*" que aparentemente el legislador estatal no convirtió en básico pero que, por esta vía, tendría aptitud para corregir el establecido por el legislador

de las Comunidades Autónomas, que es el elemento definitorio de "legislación básica".



autonómico²⁹⁵. En este último caso, el legislador estatal habría impuesto por vía indirecta a las Comunidades Autónomas un concepto de "*fundación de sector público*" para el que es dudoso que pudieran legitimar los títulos competenciales esgrimidos en la Ley 40/2015.

Si la segunda interpretación prevalece, es obvio que la definición de "*fundaciones del sector público autonómico de Castilla-La Mancha*" contenida en el art. 4.3 TRLHCM ya no estaría en congruencia con la legislación básica estatal relativa a la adscripción. Y no sólo porque dicho artículo prescinde al definir la "*fundación de sector público*" de criterios que, según la LRJSP, determinan la adscripción a la Administración autonómica (como son los de disponer de mayoría de patronos o las facultades de nombrar o destituir a la mayoría de éstos o a los miembros de los órganos ejecutivos o directivos), sino porque los conceptos de "*permanencia*" ligados al patrimonio fundacional – a los que alude expresamente el art. 4.3 b) TRLHCM – también han desaparecido, ya que el art. 129 LRJSP prevé que estas aportaciones puedan ir cambiando en los sucesivos ejercicios presupuestarios. Por lo tanto, la adscripción de una fundación de sector público puede variar con el curso del tiempo; incluso es factible que una fundación de sector público durante un ejercicio presupuestario deje de serlo al siguiente, o viceversa, eventualidad ésta que no se contempla en el TRLHCLM.

4.- LAS ASOCIACIONES DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

²⁹⁵ A la vista de la innegable reasignación competencial que está protagonizando el Estado en los últimos años aprovechando la coyuntura de la crisis, me temo que esta última interpretación es la que va a acabar prevaleciendo. Olvídense, por tanto, las CCAA, de su competencia regulatoria en materia de fundaciones que, por arte de un hábil prestidigitador jurídico, han pasado a la atribución estatal, de esta manera tan burda.

Por semejanza a lo dispuesto en el art. 2.1 i) LTBG, el art. 4.1 e) LTBGCM incluye entre los sujetos obligados a: *"Las asociaciones constituidas por las entidades previstas en este artículo, con excepción de aquellas en las que participen la Administración General del Estado o alguna de las entidades de su sector público, incluidos los órganos de cooperación, en los términos previstos en la normativa básica estatal"*.

Este precepto también suscita alguna duda interpretativa, a la actual luz de la LRJSP. El hecho de que no se sujeten a la ley regional sobre transparencia las asociaciones de Administraciones Públicas en las que participe la AGE o entidades de su sector público parece tener su justificación en el actual art. 145.3 LRJSP. Según este precepto: *"Los órganos de cooperación entre distintas Administraciones Públicas en los que participe la AGE, deberán inscribirse en el Registro estatal de órganos e instrumentos de cooperación para que resulte válida su sesión constitutiva"*. La alusión a su necesaria inscripción en el Registro estatal de órganos e instrumentos de cooperación parece dejar claro que se trata de órganos de la Administración General del Estado y que sólo por ley estatal se deben, pues, regular sus obligaciones de transparencia.

Ahora bien, la cuestión dista mucho de ser pacífica. En efecto, tanto la LTBG como las leyes autonómicas sobre transparencia se han construido exclusivamente sobre la base de un ámbito subjetivo, en el que cada norma vincula a sus propios órganos o, como mucho, integra a las Entidades Locales de su territorio. Quizá la circunstancia de que el derecho de acceso se haya configurado sobre el fundamento del art. 105 b) CE ha sido determinante para asentar la idea de que cada ley de transparencia debe circunscribirse a vincular a sus propias administraciones o a los entes que, en su ámbito territorial, ejercen una actividad materialmente administrativa. Pero como la LTBG se configura como una *"ley de mínimos"* debido a su



naturaleza de legislación básica, esta forma de proceder genera desigualdades que parecen contrarias al principio de igualdad.

De esta manera, por ejemplo, ejerciendo su actividad exclusivamente en el territorio de Castilla-La Mancha, los órganos de la Administración periférica del Estado en esta Comunidad, estarían sujetos exclusivamente a los indicadores básicos de publicidad activa de la LTBG. Con este planteamiento – que no resulta tan evidente cuando relacionamos la transparencia con el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener información – habrá en un mismo territorio Administraciones con distinto nivel legal de transparencia, pues la AGE – sea a través de sus órganos centrales o periféricos – nunca se someterá a los niveles mayores de publicidad activa que, con carácter general, imponen las leyes autonómicas, creándose así un estatuto personal privilegiado propio de un *"feudalismo normativo"*. Creo, en definitiva, que sería deseable un margen mayor para la aplicación de las leyes de transparencia con criterios de territorialidad y no sólo – como ocurre en la actualidad – *"compartimentando"* los distintos niveles subjetivos de administración.

Hay una segunda reflexión que cabe, centrada exclusivamente en estas *"asociaciones de administraciones públicas"*, por el hecho de que, el art. 2.1 i) LTBG impone a las mismas que *"...el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación"*. Y es que, con la LRJSP en la mano, es difícil afirmar en principio qué Administración va a ostentar estas tareas de Secretaría (y, por tanto, la que deberá cumplir esos eventuales deberes de publicidad). En efecto, los órganos de cooperación se regulan en la sección 2ª del capítulo III, Título III LRJSP, citándose expresamente la Conferencia de Presidentes, las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Sectoriales, los Grupos de Trabajo, las Comisiones Bilaterales de Cooperación y las Comisiones Territoriales de Coordinación.

Pues bien, en el caso de la Conferencia de Presidentes regulada en el art. 146 LRJSP, sólo se nos indica que será presidida por el Presidente del Gobierno y que estará asistida por un "*Comité preparatorio*" del que forman parte un Ministro del Gobierno, que lo preside, y un Consejero de cada Comunidad Autónoma. Ni la más mínima referencia, pues, a la figura del Secretario.

Para las Conferencias Sectoriales ocurre algo similar: el art. 147.1 LRJSP otorga la presidencia "*...al miembro del Gobierno que, en representación de la AGE, resulte competente por razón de la materia...*". Y respecto del Secretario, el art. 150.1 LRJSP dispone que: "*Cada Conferencia Sectorial tendrá un secretario que será designado por el Presidente de la Conferencia Sectorial...*". Por lo tanto, en teoría, si la designación recayera – aunque no sea probable – en un representante autonómico, el inciso final del art. 2.1 i) LTBG impondría a la Administración de esa Comunidad Autónoma los deberes de transparencia, lo que resultaría no sólo un contrasentido lógico sino que también suscitaría la duda de si es aplicable la norma estatal o la concreta norma autonómica sobre transparencia de la Administración de origen del Secretario.

En el caso de las Comisiones Sectoriales y Grupos de trabajo, el art. 152.1 LRJSP establece expresamente que las funciones de secretaría corresponden a un funcionario del Ministerio correspondiente. Pero "*Comisión Sectorial*" no es equivalente a "*Conferencia Sectorial*", salvo que se interprete que, al ser el órgano de trabajo y apoyo de éstas, es a dicha Secretaría a la que alude la LTBG.

Y, en fin, nueva omisión de toda figura – tanto del Presidente como del Secretario – en las "*Comisiones Bilaterales de Cooperación*" reguladas en el art. 153 LRJSP y, por lo que respecta a las "*Comisiones Territoriales de Coordinación*", el art. 154.3 LRJSP dispone que: "*El régimen de las convocatorias y la secretaría será el mismo que el establecido para las Conferencias Sectoriales en los artículos 149 y 150, salvo la regla prevista sobre*



quién debe ejercer las funciones de secretario, que se designará según su reglamento interno de funcionamiento”.

Como puede verse todo un panorama de inseguridad jurídica provocado por un legislador que no parece ser consciente de la necesidad de otorgar coherencia al ordenamiento jurídico, ni siquiera en normas tan próximas en el tiempo. Un deplorable signo de la calidad legislativa a la que asistimos en nuestros días.

5.- EL CASO PECULIAR DE LOS ENTES LOCALES.

El art. 4.2 LTBGCM contempla un régimen peculiar de transparencia para los entes que integran la Administración Local, expresado en los siguientes términos:

“Las Entidades que integran la Administración Local en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, así como los organismos, empresas, fundaciones u otros entes instrumentales vinculados o dependientes de aquellas, estarán sujetos a la legislación básica en materia de transparencia y a los principios y previsiones de la presente ley que expresamente se establezcan como aplicables”.

Con un precepto de este tenor literal, y consciente el legislador autonómico de que configuraba una ley regional de transparencia de las más ambiciosas en derecho comparado, se ha querido conjugar ese alto nivel de exigencia con la realidad municipal de Castilla-La Mancha donde, según los datos oficiales del INE a 1 de enero de 2014, hay un total de 919 municipios, repartidos por las cinco provincias, de los cuales, 508 tienen menos de 500 habitantes (55,2%), 223 entre 501 y 2.000 habitantes (24,2 %), 148 entre 2001 y 10.000 habitantes (16,10%) y solo 40 poseen más de 10.000 habitantes (4,35%).

Ante la circunstancia de una Comunidad Autónoma mayoritariamente compuesta de pequeños municipios, la LTBGCM no ha querido imponer a estos el mismo nivel de transparencia

que el pretendido para su propia Administración regional. Haber actuado de otro modo hubiera sido una actitud loablemente ambiciosa pero poco realista respecto de unos municipios que disponen de escasos funcionarios (en ocasiones sólo de aquellos que han de desempeñar las funciones materiales más básicas para garantizar el funcionamiento de los servicios técnicos y administrativos esenciales de atención al ciudadano), y en los que, además, las labores de Secretaría-Intervención – en quienes a la postre recaería garantizar estos deberes de transparencia – se desempeñan frecuentemente de forma compartida entre varios de ellos.

Parecía, por tanto, que en aras de asegurar la eficacia de la LTBGCM por los entes que integran la Administración local, en principio ya serían suficientes los indicadores de publicidad activa impuestos con carácter básico a todas las Administraciones territoriales por la LTBG; indicadores que, por otra parte, podían ampliarse de forma más respetuosa con la autonomía local por aquellos municipios con capacidad personal y técnica a través de sus mecanismos propios de autorregulación (la ordenanza)²⁹⁶. Esta puede ser la razón que justifica que, en la Exposición de motivos de la LTBGCM, no se haya hecho referencia, como título competencial ejercitado, al de régimen local, consciente quizá el legislador autonómico de que la afectación que los Entes Locales pudieran tener con dicha norma siempre traería su causa de la legislación básica estatal.

²⁹⁶ De hecho, la Federación Española de Municipios y Provincias aprobó en Junta de Gobierno de 27 de mayo de 2014 la "*Ordenanza-tipo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Reutilización*", que está siendo adoptada sin problemas por los municipios de mayores capacidades técnicas y que en la práctica supone extender los deberes de transparencia al mismo nivel de las normas autonómicas más exigentes en la materia.



No se olvide tampoco a este respecto que, en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha aprobado por LO 9/1982, de 10 de agosto, la competencia en materia de régimen local no es equiparable a la de los Estatutos de Autonomía de "tercera generación" (que han asumido la competencia exclusiva en la materia) puesto que, en el artículo 31.1 EACM se limita a atribuir a la Junta de Comunidades competencia sobre régimen local "En el marco de la legislación del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca...".

Precisamente recalando este hecho, el informe emitido en la tramitación del Anteproyecto por la Viceconsejería de Administración Local y Coordinación Administrativa de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas en su punto I, titulado "Títulos competencias" incluye la siguiente reflexión, sobre el peligro de extender sin más la ambición regulatoria de otras leyes autonómicas a los entes locales de Castilla-La Mancha en su legislación propia:

"... Este informe ha de partir de los títulos competencias que ostenta la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre régimen local, que con fundamento en el art. 32.1 del E.A., se ha de calificar como una competencia de desarrollo legislativo y ejecución.

Sin perjuicio de considerar que no es este el espacio para un realizar un profundo análisis de hasta dónde llega la competencia de desarrollo la JCCM en el ámbito local, sí se considera imprescindible recalcar que, al contrario que otras CCAA como Andalucía o Cataluña, la JCCM no ostenta una competencia exclusiva, sino de desarrollo legislativo, tal como se indicó anteriormente, sobre régimen local, de ahí que no se pueda pretender "adaptar", sin más, a la realidad castellano manchega las regulaciones de otras CCAA...".

En consecuencia, la realidad municipal castellano manchega apuntada, por una parte, y la debilidad del título competencial sobre régimen local de la Junta de Comunidades, por otra, han sido las razones que han llevado al legislador autonómico a incluir a los Entes Locales de esta particular forma en el ámbito de aplicación de la LTBG, es decir, circunscribiéndolo a la extensión de principios y normas cuando se les cite de forma expresa. Esto ocurre, por ejemplo, en materia de publicidad activa en los arts. 7.1, 9.1, 10, 11, 12.1, 15.1, 17.1, 18.1 LTBG que, en realidad, no van más allá de las obligaciones derivadas de la LTBG.

Las razones aquí expuestas han resultado también pacíficas en la discusión parlamentaria de la norma. Existía, al respecto, una enmienda al artículo 4.1 LTBG (la enmienda nº 9) en la que se sugería incluir como obligados a la transparencia, en una nueva letra "g" cuya adición se proponía, a "*Los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha, diputados provinciales y los alcaldes y concejales de los municipios con población superior a 5.000 habitantes*", ligando esta enmienda a su inclusión en el concepto de "alto cargo" establecido en el art. 3 k) LTBGCM.

Con buen criterio, esta enmienda se retiró, sin embargo, en el debate del Pleno pues el art. 4 LTBGCM lo que relaciona son las instituciones obligadas a la transparencia, y la obligación de los singulares miembros que las integran. Hubiera, por tanto, constituido una distorsión sistemática empobrecedora del contenido de dicho artículo²⁹⁷.

²⁹⁷ En lo que atañe en concreto a la inclusión de los diputados de las Cortes regionales entre los sujetos obligados a la transparencia, ello hubiera contravenido lo dispuesto, con carácter básico, en la Disposición Adicional 8ª LTBG, que expresamente remite, para la aplicación a las Asambleas Legislativas autonómicas de las disposiciones relativas a estas obligaciones, a lo que determinen sus respectivos reglamentos. Esa es la razón que justifica el contenido de la DA 1ª LTBGCM.



En idéntica línea de "*afectación mínima municipal*" está redactado el art. 34.2 LTBG, limitando las obligaciones de Buen Gobierno de los altos cargos municipales a las establecidas en la legislación básica estatal, de la siguiente forma:

*"En el caso de los Entes Locales, a los altos cargos y asimilados que de acuerdo con la normativa básica estatal en materia de Régimen Local, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las mismas, circunscribiéndose el ámbito de aplicación de las normas de buen gobierno a las que les sean aplicables conforme a la legislación básica estatal"*²⁹⁸.

Era indudable, sin embargo, que a los Entes Locales debían afectarles las competencias del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, pues, con carácter básico, la DA 4ª, apartado 1, párrafo 1º LTBG dispone literalmente que: "*La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas*".

En este sentido, aunque falte una mención expresa de sujeción de los Entes Locales al control del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno en los preceptos de la LTBGCM que regulan este órgano, no debe haber ninguna duda de esa vinculación pues, además de lo establecido con carácter básico por la LTBG, por una parte es indudable que el art. 61 LTBGCM lo crea para garantizar el derecho de acceso a la información pública

²⁹⁸ No obstante ello, fue dificultosa la aceptación en Comisión de la redacción de este precepto, pues las enmiendas 35 y 36, del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo Parlamentario Podemos, respectivamente, coincidían en la voluntad de extender a los altos cargos locales las obligaciones de Buen Gobierno establecidas por la LTBG.

y, por otra parte, ese derecho de acceso se extiende en el art. 23.1 a) LTBGCM a todas las personas físicas y jurídicas "... *en sus relaciones con las entidades e instituciones referidas en el artículo 4...*" y, en consecuencia, por tanto, respecto de los Entes Locales previstos en el apartado 2 de ese artículo.

BIBLIOGRAFÍA

VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (Coord): "*Régimen jurídico de la transparencia del sector público*". 1ª ed. Aranzadi, 2014.

DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E y TARÍN QUIRÓS, C (Coord): "*Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*". 1ª ed. La Ley, 2014.

BLANES CLIMENT, M.A: "*La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*". 1ª ed. Aranzadi, 2014.

GUICHOT, E (Coord): "*Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*". Tecnos, 2014.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº
163/2016 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL,
DE 3 DE OCTUBRE DE 2016: FORMA DE
PROCEDER DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES EN
PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS ANTE LA
ALEGACIÓN DE FALTA DE ACUERDO PARA EL
EJERCICIO DE ACCIONES**

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de
Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: 29/12/16

1. ANTECEDENTES

Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia se acordó admitir a trámite una demanda interpuesta por una mercantil contra la liquidación en concepto de tasa por licencia urbanística de obras, y tramitar el recurso en el orden contencioso administrativo por las normas del procedimiento abreviado, señalando fecha para la celebración de la vista.

En el acto de la vista, tras ratificarse la parte actora en su demanda, el Letrado de la Administración demandada opuso al contestar la demanda una causa de inadmisibilidad,



incumplimiento de lo dispuesto en el art. 45.2 d) LJCA, ya que, a pesar de que la recurrente había acompañado escrito autorizando el ejercicio de las acciones por su administrador único, no constaban en autos las facultades de éste. Por parte del Letrado de la mercantil recurrente no se efectuó ninguna alegación sobre dicho óbice procesal, y tampoco el Magistrado-Juez acordó oír a la parte actora sobre la citada alegación, ni resolvió en la vista sobre el incumplimiento alegado del requisito del art. 45.2 d) LJCA y sobre la continuación de la misma.

Finalmente, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo dictó sentencia judicial por la que resolvió inadmitir el recurso contencioso-administrativo interpuesto, sin entrar en el fondo del asunto, por incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 45.2 d) LJCA. Se fundamentaba la resolución judicial en que, opuesta la causa de inadmisión por la Administración demandada, la parte recurrente no alegó ni propuso prueba al respecto y que, además, no obraban en las actuaciones los estatutos sociales y, por tanto, no constaba el órgano social que había autorizado el acuerdo para el ejercicio de acciones, ni si se ostentaban facultades para ello.

Tras plantear incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido, se interpuso demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC).

2.CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

En la sentencia del TC se comienza por analizar el art. 45.2 LJCA, que exige aportar con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, entre otros documentos, los que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación [párrafo d)].

Además, se recuerda que la omisión de dicho requisito resultaría subsanable, ya que como establece el apartado 3 del mismo art.

45 LJCA, el Secretario judicial²⁹⁹ examinará de oficio la validez de la comparecencia de la parte recurrente, y que si estima que no concurren los requisitos exigidos por la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para tal validez requerirá inmediatamente su subsanación.

Se añade que si bien dicho examen ha de efectuarse tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición, el mismo puede efectuarse en cualquier momento posterior, incluso en la sentencia judicial, la cual puede declarar la inadmisibilidad del recurso en virtud de lo establecido en el art. 69 b) LJCA, norma encuadrada en el procedimiento ordinario, pero que resultaría aplicable al procedimiento abreviado, por la aplicación del principio de subsidiariedad de la regulación de aquél, establecida por el artículo 78.23 LJCA³⁰⁰.

El aspecto destacado de este pronunciamiento judicial es que, como se reconoce en la propia sentencia, en el supuesto objeto del presente comentario hay que partir de que, a diferencia de los casos examinados en las SSTC 167/2014, de 22 de octubre, y 186/2015, de 21 de septiembre, el presunto defecto se ha producido en un procedimiento abreviado, el cual presenta una regulación y un desarrollo singulares, establecidos en el art. 78 LJCA³⁰¹.

²⁹⁹ En la actualidad Letrado de la Administración de Justicia, según la denominación que se otorga a los Secretarios Judiciales por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial.

³⁰⁰ Véase, en todo caso, que el propio TC declaró en la STC 186/2015, FJ 5, que no le corresponde a dicho Tribunal valorar la suficiencia del documento presentado a efectos de acreditar el cumplimiento del requisito previsto en el art. 45.2 d) LJCA, pero sí le incumbe apreciar si la decisión del órgano judicial estuvo o no precedida de la concesión de una posibilidad de subsanar la insuficiencia del documento presentado.

³⁰¹ Los apartados 6, 7 y 8 de dicho precepto, señalan que:



La cuestión nuclear, que se aborda en el fundamento de derecho quinto, es que:

"el órgano judicial venía obligado, en primer lugar, a oír al demandante sobre dicha cuestión obstativa a la admisión del recurso contencioso-administrativo, y, en segundo lugar, a resolver en el acto sobre su concurrencia o no, pronunciándose sobre si la vista debía continuar o no. Sin embargo, el órgano judicial no lo hizo así, sino que incumplió ambos mandatos, continuando la celebración de la vista sin la referida audiencia y sin adoptar decisión alguna en el acto, para posteriormente apreciar la concurrencia del óbice procesal en el momento de dictar la Sentencia ahora impugnada, con el resultado de inadmitir el recurso contencioso-administrativo por la concurrencia de la causa opuesta por la Administración demandada. Esto es, el órgano judicial, a pesar de las previsiones del art. 78 LJCA a las que se ha hecho referencia, adoptó una actitud pasiva, incompatible con

"6. La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda.

7. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

8. Oído el demandante sobre estas cuestiones, el Juez resolverá lo que proceda, y si mandase proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad. Lo mismo podrá hacer el demandante si el Juez, al resolver sobre alguna de dichas cuestiones, declinara el conocimiento del asunto en favor de otro Juzgado o Tribunal o entendiese que debe declarar la inadmisibilidad del recurso."

las mismas, haciendo recaer, en cambio, la responsabilidad de la inadmisión del recurso sobre la parte actora, a la que achacó en la Sentencia que no había propuesto ninguna prueba al respecto y que no había realizado alegación alguna ni al proponer prueba ni en conclusiones, pasividad o negligencia que fueron recalçadas en el Auto que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, y aun siendo cierto que la parte actora guardó silencio sobre este extremo, omite el órgano judicial toda consideración sobre el incumplimiento por el propio Magistrado-Juez de las reglas del art. 78.8 LJCA en cuanto a la forma en que debía actuar ante la causa de inadmisión alegada por la Administración demandada, y con ello produjo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la mercantil actora en la vertiente del derecho a no padecer indefensión, que se tradujo, finalmente, en la vulneración de su derecho de acceso al proceso, de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita.”

Por todo ello, por el T.C se considera que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, y, en consecuencia, estima el recurso de amparo interpuesto y anula la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

3. CONCLUSIONES

En esta sentencia judicial por el T.C se aborda como deben proceder los órganos judiciales en un procedimiento abreviado cuando la parte demandada en el trámite de contestación a la demanda opone la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 45.2 d) LJCA, (que exige aportar con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, entre otros documentos,



los que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos a las personas jurídicas para entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación), para evitar afectar al derecho a la tutela judicial efectiva.

En este tipo de situaciones procesales, el órgano judicial estaría obligado, en primer lugar, a oír al demandante sobre dicha cuestión obstativa a la admisión del recurso contencioso-administrativo, y, en segundo lugar, a resolver en el acto sobre su concurrencia o no, pronunciándose sobre si la vista debería continuar o no, ya que de no actuar de esta manera se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante.

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA Nº
723/2016 DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA
(SECCIÓN 2ª), DE 22 DE NOVIEMBRE DE
2016: VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN
ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE EMPRESA
PRIVADA DE CORREO POSTAL**

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de
Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: 29/12/16

1. ANTECEDENTES

El objeto del recurso contencioso administrativo es una resolución de la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por la cual se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra otra dictada en un expediente sancionador, por la que se sancionó a una empresa con una multa económica y con la suspensión de la Autorización Ambiental Integrada.

En el escrito de demanda, por la empresa recurrente se alegaba la caducidad del procedimiento administrativo, lo que dependía de que se pudiera considerar o no notificada la resolución



administrativa realizada a través de una empresa privada de correo postal, ya que por aquella empresa, en un primer momento, se niega haber recibido la notificación. En un momento procesal posterior, en el escrito de proposición de prueba y en el de conclusiones, la parte recurrente cambia sus alegaciones y niega la veracidad del documento acreditativo de la notificación administrativa realizado por la empresa privada de correo postal, e incluso refiere su alteración.

2.CONTENIDO DE LA SENTENCIA JUDICIAL

Por el órgano judicial se comienza contrastando la alegación de la empresa recurrente con el expediente administrativo, en donde consta la copia simple de un documento donde aparece la firma de un empleado de la sociedad, junto a un código de barras que incorpora la fecha, el destinatario, y el número de envío, que coincide con el que se identifica en el documento administrativo en un folio del expediente administrativo. Así, se concluye que las alegaciones de la demanda son simplemente contradictorias con el propio contenido del expediente administrativo.

Ante esta situación, en la sentencia judicial se declara que: *"Desde luego la notificación a través de empresas privadas resta al acto de la garantía probatoria que supone el documento público. Esto no quiere decir que la notificación no pueda ser válida realizada de esta forma, pero en estos casos será esencial que la prueba de la notificación no recaiga sobre meras manifestaciones de la empresa, sino que venga respaldada – como también se pide en realidad cuando la notificación es a través del Servicio de Correos- por la constancia de la firma del receptor, elemento que permite el ulterior cuestionamiento de la realidad del acto. En el caso de autos, aunque el actor lo niegue en su demanda, hay en el expediente un documento donde consta la firma de un empleado y representante de la sociedad, el folio.... El problema de este folio ...no es que sea un documento privado y no público-pues aun siendo documento privado sería la firma*

*del receptor, apta para ser desvirtuada mediante un cotejo, lo que le daría su valor- sino que es una fotocopia –la empresa... no ha hallado el original-. Ahora bien, el hecho de que lo sea no le priva de todo valor, pues el art. 334 LEC dice: "**Valor probatorio de las copias reprográficas y cotejo.** 1. Si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugne la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuere posible y, no siendo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas".*

Teniendo en cuenta la anterior fundamentación jurídica, la Sala al poner el documento acreditativo de la notificación en relación con la "*poco firme posición del actor en cuanto al mismo*", y con otros elementos probatorios (el documento público administrativo de remisión del envío, la confirmación por parte de la empresa postal del envío y su recepción según sus archivos informáticos...) que en conjunto permiten darle valor, concluye que debe darse la resolución administrativa por notificada y negarse que exista caducidad alguna.

4. CONCLUSIONES

Lo destacable de esta sentencia judicial es que, por una parte, valida la notificación administrativa a través de empresas privadas atendiendo a las actuaciones realizadas por la Consejería y la empresa de mensajería privada, a pesar de que se reconozca que esta forma de notificación resta al acto de la garantía probatoria que supone el documento público; y, por otra parte, qué contiene cuales deben ser los elementos esenciales que deben poder quedar acreditados por la Administración para dar por válida la notificación administrativa a través de empresa privada de correo postal (la constancia de la firma del receptor, el documento público administrativo de remisión del envío, la



confirmación por parte de la empresa postal del envío y su recepción...).

Desde un punto de vista normativo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que era la norma vigente a la fecha de los hechos, no cabe duda que autoriza la utilización de cualquier medio de notificación que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, por lo que nada obstaría a que las Administraciones Públicas pueden acudir a la contratación con una empresa privada del servicio de entrega material de notificaciones, que tendría la misma validez y eficacia que la realizada a través del sistema tradicional de Correos, siempre que, como ha exigido la jurisprudencia, se haga con las debidas garantías y se deje constancia en el expediente administrativo de los elementos exigidos en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que: *“Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”*.

En nuestra jurisprudencia hay que reseñar que no son numerosos los pronunciamientos judiciales sobre las notificaciones administrativas realizadas a través de mensajería privada³⁰²,

³⁰² A estos efectos, resulta muy útil el artículo jurídico de Jordi Lluch Martínez, Actualidad Administrativa, Nº 12, Sección A Fondo, diciembre 2013, pág. 1572, tomo 2, Editorial La Ley, en el que analiza el régimen jurídico, tratamiento jurisprudencial y riesgos en la práctica de la notificación de actos administrativos a través de empresas de mensajería, actualizando y completando trabajos anteriores, y en donde se contiene una cita de las sentencias judiciales más importantes sobre esta materia, algunas de las cuales son citadas en este comentario.

como tampoco su tratamiento por la doctrina³⁰³, de ahí la importancia de la sentencia judicial objeto de comentario³⁰⁴.

³⁰³ Entre otros, autores que han tratado el tema de la notificación administrativa a través de empresas de mensajería privada se pueden citar a los siguientes:

Lluch Martínez, J.: Actualidad Administrativa, Nº 12, Sección A Fondo, diciembre 2013, pág. 1572, tomo 2, Editorial LA LEY;

Manteca Valdelande, V.: «La notificación administrativa y sus modalidades (II)», Actualidad Administrativa, nº18/2008;

Soldevila Fragoso, S.: «Notificaciones por medio de mensajería privada y comprobación de valores. Comentario a la STJ Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2006», Actualidad Administrativa, nº15/2007.

³⁰⁴ En otra sentencia judicial del propio Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 30 de octubre de 2006, nº 520/2006, rec. 895/2002, (Pte: Lozano Ibáñez, Jaime), se declara que: "*SEGUNDO. - La impugnación se dirige en primer término contra la providencia de apremio que fue notificada a la interesada. Ahora bien, dado que se alega como motivo de nulidad de la misma la falta de notificación reglamentaria de la liquidación en que se funda, la parte, en el propio procedimiento, impugna también, para el caso de que es estime el mencionado alegato, la liquidación y la comprobación de valores en que a su vez se basó la liquidación. Pues bien, comenzando por la impugnación de la providencia de apremio, se funda la misma en la supuesta falta de notificación reglamentaria de la liquidación que le da base, motivo legal de nulidad de tal providencia. El Tribunal Económico-administrativo Regional se funda, para considerar bien notificada la liquidación, en que en el expediente consta el intento de notificación, con el rechazo de la misma, lo cual, permite tener por notificada la resolución, de acuerdo con el artículo 59.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ahora bien, aunque ello es así en abstracto, lo cierto es que en el caso de autos la única prueba de tal supuesto rechazo es una nota de mensajería de la empresa MRW, firmada por persona no identificada y que no ha podido*



ser identificada pese a los serios esfuerzos desplegados en autos por la parte en ese sentido, nota dirigida a un domicilio equivocado (" DIRECCION000" en vez de" DIRECCION001"), que indica "NO LO QUIEREN" sin indicar circunstancia alguna de tal falta de querencia ni sobre quién es (o quiénes son) los que "no lo quieren", pese a que el artículo 59.3 invocado por el Tribunal Económico-administrativo reclama que se especifiquen "las circunstancias del intento de notificación", y, en cualquier caso, aunque se salvase todo lo anterior, todo ello certificado por persona que carece de la condición de funcionario o autoridad y que, como decimos, ni siquiera ha podido ser identificada para actuar, al menos, como testigo simple. Es trasladable a este supuesto lo que ya indicamos la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo 926/2001, en relación con otra diligencia practicada por medio de mensajería: "el artículo 19 de la Ley 24/1998, de 13 julio, de Regulación del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales establece, bajo el título de "Derechos especiales y exclusivos atribuidos al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal" (es decir, el Servicio de Correos) lo siguiente:"1. Para garantizar la prestación del servicio postal universal se otorgan al operador que presta dicho servicio los siguientes derechos especiales: c) El derecho a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción, sin perjuicio de la aplicación, a los distintos supuestos de notificación, de lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Los demás operadores podrán realizar este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado y sus efectos se regirán por las normas del derecho privado". Pues bien, si justamente el actor cuestiona que se le notificase la liquidación, es claro que el documento obrante en el expediente no es bastante para demostrarla, en especial cuando ni siquiera se ha practicado prueba que tienda a advenir el documento. Junto a este defecto intrínseco, hay que admitir también, con el Abogado del Estado, que el documento en cuestión no contiene la más mínima indicación sobre el objeto de lo notificado. El artículo 59.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común establece que "Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado", y

En definitiva, se puede concluir que la notificación de un acto administrativo a través de los servicios de una empresa privada de mensajería resultaría, en principio, plenamente válida siempre que se cumpla con los requisitos exigidos en la normativa de aplicación (actualmente lo dispuesto en los artículos 40 y ss de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En todo caso, las Administraciones Públicas en el caso de hacer uso de empresas privadas de mensajería para la práctica de notificaciones administrativas, y teniendo en cuenta que no rige la presunción de certeza, puesto que el mensajero no es funcionario ni operador del servicio postal universal, deben adoptar "ab initio" todas las cautelas y garantías jurídicas posibles para acreditar fehacientemente el intento de notificación o que sí se entregó lo que se debía, en previsión de que pudiera ser cuestionado por el interesado.

aunque se admitiese que consta la recepción por el interesado, no consta qué es lo que se recibió, pues en el documento no hay siquiera una referencia al número de expediente a que se refiere la comunicación y fecha de la resolución que se comunica".

En cuanto al intento de notificación por el servicio de correos, de 29 de junio de 2000, en el que se hizo constar que el interesado estaba ausente, es insuficiente, pues no se hizo un nuevo intento ni se publicaron edictos."



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 8 2016
Diciembre
www.gabilex.jccm.es

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídico y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.



2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM. Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de

forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:



-
- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
 - b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
 - c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
 - d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
 - e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).



VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana³⁰⁵. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

³⁰⁵ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la



revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.

- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso– del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y un abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última

fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)



Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.- A) *Tercer epígrafe.- a) Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso