

A mis padres y a mi querida hermana.

Y a Alejandro Redondo, por supuesto.



**“LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS
PEQUEÑOS MUNICIPIOS”**

Tesis Doctoral

D. Máximo Rodríguez Bardal

Directora:

Prof.^a Dra. Mercedes Fuertes López

UNIVERSIDAD DE LEÓN

2021

ÍNDICE GENERAL

| | |
|------------------------------|-----------|
| AGRADECIMIENTOS | 10 |
| ABREVIATURAS | 11 |
| CONTEXTO | 18 |

PRIMERA PARTE.

| | |
|---|-----------|
| I. ORÍGENES DEL DERECHO MUNICIPAL Y DE LOS MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO | 23 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| 1. Fuente del derecho y normativa. El Fuero | 23 |
| 2. El entramado de la justicia medieval. Centralización y descentralización | 26 |
| 2.1. Concejos | 26 |
| 2.2. Corregidores y Regimientos | 29 |
| 2.3. Alcaldes Mayores y Foreros | 32 |
| 2.4. Elección y nombramiento de los cargos | 35 |
| 3. Edad Moderna. Ordenanzas Municipales y Nueva regulación de la justicia | 37 |
| 3.1. El procedimiento de elaboración de la norma | 38 |
| 3.2. Las materias objeto de las ordenanzas | 40 |
| 3.3. La aplicación de la ordenanza. El Corregidor, la Justicia y la extensión del Consejo de Castilla | 42 |
| 4. Conclusiones..... | 45 |

| | |
|--|-----------|
| II. DE LAS ORDENANZAS DE POLICÍA A LAS LEYES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS. SU EVOLUCIÓN Y TÉCNICAS DE CUMPLIMIENTO ... | 48 |
|--|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 1. La policía. Configuración inicial. Sanciones administrativas y actividad de policía | 48 |
| 2. La policía en el Estado de Derecho. La ampliación del concepto de orden público | 53 |
| 3. Breve introducción al cumplimiento del derecho de policía en la Administración local. Sanciones administrativas vs. Justicia | 57 |
| 4. Evolución histórica en el derecho comparado | 60 |
| 4.1. Francia | 61 |
| 4.1.1. Consejo de Estado | 61 |
| 4.1.2. Tribunales de Policía y Contencioso de Represión | 62 |
| 4.2. Italia | 63 |
| 4.3. Alemania..... | 64 |
| 5. Evolución Histórica Española | 66 |
| 5.1. La constitución de Cádiz | 66 |
| 5.2. La legislación de 1837, 1845 y el papel del alcalde | 68 |
| 5.3. La constitución española de 1869, el proyecto de constitución federal de 1873, constitución de 1876 y la ley de orden público de 1870 | 72 |

| | |
|---|-----------|
| 5.4. Legislación ordinaria “sectorial” | 74 |
| 5.5. La dictadura de Primo de Rivera | 76 |
| 5.6. II República | 76 |
| 5.7. La Dictadura de Franco | 78 |
| 6. Evolución respecto del ordenamiento jurídico penal | 79 |
| 6.1. De la policía a la potestad sancionadora..... | 80 |
| 6.2. Las distintas teorías. La evolución desde el derecho natural. Mitad S. XIX..... | 80 |
| 6.2.1. Teorías ontológicas..... | 81 |
| 6.2.2. Teorías formales, cuantitativas y mixtas | 83 |
| 6.3. Teorías ontológicas en España | 85 |
| 6.4. Intento de sistematización del derecho sancionador e idea del supraconcepto de “ <i>Ius Puniendi</i> ” | 85 |
| 6.5. El nacimiento del Derecho administrativo sancionador. De la supletoriedad a la integración pasando por el concepto único de “ <i>Ius Puniendi</i> ”. Los principios y su integración | 86 |
| 6.6. Constitución española de 1978..... | 92 |
| 6.7. El formalismo desertado. El “ <i>Ius Puniendi</i> ” en exclusivas manos de autoridades | 93 |
| 7. Conclusiones y propuestas | 95 |

SEGUNDA PARTE.

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DESDE LA REPRESIÓN. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

107

| | |
|--|------------|
| 1. Problemática inicial: la ausencia de sistematización y la desacertada transposición del Derecho penal a la Administración local..... | 107 |
| 2. Requisito previo al inicio del procedimiento. La potestad o atribución | 113 |
| 3. Los principios de la potestad sancionadora | 116 |
| 3.1. Legalidad | 116 |
| 3.2. Tipicidad..... | 120 |
| 3.3. Tipicidad en las ordenanzas locales..... | 121 |
| 3.4. Irretroactividad | 127 |
| 3.5. Culpabilidad..... | 128 |
| 3.5.1. Imputabilidad..... | 128 |
| 3.5.2. La figura del responsable en la legislación sectorial | 132 |
| 3.5.3. La responsabilidad individual solidaria y subsidiaria..... | 135 |
| 3.6. Presunción de inocencia..... | 137 |
| 4. El procedimiento administrativo..... | 138 |
| 4.1. Actuaciones previas y denuncia administrativa..... | 139 |
| 4.1.1. Actuaciones previas iniciadas directamente por parte de la administración | 140 |
| 4.1.2. La denuncia administrativa..... | 141 |
| 4.1.3. La relación normativa entre denuncia e inicio del procedimiento..... | 142 |
| 4.2. Medidas cautelares anteriores y concomitantes al inicio del procedimiento sancionador | 147 |
| 4.3. El inicio del procedimiento sancionador | 149 |
| 4.3.1. Órgano competente..... | 149 |

| | |
|--|------------|
| 4.3.2. Forma de iniciación | 151 |
| 4.4. La instrucción. La figura del concejal instructor | 152 |
| 4.5. Propuesta y resolución..... | 157 |
| 4.5.1. El criterio del órgano resolutorio frente al instructor | 158 |
| 4.5.2. La firmeza en vía administrativa | 158 |
| 4.5.3. Interrupción, suspensión y retroacción de actuaciones | 162 |
| 5. El buen gobierno en la Administración local | 166 |
| 6. Síntesis | 169 |

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DESDE LA PREVENCIÓN. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS ENTES LOCALES

175

| | |
|--|------------|
| 1. La importancia de la inspección administrativa en los entes locales. Sobre lo que se trata en este capítulo | 175 |
| 2. Historia y contexto..... | 179 |
| 2.1. Orígenes..... | 180 |
| 2.2. La proliferación de los fines administrativos. La inspección de trabajo y tributos | 182 |
| 3. Potestad, facultad o atribución administrativa..... | 185 |
| 4. Discrecionalidad | 189 |
| 5. El reconocimiento en la CE y en la legislación estatal..... | 192 |
| 6. Inspección y Sanción. Breve estudio en conjunto de ambas potestades | 196 |
| 6.1. Vinculación e integración | 198 |
| 6.2. Inicio..... | 201 |
| 6.3. Instrucción | 203 |
| 6.4. La resolución. Las actas de inspección..... | 206 |
| 6.5. La inspección forzosa. La Ejecución forzosa de la inspección administrativa.. | 212 |
| 6.5.1. Acerca de cuándo se considera necesario recabar la autorización judicial | 215 |
| 6.5.2. La autorización como inspección previa o como resolución del procedimiento. La entrada en establecimientos públicos y la limpieza de fincas | 219 |
| 7. El estatuto del personal inspector local. El alcalde y los concejales como inspectores | 223 |
| 7.1. El inspector y la condición de autoridad | 224 |
| 7.2. Los empleados públicos a los que se reconoce la condición de autoridad. Funcionario o personal laboral | 225 |
| 7.3. El funcionario inspector en la Administración local. De carrera o interino | 229 |
| 7.4. El personal inspector en la ley de contratos. El contrato de servicios y la contratación de personal | 232 |
| 7.5. La inspección por el órgano competente para la incoación del procedimiento sancionador..... | 239 |
| 8. Apéndice | 245 |
| 8.1. Organismos independientes..... | 245 |
| 8.2. La inspección y la declaración responsable en las entidades locales | 246 |
| 8.3. La transparencia como instrumento de inspección externa | 250 |

V. EL DERECHO PUNITIVO ADMINISTRATIVO DE APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.....254

| | |
|--|------------|
| 1. Contexto: proliferación de fines administrativos y despenalización..... | 254 |
| 2. Las fuentes del derecho local | 256 |
| 2.1. La concurrencia sancionadora del legislador sectorial | 256 |
| 2.2. El sistema de fuentes de derecho local aplicado al “ <i>Ius Puniendi</i> ” | 258 |
| 2.3. La extensión del carácter bifronte | 263 |
| 2.4. La LBRL..... | 265 |
| 3. La inspección y la sanción en las materias objeto de competencia municipal. Su atribución legal y régimen procedimental..... | 271 |
| 3.1. El principio de legalidad y el ámbito competencial | 271 |
| 3.2. El reflejo en las materias locales | 274 |
| 3.2.1. Urbanismo, protección del patrimonio histórico y vivienda de protección pública | 276 |
| 3.2.2. Medio ambiente urbano | 282 |
| 3.2.3. Aguas | 290 |
| 3.2.4. Protección del patrimonio municipal..... | 295 |
| 3.2.5. Servicios Sociales | 298 |
| 3.2.6. Policía local y prevención y extinción de incendios..... | 302 |
| 3.2.7. Ordenación del tráfico | 306 |
| 3.2.8. Turismo..... | 308 |
| 3.2.9. Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante | 315 |
| 3.2.10. Salubridad pública y actividades funerarias | 317 |
| 3.2.11. Deporte | 322 |
| 3.2.12. Igualdad y violencia de género | 324 |
| 4. Conclusiones..... | 325 |

VI. LA NEUTRALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS GOBIERNOS LOCALES

.....333

| | |
|---|------------|
| 1. Las EELL como verdaderas administraciones públicas..... | 333 |
| 2. La neutralidad administrativa de la Organización local. Potestades administrativas por parte de corporativos locales..... | 337 |
| 3. La idónea e insuficiente despolitización de la Administración local..... | 352 |
| 3.1. Tribunales de selección | 352 |
| 3.2. Mesas de contratación | 357 |
| 3.3. Corporativos y funciones reservadas | 363 |
| 4. El personal directivo como elemento neutral..... | 367 |
| 5. Propuestas | 372 |

VII. LOS CONTROLES EN VÍA ADMINISTRATIVA

.....380

| | |
|---|------------|
| 1. Contexto..... | 380 |
| 2. La idea de tutela y el gobierno civil | 381 |
| 2.1. El Gobernador Civil y las EELL | 384 |
| 2.2. El Real Decreto de 10 de octubre de 1958 | 386 |
| 2.3. El Real Decreto 3117/1980 de 22 de diciembre | 390 |
| 3. De la tutela al control de legalidad. La Ley 40/1981 de 28 de octubre | 391 |

| | |
|---|------------|
| 4. El control de legalidad en la LBRL..... | 393 |
| 4.1. La inspección: remisión y ampliación de información..... | 394 |
| 4.2. Requerimiento e impugnación a la jurisdicción Contencioso Administrativa | 397 |
| 4.2.1. Legitimación..... | 398 |
| 4.2.2. Ámbito objetivo..... | 401 |
| 4.2.3. Plazo y procedimiento | 404 |
| 4.3. Suspensión..... | 410 |
| 4.4. Sustitución-subrogación | 412 |
| 4.5. Disolución..... | 418 |
| 4.6. La extinción de la presencia del Estado en las EELL. La LOFAGE..... | 420 |
| 4.7. Los funcionarios encargados del control de legalidad estatal. El servicio de inspección y asesoramiento y la sección de relaciones entre las administraciones territoriales..... | 422 |
| 5. Los controles externos por órganos independientes. El TARC y el consejo de transparencia | 424 |
| 6. Conclusiones..... | 430 |

VIII. LA AUTONOMÍA COMO LÍMITE AL CONTROL ADMINISTRATIVO

.....442

| | |
|---|------------|
| 1. La descendencia del derecho francés: el pouvoir municipal y los asuntos locales | 442 |
| 2. La garantía institucional alemana | 444 |
| 3. Centralización vs. descentralización y autonomía. La CE de 1978 | 446 |
| 4. La garantía constitucional de la autonomía local y su materialización en los tradicionales tres pilares | 450 |
| 4.1. Participación y publicidad activa como modalidad del pilar de la elección democrática..... | 450 |
| 4.2. Las materias de interés local..... | 453 |
| 4.3. Disponibilidad de los medios suficientes para satisfacer los “ <i>intereses comunes</i> ” | 458 |
| 5. El legislador básico como ordenador de la autonomía local constitucionalmente garantizada..... | 460 |
| 6. Conclusiones..... | 463 |

TERCERA PARTE.

IX. LAS CONSECUENCIAS Y LOS MEDIOS DE APLICACIÓN EN VÍA JUDICIAL.....

.....475

| | |
|---|------------|
| 1. La inacción local como consecuencia..... | 475 |
| 2. La inactividad administrativa: definición y tipos..... | 478 |
| 3. La inactividad como vicio recurrible en vía judicial. La LJCA 1956 y la LJCA 1998 | 488 |
| 4. La inactividad en la actividad de policía. Formal, material o fuera de su ámbito | 492 |
| 4.1. Formal..... | 493 |
| 4.2. Material..... | 496 |

| | |
|--|------------|
| 4.2.1. El elemento objetivo | 499 |
| 4.2.2. El elemento subjetivo | 501 |
| 4.3. Heterogénea jurisprudencia del caso concreto | 504 |
| 4.4. Cuestiones procesales | 509 |
| 5. Inactividad e igualdad. Desigualdad formal y material en el cumplimiento de la actividad de policía | 512 |
| 6. Conclusiones..... | 518 |
| | |
| X. LA APLICACIÓN DEL DERECHO POR EL HABILITADO NACIONAL .. | 530 |
| | |
| 1. El liberalismo y los orígenes del Secretario municipal..... | 530 |
| 2. La concepción del Secretario como garante de la legalidad. Las funciones reservadas, cada vez más reservadas | 539 |
| 3. Retribuciones complementarias y libre designación. El talón de Aquiles de la habilitación..... | 548 |
| 4. Otras formas de comprometer la independencia. El informe previo ante los nombramientos no definitivos | 557 |
| 5. Críticas y propuestas | 562 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 575 |
| | |
| JURISPRUDENCIA..... | 599 |

* Las sentencias que se extienden a lo largo del texto se citan al final siguiendo mayoritariamente el Identificador Europeo de Jurisprudencia. Las sentencias que a la fecha no están incluidas en base de datos con ECLI por su cronología, quedan citadas con el repositorio Aranzadi.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera hacer mención en este apartado a todas aquellas personas que han hecho posible la finalización de este pequeño trabajo a lo largo de mi andadura universitaria y profesional.

En primer lugar, a mi profesora de Derecho administrativo y directora de Tesis MERCEDES FUERTES. Su inacabada y desinteresada paciencia han combatido del modo más sabio mis perpetuos e-mails repletos de inseguridades y cuestiones que frecuentemente me atormentaban. Este trabajo hubiese sido irrealizable sin ese constante apoyo y sin la unión con mi tutor de tesis LUIS ÁNGEL BALLESTEROS.

A mi compañera de vida RAQUEL JÁÑEZ por su peculiar manera de infundirme ánimo para todo y sus continuos empujones para que acabara este proyecto, y a todo el personal de las administraciones de las que he formado parte en especial a la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN LEÓN donde tanto cambió mi perspectiva respecto a lo que al municipalismo se refiere. No puedo olvidar tampoco mis orígenes recordando mi etapa por la Maragatería AYUNTAMIENTO SANTIAGO MILLAS Y MANCOMUNIDAD MARAGATERÍA, donde aprendí a llevar a cabo casi todas las funciones posibles que pueden darse en una entidad local. (Secretario, Interventor, Tesorero, Secretario del registro civil, Delegado de la junta electoral, Secretario de una fundación pública, auxiliar, administrativo, técnico sectorial). Tampoco puedo desdeñar mi breve estancia como Vicesecretario-interventor en el AYUNTAMIENTO DE FUENLABRADA al presentarme el engranaje de un fuerte Sector Público Institucional en lo que a la prestación de servicios refiere.

ABREVIATURAS

AAPP: Administraciones Públicas.

AATC: Autos del Tribunal Constitucional.

AGE: Administración General del Estado.

APLU: Axencia de Protección da Legalidade Urbanística.

ART.: Artículo.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

BAM: Boletín del Ayuntamiento de Madrid.

BOAM: Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid.

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

BOP: Boletín Oficial Provincial.

CCAA: Comunidades Autónomas.

CCLL: Corporaciones Locales.

CE: Constitución Española.

CEAL: Carta Europea de Autonomía Local.

CEDF: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CNAL: Comisión Nacional de Administración local.

COSITAL: Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local.

COVID-19: Coronavirus 2019.

CP: Código Penal.

CYL: Comunidad Autónoma de Castilla y León.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final.

EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña.

EBEP: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

EELL: Entidades locales.

ENI: Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

ENS: Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

EPSF: Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

FALHN: Funcionario de Administración local con Habilitación de Carácter Nacional.

FEMP: Federación Española de Municipios y Provincias.

FFJJ: Fundamentos Jurídicos.

FHCN: Funcionario con Habilitación de Carácter Nacional.

FJ: Fundamento Jurídico.

HAP: Hacienda y administraciones públicas.

IGAE: Intervención General de la Administración del Estado.

INAP: Instituto Nacional de Administración Pública.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

JCA: Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

JGL: Junta de Gobierno Local.

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

LGS: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

LJCA 1998: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LJCA 1956: Ley 39/1956, de 27 de diciembre, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LMRFP: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

LMRGL: Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local.

LOEPSF: Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

LOFCSE: Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

LOPDGDD: La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LOPSC: Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

LORSERGO: Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León.

LOTIC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

LOTUSA: Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

LOUA: Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

LPC: Ley de procedimiento administrativo común apocopado.

LPCCYL: Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León.

LPGE: Ley de Presupuestos Generales del Estado.

LPHE: Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

LPSPV: Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

LRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LRLCYL: Ley 1/1998, de 4 de junio de Régimen local de Castilla y León.

LRSAL: Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

LSCM: Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid.

LTAIBG: Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. (puede aparecer como LTBG).

LTAIBG: Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

LUCYL: Ley 9/1989, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

MIG: Mancomunidad de Interés General.

OLAF: Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

PAC: Procedimiento Administrativo Común.

PGOU: Plan General de Ordenación Urbana.

RBEL: Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

RCIEL: Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

RD: Real Decreto.

RDU: Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística.

REPEPOS: Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

RGC: Reglamento General de Circulación.

RGI: Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

RGPD: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

ROF: RD 2568/1986 de 28 de noviembre que aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

RPT: Relación de puestos de trabajo.

RRJFHN: Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.

RTVE: Radio Televisión Española.

RUCYL: Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León. SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SDG: Subdelegación del Gobierno.

SGP: Secretaría General del Pleno.

SIR: Sistema de Interconexión de Registros.

SSTC: Sentencias del Tribunal Supremo.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de justicia.

TARC: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TREBEP: Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Revisión vigente desde 01 de abril de 2019.

TRLCSP: 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.

TRLPACYL: Decreto Legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León.

TRLRHL: Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

TRLS: Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

TRLSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

TROTU: Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

TRRL: Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribuna Superior de justicia.

UBOST: Unidades Básicas de Ordenación y Servicios del Territorio.

CONTEXTO

Esta tesis nace de la necesidad de saber¹. Al comenzar mi andadura profesional como Habilitado Nacional en el prolijo y enriquecedor mundo de los pequeños Ayuntamientos, surgen una serie de dudas e inquietudes que, observando, se trataba de los principales problemas estructurales a los que hacían referencia compañeros y profesionales de la Administración local, y que como joven neófito escuchaba sin que éstos llegaran a alguna conclusión salvo a la mera frustración o a maldecir las pequeñas administraciones². Esta tesis, he de confesarlo, nace de la profunda necesidad de dar respuesta a todo lo que se le escapa al Habilitado Nacional del municipio tipo, al cual se presume erróneamente como garante del cumplimiento normativo en los Ayuntamientos.

No podía continuar el ejercicio de mi carrera profesional sin antes enraizarme con antecedentes y normativa para poder dar respuesta a este laberinto. Debía analizar todos los flancos para saber por dónde se escapaba el control de la Habilitación Nacional, de tal modo que cuando pensaba cerrar una puerta, justo ésta era la que me iniciaba en una nueva laguna.

Lo cierto es que decidí no cerrar este asunto. No me conformé con eso, estaba seguro que había algo más y esa explicación debía dármela el mismo que me había traído hasta aquí, el Derecho público. Los Secretarios e Interventores municipales pasan por casi todas las fases de la actividad del Derecho administrativo incluso cuando sus actividades convergen en la instrucción de un proceso penal. Es a través de ahí y tirando del hilo, como poco a poco y con ayuda de todos los autores citados he conseguido a mi modesto juicio, sentar para una sólida base sobre la que ahora así trabajar, seguir formándome, y construir sin dudas un nuevo camino en la Administración local. Pues siguiendo a Descartes: *“Por lo que respecta a las opiniones, a las que hasta ese momento había dado mi confianza, yo no podía hacer nada mejor que iniciar de una vez la tarea de suprimirlas, para después cuando las hubiere ajustado al nivel de la razón, reemplazarlas por otras mejores o por las mismas...”*.

¹ N. ORDINE (2013), *La utilidad de lo inútil*, Barcelona: Acantilado.

² *“¿Por qué todo iba a parecer tan insoportable a menos que uno conservara una especie de recuerdo ancestral de que las cosas habían sido distintas?”*. G. ORWELL (2021), *1984*, Madrid: Debolsillo, p. 68.

Pues bien, tras idas y venidas que me paralizaban investigar por no encontrar la senda que condujera al fin del laberinto, me atreví a deducir que podía tratarse de un problema de cumplimiento a la vista de que los Habilitados Nacionales veían como sistemáticamente las afamadas “*funciones reservadas*” eran más que insuficientes para la aplicación del derecho³ administrativo en las pequeñas EELL.

Introducimos aquí el término de “*cumplimiento*” como medios que garantizan la ejecución y aplicación del derecho⁴. Las Administraciones locales más pequeñas, entendía este funcionario que estaban obligadas a cumplir las normas por cuanto ésta era la vocación de las mismas y ningún precepto dispensaba o flexibilizaba tal fin. Concebimos y tratamos el concepto de eficacia como el cumplimiento de la norma, bien directamente o bien a través de condicionantes externos como son los controles administrativos expuestos en la tesis. Ante el incumplimiento de las normas, surgen los medios de aplicación de las mismas que podemos resumir en:

- Cumplimiento: Voluntario, acatamiento de la normativa por los vecinos.
- Medios de aplicación del derecho: Ante el incumplimiento normativo que son desde los que arranca esta tesis.

Trata de buscarse una explicación jurídica a los problemas planteados ya que desde la demografía resulta inviable. La pequeña Administración local va paulatinamente perdiendo importancia por la pérdida de población, y el cumplimiento del derecho en estas entidades pasa por los mismos derroteros. La población es uno de los elementos esenciales de las EELL en cuyo problema de extinción han trabajado y trabajan transversalmente distintas políticas sin demasiado éxito⁵. Con todo, reivindicamos

³ “Así como en el desarrollo de las actividades gerenciales, lo fundamental será optimizar los resultados en términos de beneficio, en la temática propia de la aplicación del derecho, la clave es hacer en términos de justicia. Es, a partir de esa seguridad jurídica que se proporcione a la colectividad, como ella tendrá a su favor lo que algunos teóricos denominan una eficacia asignativa: la sociedad civil optimizará sus actividades si cuenta con un marco de desenvolvimiento en el que impera la justicia, si se realiza con la mira puesta en la imparcialidad y, por consiguiente, luce por encima de todo el principio de seguridad jurídica”. J. PRATS I CATALÁ (1998), “Servicio civil y gobernabilidad democrática”, *RIAP*, núm. 1, p. 21-68.

⁴ L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel.

⁵ Recordamos aquí la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, así como la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico cuyas directrices se aprobaron por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2019.

mecanismos de cumplimiento normativo para nuestras pequeñas Administraciones locales para el tiempo que perduren.

He observado como en distintas manifestaciones el cumplimiento del Derecho administrativo resta de importancia para los pequeños municipios (cuantía de las infracciones, procedimientos, figura de los FHCN, etc.). Sin embargo, la justicia no cede ni existe normativa adaptada a los mismos a salvo de ciertas medidas respecto de sus medios de aplicación que nos dejan un tanto desconcertados.

Observaba como la administración más cercana al ciudadano era concebida como el adalid de la democracia, pero se manifestaba como un desastre en el cumplimiento del Derecho administrativo. El joven Derecho público local arrastra problemas de aplicación y ha tenido que ser apoyado por otros órdenes jurisdiccionales existiendo una falta de sistematización que se agudiza tanto o más en la pequeña Administración local.

En una **PRIMERA PARTE**, y en lo que correspondería a los CAPÍTULOS I Y II, trato de analizar los medios y los órganos de aplicación del futuro Derecho público en las EELL siempre centrándome en las más pequeñas. Es lo que pudiera ser un recorrido desde la "*justicia*" al Derecho administrativo sancionador pasando por la policía y el Derecho penal.

En lo que he estructurado como **SEGUNDA PARTE**, trato de recoger los medios de los que se dotó al Derecho público de aplicación a las EELL en nuestra época, para suplir los mecanismos de la tradicional Policía y justicia. Es así como intento explicar para a la postre intentar solucionar, las siguientes disfunciones: la aplicación del procedimiento sancionador en las EELL, la potestad-atribución inspectora, el vacío de la legislación autonómica, la falta de neutralidad administrativa de las pequeñas administraciones en lo que he denominado como politización (que no obedece sino a los intereses partidistas que subyacen en las pequeñas EELL), y la indisposición de los controles administrativos superiores. Por último, analizo el concepto de autonomía local como vector de doble filo y que no en pocas ocasiones ha hecho flaco favor a los municipios para los que va dirigido este trabajo.

En una **TERCERA PARTE**, propongo argumentar el control ejercido por el Habilitado Nacional. Todos ellos ocupan un Capítulo propio en el trabajo. Además, para prueba de

este vacío dedico un Capítulo a lo que considero la principal consecuencia jurídica, la inactividad en los pequeños municipios.

Pienso que con la instauración de CE hay una falsa creencia de que todo control de legalidad sobre las EELL es absolutista, dictatorial y rompe la autonomía, algo absurdo para las pequeñas EELL donde incluso los alcaldes agradecerían no tener que ser ellos los que reprendieran al ciudadano.

Cabe contextualizar la volatilidad actual del derecho en una situación en la que lo que diga la normativa no es tan relevante sino como lo que digan de ella jueces, autores, doctrina o incluso notas explicativas de oficinas administrativas creadas con posterioridad a la regulación de la norma.

Las EELL a las que va dirigida la tesis.

Nuestro trabajo va dirigido al grueso de las EELL y estas son las pequeñas municipalidades. España cuenta con un gran número de pequeñas poblaciones⁶. El 47% tiene menos de 500 habitantes, 44% tiene entre 500 y 10.000 habitantes, el 8% tiene entre 10.000 y 100.000 habitantes, y ciento cuarenta y cinco municipios tienen más de 50.000 habitantes. Sin embargo, la distribución de la población no es armónica a la planta municipal. De los 8124 municipios con los que cuenta España que suman 46,7 millones de habitantes, podemos realizar el siguiente desglose: Seis municipios de más de 500.000 habitantes que agrupan el 16% de la población (7,6 millones), sesenta y tres municipios que superan los 100.000 habitantes agrupando el 40% de la población (18,7 millones), ciento cuarenta y cinco municipios superan los 50.000 habitantes incluyendo el 53% de la población (24,6 millones). A uno de enero 2020 constan 8131 municipios con una población inscrita 47.450.795.

En concreto en la provincia de León⁷ sólo existen tres municipios de más de 20.000 habitantes, nueve entre 5.000 y 20.000 y 199 de población inferior a los 5000 habitantes.

Examinados los datos expuestos, los municipios inferiores a los 5000 habitantes a los que parece hacer referencia el proyecto del Estatuto Básico de los Pequeños Municipios como

⁶ Cifras oficiales INE 2020.

⁷ R. FARIÑAS (23 de abril de 2021), “La radiografía del 'León vaciado': once pueblos ya no tienen vecinos y en siete sólo vive una persona”, *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/radiografia-leon-vaciado-pueblos-habitantes-despoblacion-crisis-demografica-provincia-20210421113808-nt.html>. ICAL (14 de junio de 2021), “La Junta de Castilla y León suprime dos entidades locales menores de León por

ámbito subjetivo de su título, parece un traje bastante holgado para la media poblacional de los Ayuntamientos.

«carecer de población»», *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/junta-suprime-entidades-20210614085748-nt.html>. M. RABANILLO (26 de octubre de 2021), “Esteve asegura que la despoblación en los pequeños municipios es «inevitable»”, *diariodeleon.es*, <https://www.diariodeleon.es/articulo/provincia/esteve-asegura-que-despoblacion-pequenos-municipios-es-inevitable-deberian-aplicarse-politicas-activas-generacion-empleo-atraer-jovenes/202110261349522158011.html>

I. ORÍGENES DEL DERECHO MUNICIPAL Y DE LOS MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO.

1. FUENTE DEL DERECHO Y NORMATIVA. EL FUERO.

El municipio medieval rompe a todos los efectos con el municipio romano, jugando el derecho un papel clave en este desarrollo⁸. Es en este contexto donde nace el fuero precedido de la carta puebla, costumbre o privilegio, pero manteniendo su mismo espíritu. Su otorgamiento procedía generalmente del Rey o Señor y se trataba de un conjunto de preceptos que regulaban y ordenaban la vida local. Sin embargo, estos fueros además de regular la convivencia y el orden de la ciudad (anacrónicamente traspuestas al actual “*Derecho público*”), se encargaban de la concreción y ordenación de ciertas relaciones de “*Derecho privado*”, tales como el matrimonio o la propiedad privada⁹.

⁸ En los tiempos en los que la península quedaba sujeta al Imperio Romano, las magistraturas gobernaban y regían las aldeas. Eran cónsules procónsules y presidentes nombrados por el Senado desde Roma, los que ostentaban toda jurisdicción y potestad. Sin apenas una impronta visigótica a lo que el municipalismo refiere, posteriormente en la reconquista: “*La población se asienta en los diversos territorios que se van conquistando al islam según fórmulas diferenciadas de unos a otros: en unos casos, cuyo gobierno se confía Concejos o asambleas (tal, el espacio geográfico comprendido entre el Duero y el Sistema Central); de una forma análoga se opera en Aragón, donde, sobre la base del Fuero de Sepúlveda, se repueblan núcleos importantes (Calatayud, Daroca, Alcañiz); otras veces la técnica es la del repartimiento, que se generaliza en el siglo XIII y que consiste en la partición y entrega de lotes a quienes han tomado parte en la conquista, como ocurre en el Valle de del Ebro; la entrega de amplios territorios a las Órdenes Militares fue, en fin, la tónica dominante en los cursos alto y medio de los ríos Turia y Guadiana*”. F. SOSA WAGNER (1997), *Manual de derecho local*, Navarra: Aranzadi, p. 199.

⁹ Sobre la distinción entre Derecho público y Derecho privado nos viene al recuerdo la famosa frase latina atribuida a Ulpiano de “*Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*” (es Derecho público el que se refiere al estado de la cosa pública, privado el que atañe a la utilidad de los particulares, pues hay cuestiones de interés público y otras de interés privado). La base de esta distinción es, pues, la utilidad. El hombre interviene en las relaciones jurídicas, bien como ciudadano o miembro de la comunidad políticamente organizada, bien como simple individuo, y de ahí que las normas jurídicas sean unas de interés general y otras de interés particular o privado sobre la distinción entre Derecho público y Derecho privado partiendo del concepto de potestad nos acordamos de la cita de EDUARDO GAMERO: “*El hecho distintivo entre la potestad pública y la privada es que la pública se reconoce en beneficio del interés general y la privada, en beneficio de un interés particular*”. E. GAMERO CASADO (2021), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 66. *Ibidem*, p. 233. R. NAVARRO GONZÁLEZ (2021), “La atribución de las potestades administrativas”, en: E. GAMERO CASADO, *La potestad administrativa..., op.cit.*, sobre el ejercicio de potestades administrativas como criterio de sometimiento al Derecho administrativo.

Era por tanto el fuero la norma que regía a todos los efectos en la vida municipal¹⁰ y la que sería de aplicación por los tribunales como conjunto de ordenamientos jurídicos aglutinados en un mismo texto¹¹. Se trataba así de una compilación normativa que devenía de algún privilegio concedido “*ex ante*” por el noble o monarca al municipio, formando parte del verdadero ordenamiento jurídico y garantizado y custodiado por los tribunales¹².

Reseñables entre otros no menos importantes son el Fuero de Toledo¹³ (1087) tras la conquista de Alfonso VI, el Fuero de Navarra (1238) y los Fueros de Valencia (1261). Todo ello sin perder de vista el afamado Fuero de León dictado por Alfonso V en el año 1017 en la primitiva catedral, donde tras 20 primeros artículos de aplicación a todo el reino, se extienden 28 más de exclusivo ámbito subjetivo para la ciudad de León. Es de este modo como se distingue “*El Fuero del Reino del Fuero de la Ciudad*”, al parecer de otra época según cotejo del Fuero leonés, con los de los lugares que recibieron este texto como modelo normativo. Este hecho permitió deducir a García-Gallo en 1969 que había habido al menos cinco refundiciones de este fuero entre los siglos XI y XII¹⁴.

¹⁰ SOSA WAGNER distingue el señorío medieval como la extensión de la organización de la España visigótica, del incipiente municipio sometido a la “*honor regia*” como el organismo político administrativo de la ciudad o villa, apoyándose para su confirmación en la exposición de motivos de la LBRL. F. SOSA WAGNER (1997), *Manual de derecho local, op.cit.*, p. 20 y ss.

¹¹ Como indica J. LALINDE ABADÍA: “*Fuero es, en consecuencia, el ordenamiento que el Poder judicial reconoce como específico de cada una de las comunidades locales que componen el reino, el condado o el señorío. El reconocimiento o concesión, y, en su caso, la ratificación o confirmación forma parte del orden jurídico territorial, y aunque, a veces, adopte la forma de pacto, normalmente, es una concesión unilateral, con carácter de privilegio*”. J. LALINDE ABADÍA (1978), *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona: Ariel, p. 23.

¹² “*En la Alta Edad Media, en donde el sentido de comunidad nacional aún no ha cobrado lazos profundos, cada núcleo local aparece dotado con un Derecho propio, Derecho totalizador que comprende aspectos políticos, penales, procesales, civiles, administrativos...; y, por tanto, la calificación desde el punto de vista jurídico, como período de «dispersión normativa», conviene plenamente a la época*”. A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 42. *Ibidem*, p. 44. “*El ordenamiento general aparece, así como un conjunto de fueros locales, cuya vigencia descansa en el consentimiento común de los componentes de las comunidades, potenciado por el reconocimiento del titular del Poder judicial*”.

¹³ M. A. CHAMOCHO CANTUDO (2017), *Los fueros del reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p 7-11.

¹⁴ “*De esta forma, el llamado Fuero de León, es decir, los preceptos locales que figuran a continuación de los generales o Decreta, se conoce únicamente por la copia del Liber testamtarum ovetense, de donde procede inmediata o mediatamente la rica transmisión manuscrita de su redacción*”. M. CORONAS GONZÁLEZ (2018), *Fueros Locales del Reino de León (910-1230): Antología*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 36. GARCÍA DE VALDEAVELLAN, L. (1982), *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad media*, Madrid. Alianza Editorial.

De estos “*decreta de adefonsi regis*” en su extensión a lo que fuera el reino (León, Galicia, Asturias y Castilla) destacan entre otros la regulación del matrimonio protegiendo a la mujer y a sus bienes, la obligación de pagar impuestos al monarca o el tradicional llamamiento a la guerra.

Por lo que refiere al fuero de la ciudad y abarcando su extensión al alfoz de León destaca la mención de la “*paz de mercado*” los miércoles, imponiéndose sanciones a los que la violaran¹⁵, así como la aplicación de ciertas conductas que pese a carecer de la condición de delito parecen intuir las primeras contravenciones administrativas.

Van a ser el fuero primero y la ordenanza después, las fuentes del derecho del municipio pleno y bajo medieval que van a acompañarle a lo largo de sus tensiones centralizadoras y descentralizadoras sometidas por parte del poder regio. Sin embargo, siendo los mecanismos existentes para el cumplimiento y garantía del derecho municipal el objeto principal de nuestro texto, abordaremos la normativa aplicable como papel secundario a los medios de aplicación que es el objeto real de estudio, llevándonos por tanto lo primero a lo segundo.

¹⁵ “*Quien el día de predicho mercado, desde la mañana hasta la tarde, prendase a alguien que no fuera deudor o fiador suyo, y estos fuera del mercado, pague sesenta sueldos al sayón del Rey y el doble de la prenda a quien prendó; y si el sayón o el merino hicieran prenda en ese día o por fuerza quitaran algo a alguien, el Concejo flagélelos como está escrito antes con cien azotes y pague al Concejo cinco sueldos; y nadie sea osado en ese día a contradecir al sayón el derecho que al Rey pertenece*”. “*Quien perturbara el mercado público que de antiguo se celebra los miércoles con armas desnudas, esto es, espadas y lanzas, pague sesenta sueldos de la moneda de la urbe al sayón del Rey*”. M. CORONAS GONZÁLEZ (2018), *Fueros Locales del Reino de León...*, op.cit, p. 83. “*La paz se respetaba, en principio, ante los temores de quedar apartado, repudiado. Pero, es más, se imprime un mayor carácter, una mayor fuerza y eficacia a esas declaraciones porque en las asambleas que se celebran se presentan los señores feudales. La asistencia de estos señores, que permite trenzar relaciones entre la Iglesia y el poder civil, constituyó una de las principales causas del fortalecimiento de régimen feudal. Paz para los monasterios, paz para las iglesias y su entorno, los sacraría, paz para quienes se acercan a lugares de culto, paz para los peregrinos y, también, paz para las ferias y mercados...Y para conseguir llegar en paz, que se desarrollara el comercio y que se nutrieran las arcas feudales, surge la paz del camino. Porque es en el camino donde se necesita más sosiego, seguridad y paz*”. R. GILBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA (1957-1958), “La paz del camino en el derecho medieval español”, *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 27-28, p. 831 y ss. Nos llama la atención la semejanza en la redacción de los fueros con los vetustos códigos mesopotámicos. Se establecen un elenco de materias jurídicas (matrimonio, propiedad privada, agricultura) y se reserva la pena en el propio precepto de la norma como génesis de las actuales leyes penales. Con todo, el primigenio Código de Hammurabi tuvo vigencia en toda Mesopotamia durante la primera mitad del segundo milenio a. de Cristo. Sobre la especialidad del derecho local, el autor: “*Debiendo deducir que sí la tendría con mayor o menor intensidad en las principales ciudades del Imperio, adonde se habían enviado estelas con las leyes. Es muy poco probable que sus normas hubiesen llegado a sustituir en todas partes al derecho local, muy variado en razón de los componentes raciales y culturales del imperio*”. F. LARA PEINADO (2008), *Código de Hammurabi*, Madrid: Tecnos, p. 34.

2. EL ENTRAMADO DE LA JUSTICIA MEDIEVAL. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN.

El cumplimiento normativo, el mecanismo represivo o la institución que velaba por el acatamiento del orden público y la paz era la “*justicia*”. Un concepto de justicia mucho más abstracto del que conocemos ahora cuya misión iba desde resolver pleitos, reprimir y castigar conductas delictivas o reinstaurar la paz y sosiegos civiles. Su actuación estaba orientada a respetar, preservar y restablecer un orden determinado en todos sus niveles (social, económico, jurídico, político o ideológico) y donde la presencia de la Iglesia jugaba un papel fundamental¹⁶.

La actuación de la justicia quedaba legitimada por el deber y obligación que le competían para el mantenimiento de la paz y la garantía del provecho común así como el castigo de las infracciones, parangonando con cierta osadía al armazón que en la Edad Media garantizaba el cumplimiento de fueros y ordenanzas con el actual “*Poder Judicial*”.

La ausencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos fue poco a poco generalizando la idea de que todo delito generaba una triple ofensa: La que surgía contra el individuo o individuos ofendidos, la que implicaba un daño contra el orden de la comunidad en su conjunto, y la que afectaba al poder público que la defendía, la representaba y, era, en definitiva, el creador de la ley que había sido quebrantada. El delito suponía, en consecuencia, una triple agresión: una individual, la realizada contra la víctima inmediata; otra de carácter social, la que se dirigía contra el interés de la colectividad; y una tercera de índole política, la que se generaba contra el mismo poder.

2.1. CONCEJOS.

La descentralización territorial y judicial de esta época debemos conjugarla con la fragmentación de los señoríos y la creación de escalas de poderes absolutamente tasados bajo el poder regio en los estamentos de nobleza y clero¹⁷.

¹⁶ C. ESTEPA DÍEZ (2011), *Poder real y sociedad*, León: Universidad de León, p. 23-28.

¹⁷ J. A. BONACHÍA HERNANDO (1998), “La justicia en los municipios Castellanos Bajomedievales”, *Edad Media: revista de historia*, núm. 1, p. 145-182.

En este contexto nacen los concejos como una parte de la vertebración de la justicia ligada al municipio y que desciende del poder regio sin que esa transferencia se produzca en toda su extensión¹⁸. La creación de la figura de los concejos podemos delimitarla entorno a los siglos XI a XIII (plena Edad Media y auge del municipalismo). Además de su demarcación e instauración de los límites geográficos y territoriales, el propio personal de gobierno municipal¹⁹ se va a incorporar de hecho y derecho a los concejos para el ejercicio de la justicia.

La obra coordinada por MARÍA CORONAS, nos adelanta a decir en el Fuero de León, que serán los concejos en primera instancia para la ulterior instancia real, los órganos encargados de emprender acciones inmediatas hacia su custodia²⁰.

Sin embargo, a pesar de la línea evolutiva, encontramos ya un problema de base que vemos que perdura hasta el actual poder punitivo de las EELL y que no es otro que la falta de homogeneidad de las mismas a la que el legislador harta veces ha dotado de un

¹⁸ *Ibidem*, p. 150. “Existe un principio de justicia retenida en el Rey. Sobre el poder concejil se superpone siempre la jurisdicción regia superior. Hay una justicia del Rey traspasada y otra no; unos «pleitos foreros» y unos «pleitos del Rey»; unos oficiales de la administración judicial transferidos y otros no. Los Concejos se sitúan de ese modo en una posición intermedia en el conjunto de relaciones de poder de la época. Obviamente, la Administración de justicia concejil también ocupa un eslabón intermedio en el conjunto del sistema judicial de la Corona. Son casos de la corte por lo respectivo a la criminal, muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, ladrón conocido, robo o fuerza manifiestan, levantamiento, alevé, rapto o desafío, hombre encartado, falsear sello real o menda, prender y tomar bienes de autoridad propia, receptar malhechores o deudores en castillo, fortaleza o casa fuerte”. L. SANTAYANA BUSTILLO, F. TOMÁS Y VALIENTE (1979), *Gobierno político de los pueblos de España*, y *Corregidor, alcalde y Juez en ellos*, Madrid: IEAL, p.154. *Ibidem*, p. 140-145. Observamos aquí ya una cuestión distinguida en la tesis. Ciertos casos de la Corte y diferencias de jurisdicción entre alcaldes mayores y alcaldes ordinarios vienen dadas por la cuantía de la pena. “Es de los Corregidores toda la jurisdicción civil, a excepción de aquellos que, o la tienen propia, por ser villas eximidas, o son de señor temporal, a quien esté concedida; y sólo pueden los alcaldes ordinarios de las aldeas sujetas a la cabeza de partido entender en causas civiles hasta en cantidad de 600 maravedís...”.

¹⁹ Se trata de una de las ideas que invocamos a lo largo del trabajo. La presencia del personal político del ámbito local en los medios de aplicación del derecho. Desarrollada de manera profusa en el Capítulo VI. “Todo esto ocurría en el territorio de la «honor regia» pues los de dominio señorial cuyo número siguió creciendo por razones fiscales, disponían de su propia organización probablemente mimética respecto del territorio de realengo, pero que es difícil conocer en su detalle, pues la variedad es enorme dentro de cada reino y entre los distintos reinos al ser ejercido el régimen señorial con más dureza en la Corona de Aragón que en la de Castilla”. F. SOSA.WAGNER (2001), *Manual de derecho local*, op.cit., p. 23.

²⁰ “Ese carácter a la vez real y concejil, con normas procedentes de uno y otro principio fundamental (privilegios reales, acuerdos concejiles, sentencias judiciales), con acusada nota común usual y consuetudinaria, hizo del fuero un orden complejo que se refleja en el propio texto, a veces confuso”. M. CORONAS GONZÁLEZ (2018), *Fueros Locales del Reino de León...*, op.cit, p. 177. Falta de uniformidad tanto en lo que se refiere a los medios personales de actuación como a los niveles de las funciones desarrolladas. “Las entidades concejiles se han formado y evolucionado de formas diversas, sus capacidades de autogobierno se han desarrollado con una gradación distinta y, la incidencia sobre ellas del poder superior, regio o señorial, tampoco es equivalente”. J. A. BONACHÍA HERNANDO (1998), *La justicia en los municipios...*, op.cit, p. 164.

carácter homogéneo²¹. Ergo, a diferencia de la situación actual, por aquel entonces se trató de manera diferente a los municipios desemejantes sin querer decir que esto fuera equitativo, pero no sólo se formaron normativas diferentes en base a las peculiaridades municipales, sino que también los concejos se adaptaron a las distintas villas de la época²².

A riesgo de haber arengado una defensa del sistema, se trataba de un medio parcial e injusto que respaldaba jurídicamente una división social del poder muy concreta del que provenía el nombramiento de la mayoría de los cargos. Es por ello que cualquier agresión contra los mismos, implicaba un ataque contra una determinada organización de las relaciones de poder y de ahí la impunidad del alcalde a salvo de delitos. El alcalde ejercía a nuestro modo de entender una triple función Política-Administrativa- Judicial²³.

La transferencia del ejercicio político y judicial es un ejercicio de descentralización o desconcentración del poder regio y de los señores hacia nuevos centros de poder, de tal modo que la función judicial será ejercida por oficiales propios (jueces o alcaldes) sobre el espacio y los habitantes de la ciudad o villa y del territorio aldeano dependiente. El

²¹ L. VANDELLI (2006), *alcaldes y Mitos. Sísifo, Tántalo Y Damocles en la Administración local*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 19 -21. Parangonando al alcalde con el síndico italiano y alentando su potenciación en el ámbito político y no así en el administrativo, propone combatir la uniformidad que ha dominado la Europa continental sustituida cada vez con mayor insistencia por la búsqueda de equilibrios entre la esencial unidad del sistema de derechos y la variedad de los instrumentos para conseguirla.

²² “En Castilla, los pequeños municipios se regían en un primer momento mediante un verdadero sistema democrático, al participar en el «concilium» todos sus habitantes, sin más requisito que el de ser vecino. Esta asamblea vecinal o consejo actuaba de modo consuetudinario en todas aquellas actividades que tuvieran un interés común, como los aprovechamientos de los pastos y los montes”. M. FUERTES LÓPEZ (1994), *Memoria presentación de la oposición a Cátedra de Escuela Universitaria*.

²³ “El municipio alto-medieval tomó como forma de gobierno un sistema que en terminología actual podría calificarse como «democracia directa», el Concejo abierto. Todos los vecinos participaban en el gobierno de la ciudad, y en el fuero de León citado anteriormente contemplamos un buen ejemplo de ello. Sin embargo, el sistema pronto se degradó por el acceso al poder de la ciudad de las clases dominantes en ella. Sólo los poseedores de ciertos bienes inmuebles tenían derecho a ocupar los cargos concejiles, de tal forma que el antiguo sistema de democracia directa se transformó en el gobierno de unos pocos, en una oligarquía. Tal acontecimiento tuvo lugar a finales del siglo XII y comienzos del XIII. Resulta, por tanto, que las afirmaciones de plena autonomía concejil que habíamos encontrado al examinar las competencias desde el punto de vista de los fueros y ordenanzas, deben ser matizadas. Cuando el sistema electoral degenera no se puede hablar de autonomía municipal, como corporación, sino como autonomía o libertad de los notables que están al frente de los municipios”. A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p. 56.

ordenamiento jurídico aplicable a estas demarcaciones jurídico-político administrativas no era otro que el fuero²⁴ y la incipiente regulación de la ordenanza.

2.2. CORREGIDORES Y REGIMIENTOS.

La situación parece dar un quiebro a partir del S XIII con el reinado de Alfonso X en lo que la historiografía ha definido como dinámica centralizadora de la Monarquía o tendencia a la implantación de sistemas políticos y jurídicos unificadores frente al particularismo concejil. El culmen de la recentralización es considerado el Orden de Alcalá de 1348 (Alfonso XI) pero se trataba de un largo proceso de centralización iniciado por los Reyes Castellanos cuyo impulsor fue Alfonso X²⁵.

A tenor de lo mencionado por BENJAMÍN GONZÁLEZ²⁶ estas políticas recentralizadoras se coligen en la adjudicación al monarca de la suprema facultad de legislar, la reivindicación del ejercicio efectivo de su potestad²⁷ jurisdiccional, y la puesta en marcha de un aparato institucional a su servicio²⁸. No es menos cierto que la fuerte oposición a esta idea de unidad de justicia hace que no lleguen a consumarse todos los objetivos pretendidos por la monarquía confirmando en buena parte del territorio los

²⁴ M. RODRÍGUEZ GIL (1990), “Notas para una teoría general de la vertebración jurídica de los Concejos en la Alta Edad Media”, en: *Concejos y ciudades en la Edad Media Hispánica: II congreso de estudios medievales*, Madrid: Fundación Sánchez Albornoz, p. 321-345. J. M. MONSALVO ANTON (1990), “La sociedad política en los Concejos castellanos de la Meseta durante la época del regimiento medieval. La distribución social del poder”, en: *Concejos y ciudades en la Edad Media...*, *op.cit.*, p. 357-413.

²⁵ Pese a que el fuero permanece vigente como norma de aplicación, para arreglar el estado de inseguridad jurídica causado por el distinto uso en las villas y ciudades, dispone que los fueros locales se sigan manteniendo sometidos a la potestad del monarca de enmendarlos y mejorarlos, y siempre y cuando sus preceptos no vayan contra Dios, contra la razón o contra «*las leyes que en este nuestro libro se contienen*». Por tanto, el Derecho que se plantea como directamente aplicable es el Ordenamiento de Alcalá. Posteriormente con las Cortes de Toro del año 1505 se reafirma que las normas locales no deberán contrariar en ningún caso los ordenamientos y pragmáticas reales sucumbiendo de manera indubitada la normativa local al poder regio.

²⁶ B. GONZÁLEZ ALONSO (1988), “Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla Bajomedieval (1252-1474)”, en: *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Burgos, Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León, Burgos, 30 de septiembre a 3 de octubre de 1986*, España: Cortes de Castilla y León.

²⁷ E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.* Sobre los orígenes de este concepto y previo al Estado de derecho son interesantes las líneas del primer capítulo de Gamero donde recordando sus orígenes romanos en el poder político a través de los conceptos “*auctoritas, potestas e imperium*”.

²⁸ F. LOPE DE VEGA (2005), *El mejor alcalde, el Rey*, Madrid: Cátedra.

tradicionales fueros; aún con todo, el sistema local queda lacerado, abriéndose así el camino para posteriores medidas reformadoras.

La autonomía judicial de los concejos va perdiendo peso con la presencia de agentes regios en los municipios que afectaba poderosamente a la administración de justicia, al pretender enviar alcaldes del Rey a las ciudades y sustituir los jueces foreros por jueces de salario y jueces “*de fuera*” y otras medidas que atentaban contra la autonomía judicial de los concejos. Desde el Siglo XIII hasta el Siglo XV comienza la presencia de los alcaldes del Rey que van poco a poco a desplazar a los alcaldes foreros, o en el mejor de los casos, a coexistir con ellos culminando en el Corregidor como el máximo escalafón judicial en pueblos y villas²⁹.

Surge así el regimiento como una parte importante y fundamental en la Asamblea³⁰ para la toma de decisiones de la villa con la presencia de alcaldes y jueces en cantidad variable³¹. El regimiento pasa a tener la máxima intervención en las decisiones del concejo y las de mayor importancia, asumiendo también la función de elección de oficiales para el concejo, cargo asumido hasta el momento de manera íntegra por el “*Ayuntamiento- Asamblea*”.

²⁹ “*Los alcaldes reales reciben las más variadas denominaciones. Así, han sido llamados alcaldes veedores, alcaldes pesquisidores, de salario, etc., no encontrándose las más de las veces unos criterios claros de diferenciación lo que hace pensar que tal vez no existían. Ello parece lógico y congruente con la tosquedad de los instrumentos jurídicos vigentes a la sazón, a los que no se puede pedir una claridad y reflexión conceptuales impropias del momento. Parece ser que lo único claro era que se trataba de jueces enviados por el Rey a los Concejos con mayor o menor asiduidad y permanencia que poco a poco van desapareciendo a medida que se va generalizando la institución de los Corregidores*”. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), “El alcalde en la Administración Española”, *Instituto García Oviedo*, Universidad de Sevilla: Secretariado de Publicaciones, p. 12.

³⁰ “*La sustitución no se produce en forma simultánea, sino paulatinamente. En Castilla, mediado el siglo XIV, Alfonso XI da un impulso activo a la intervención regia en la Administración local. En Burgos, en 1345, manda constituir una Junta de hombres buenos. que, junto al alcalde, merino y escribano asumen las funciones de la Asamblea. El Rey los nombra regidores y ellos designan los oficios. En Segovia se instituye en 1345 y en Madrid. en 1346. La Cédula de nombramiento del primer Regimiento de Madrid expone las causas y nombra los doce miembros. En Salamanca ya funciona en 1396. En Castilla y León, la instauración del Regimiento es posterior al de las ciudades andaluzas, sin tradición en cuanto al Concejo abierto; en las ciudades andaluzas funciona ya en el siglo XII. La incidencia en los Concejos comuneros es lógicamente más fuerte...*”. E. CORRAL GARCÍA (1983), “EL Concejo Castellano estructura y organización”, *Boletín de la Institución Fernán González*, núm. 201, p. 321-338.

³¹ No olvidemos la etimología del término. La palabra “*alcalde*” viene del árabe al-qadi, (el juez). “*Qadi*” viene del verbo qada, o sea “*juzgar*”. Sobre la complejidad de definir la figura del alcalde y la identificación de la justicia con el poder político”. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, *op.cit.*, p. 8 y 9.

Ha sido complicado para la mayoría de los autores delimitar la exacta composición de la “*corporación municipal*”³² durante la media y baja Edad Media habida cuenta de la ausencia de distinción entre unas funciones políticas, jurídicas y administrativas. Sin embargo, parafraseando a MANUEL COLMEIRO³³ el Concejo-regimiento estaría formado por cierto número de alcaldes y jueces (foreros y mayores), los regidores (caballeros y pecheros), el procurador, el alguacil y culminando con posterioridad la figura del Corregidor.

Poco a poco la ordenanza va sustituyendo al fuero³⁴, y la mayoría de cargos u oficios que tienen que ver con la justicia son designados por el poder central. Inclusive el Secretario del Concejo que con el atrevido cotejo al Secretario municipal³⁵, es designado por el Rey³⁶.

A lo largo del S. XV el Corregidor se generaliza como suprema autoridad del gobierno y justicia local. Sus facultades eran amplias, desde la perspectiva estrictamente judicial, a la suspensión automática de funciones de los alcaldes locales. Absorbía y ampliaba las competencias de justicia de las autoridades concejiles siendo ayudado en su labor por los alcaldes (designados por él) y otros cargos auxiliares a su servicio. Además, presidía las reuniones del Ayuntamiento con capacidades gubernativas y militares.

³² Esto es así por la amalgama de funciones incluida en los Concejos y asambleas municipales. “*El número de las personas que lo forman, según la diversidad de los pueblos, es diverso. En los de Castilla y ciudades principales de ella, a más del Corregidor, regidores y síndico procurador y escribanos asisten a los Ayuntamientos y lo forman los sexmeros y procurador. En los pueblos cortos y Corona de Aragón, sólo se compone de la justicia, regidores, síndico general y escribano...*”. L. SANTAYANA BUSTILLO (1979), *Gobierno político de los pueblos de España...*, op.cit., p. 8.

³³ M. COLMEIRO Y PENIDO (1873), *Curso de Derecho público según la historia de Castilla y León*, Madrid: Imprenta de Fermín Martínez García, p. 473.

³⁴ Los regidores son nombrados en Burgos directamente por el Rey o previa presentación del Concejo. Han de ser vecinos y el cargo es retribuido. Ordenanzas de la Villa de Cuéllar recopiladas en 1546 e impresas en Valladolid. año 1547. “*Las ordenanzas de 1546, de Cuéllar, en el artículo o ley primera dispone «para esto ordenamos que cada viernes de cada semana los regidores y procuradores de los hijosdalgo y los dos regidores de los pecheros y el mayordomo y procurador de esta Villa y los procuradores de la Tierra y los dos escribanos del Regimiento vengan y estén en el Regimiento de esta Villa*”. E. CORRAL GARCÍA (1979), “Organización y funcionamiento de los grandes Concejos castellanos”, *Revista De Estudios De La Administración local Y Autonómica*, núm. 204, p. 655.

³⁵ Respecto a los orígenes y evolución del Secretario municipal es un aspecto que se tratará en Capítulo X.

³⁶ Pese a que algunos Concejos tuvieron el privilegio de nombrarlos, en Burgos era nombrados por el Rey a propuesta del Concejo. Una disposición Alfonsina de 1345 nombra un Escribano mayor y 37 Escribanos más para la ciudad. R. GILBERT (1964), *El antiguo consejo de Castilla*, Lérida: Rialp.

Todo este fuerte intervencionismo real en la figura del Corregidor no sólo descontenta al pueblo, sino también a las clases acomodadas locales que por su condición social aspiraban siempre a los deseables oficios de alcaldes produciendo la pérdida de control de las minorías poderosas sobre sus zonas. (Es lo que antes mencionábamos como la desviación del autoritarismo de las clases nobles del pueblo, al autoritarismo del poder real)³⁷. Esta figura del Corregidor viene complementada en la misma línea centralizadora por el nombramiento de alcaldes Mayores, también dotados de competencias de justicia y designados por el Corregidor³⁸.

2.3. ALCALDES MAYORES Y FOREROS.

Salvando ya la compleja cuestión precitada de delimitar de una manera nítida las funciones judiciales de las restantes de ámbito municipal³⁹; fueron los alcaldes foreros junto con los mayores y los jueces de salario, el principal cuerpo de oficiales de justicia de esta época del medievo⁴⁰.

Con el resurgimiento de la vida local y antes de la recentralización, (regidores, Corregidores y otros oficiales nombrados directamente por el poder regio) la actividad jurisdiccional era ejercida directamente en primera instancia por los alcaldes foreros u ordinarios. Los municipios, aunque con un claro carácter autoritario y poco participativo,

³⁷ “La institución del Corregidor aparecida en el siglo XIV y difundida ocasionalmente por las ciudades castellanas se generaliza a partir de las Cortes de Toledo de 1480. El acontecimiento se incardina dentro del cuadro general de actuaciones que los Reyes Católicos llevan a cabo y que más tarde explicitaremos, siendo calificada por algún autor como «la más efectiva de todas las medidas tomadas por Fernando e Isabel para extender el poder real a las municipalidades castellanas. A la generalización de la institución sigue la descripción minuciosa de sus deberes en el capítulo para Corregidores de 1500, en donde se detallan las atribuciones de los Corregidores conteniéndose referencias a las Ordenanzas municipales que habrán de ser estudiadas en su momento. Los capítulos de 1500 nos informan sobre las premisas en las que se basa la función del Corregidor ya desde su comienzo, poniendo por encima de los intereses de las ciudades los de la Monarquía”. A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p. 161.

³⁸ “En esta época los alcaldes locales actuaban como jueces ordinarios de los pleitos civiles y criminales acaecidos en la ciudad o villa y dentro de su jurisdicción designados desde instancias concejiles según diversas modalidades y formas de elección”. J. M. MONSALVO ANTON (1990), *La sociedad política en los Concejos...*, op.cit., p. 371-373.

³⁹ Sobre las funciones administrativas de los alcaldes de la época y mostrando la función de inspector administrativo conviene mencionar en el texto de MORILLO las siguientes líneas: “Además de la función estrictamente judicial a estos alcaldes les están encomendadas una serie de competencias de carácter administrativo, que más adelante van a verse reflejadas en las de los alcaldes de la legislación constitucional. Me refiero a funciones tales como policía de abastos en la Corte, visitas a los presos, visitas a las posadas y demás lugares públicos, rondas nocturnas, etc”. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 15.

⁴⁰ Sin olvidar que el origen del alcalde fue relevar al magistrado romano como un sinónimo de Gobernador.

poseían capacidad según sus fueros para nombrar a aquellas personas que ejercerían funciones políticas y jurisdiccionales⁴¹.

El alcalde forero realizaba un papel jurisdiccional y responsable de orden público. No sólo participaba en pleitos de escasa relevancia, sino que llegaron a juzgar causas penales sancionadas con la pena de muerte⁴².

Por lo que atañe al nombramiento de estos cargos, un primer momento previo a la inclusión del poder real en los concejos, el poder local, (entonces autogobierno o autarquía), quedaba legitimado por los fueros municipales para el nombramiento a determinados vecinos de las villas a la designación de la persona destinada a ejercer la potestad jurisdiccional, independientemente de su formación jurídica. La atribución de competencias no fue plena, dicho está, siempre reservado al poder regio los denominados “*casos de la corte*”.

Es cierto que con la centralización se inicia una dinámica de sustitución de los alcaldes foreros por funcionarios dependientes directamente del Rey que acabará con la figura de los Corregidores, pero el alcalde forero desempeñó un papel clave en el mantenimiento del orden público⁴³. Esto es, de todas las fuentes consultadas podemos deducir que el Corregidor en toda la península nunca llegó a suplir al alcalde, y hubo diversos

⁴¹ J. RUIZ CERDÁ (1970), “Hombres buenos, jurados y regidores en los municipios castellanos de la Baja Edad Media”, en: *Actas del Symposium de Historia de la Administración*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

⁴² “*Los alcaldes ordinarios o foreros y jueces en la primera instancia judicial han suscitado poca importancia sobre la base de que los pleitos que resolvieron fueron de escasa entidad y de que no dispusieron de preparación jurídica, hay que señalar, en primer lugar, que a lo largo de los siglos XIV y XV, especialmente en este último, muchos fueron los universitarios designados para desempeñar ese oficio. Y, en segundo lugar, los pleitos que fallaban los alcaldes ordinarios no siempre eran de escasa entidad, ya que ejercieron el mero imperio juzgando causas penales que entrañaban la imposición de penas de muerte, corporales (mutilación, marcas y azotes y destierro)*”. I. BAZÁN DÍAZ (2014), *El conocimiento científico y técnico en la Península Ibérica (siglos XIII-XVI): producción, difusión y aplicaciones Asesorar a la justicia municipal en la Castilla medieval*, Toulouse: Ministerio de Economía y Competitividad.

⁴³ Sobre la confusión de términos respecto de la figura del alcalde en el antiguo régimen y la imposibilidad de categorizarlo, además de lo citado, huelga mencionar la cita de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE: “*No olvidar que al tratarse del Antiguo Régimen, es absolutamente impropio pedir unos esquemas conceptuales puros y racionalizados de la organización jurídico-política. Donde decimos alcaldes ordinarios, es obvio que igualmente se podría decir Corregidores o alcaldes mayores*”, no siendo hasta la Revolución francesa y el constitucionalismo cuando se introduce cierto orden y racionalidad en el caos absoluto imperado hasta la fecha. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, *op.cit.*, p. 21.

movimientos en el que las villas reclamaron al Rey que no les enviaran a estos jueces foráneos salvo cuando fueran demandados⁴⁴.

Con la recepción del derecho común⁴⁵, el monarca comienza a participar en la elección de los oficios municipales con la institución del regimiento. El propio Ordenamiento de Alcalá recortaba las bases de los alcaldes ordinarios al dejar a los derechos locales sin capacidad de expansión frente a las Partidas y el derecho regio⁴⁶, introduciendo los Corregidores y apostando por la figura de un juez letrado (alcalde mayor), en detrimento de estos jueces legos necesitados de asesoramiento⁴⁷.

Sin embargo, esta figura perduró y no fueron tampoco sustituidos en su totalidad por jueces letrados y nombrados por el poder real. Coligiendo lo expuesto por BAZÁN; en alguno de los reglamentos para la elección de los oficios municipales, incluidos entre otros el de alcalde ordinario⁴⁸, Fernando el Católico en 1476 y a la ciudad de Vitoria, sanciona el poder a los miembros de la oligarquía de tal manera que el requisito de fortuna se convirtió en “*sine quea non*” para desempeñar alguno de los oficios municipales. Tiempo después, en 1513 tras las protestas del Señorío de Vizcaya, la reina Juana permitió que los alcaldes ordinarios de las villas y de la ciudad de Orduña “*fueran designados*

⁴⁴ “No en todas las villas y ciudades se generalizó la figura del Corregidor, como en el caso de Vitoria; y donde sí existió, como en el caso de Vizcaya, su ámbito de acción se circunscribía a todo el Señorío y no a una villa en particular, con lo que a la postre se convirtió en un juez de apelación de las sentencias adoptadas por los alcaldes ordinarios. Igualmente, en el caso de Cáceres, aun cuando el Corregidor estaba presente en la villa, sobre la que ejercía su jurisdicción, eran los alcaldes ordinarios los que conocían de las causas en primera instancia y aquél en alzada”. I. BAZÁN DÍAZ (2014), *El conocimiento científico y técnico en la Península Ibérica...*, op.cit., p. 83.

⁴⁵ A. IGLESIA FERREIRÓS (1971), “Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, p. 945-972.

⁴⁶ “Junto a los alcaldes foreros estarán presentes los alcaldes de fuera (Corregidores) y otros delegados de la justicia regia como los Corregidores. Algo semejante cabe decir de los señoríos particulares, laicos y eclesiásticos: en este caso, tampoco la transferencia de poderes es absoluta y la incidencia de su intervención sobre los municipios es igualmente palpable, ocupando el señor una posición intermedia entre el Rey y los Concejos”. J. A. BONACHÍA HERNANDO (1998), *La justicia en los municipios...*, op.cit., p. 150. Pese a que BONACHÍA contempla como sinónimos alcalde Mayor y Corregidor de lo investigado y de la dificultad para cerrar el “quórum” de la corporación local nos lleva a pensar que en diversas ocasiones tuvieron una relación más competencial que jerárquica.

⁴⁷ “Quienes más incidieron en el perfil letrado de los jueces fueron los Reyes Católicos. El 6 de julio de 1493, por ejemplo, establecieron una real pragmática donde exigían que para ser juez se contara con un mínimo de 25 años de edad y de 10 años de estudios universitarios sobre leyes canónicas y civiles²⁰. También en las leyes de Toro de 1505 exigieron acreditar conocimientos en derecho regio para poder desempeñar el oficio de juez...”. I. BAZÁN DÍAZ (2014), *El conocimiento científico y técnico en la Península Ibérica...*, op.cit., p. 86.

⁴⁸ Es desde este término y condición de la figura del alcalde tras la rica tipología mostrada, desde donde arranca la Constituyente de 1812.

siguiendo lo establecido en sus fueros fundaciones u ordenanzas municipales, exigiendo únicamente que fueran naturales y vecinos del lugar, hábiles y suficientes y no parciales”.

En resumen, hubo alcaldes ordinarios o foreros que desempeñaron su actividad jurisdiccional (primera instancia y materia civil y criminal) en abundantes ocasiones e incluso después de la recepción del derecho romano a pesar de la existencia de Corregidores y alcaldes mayores.

2.4. ELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE LOS CARGOS.

A pesar del protagonismo alcanzado por las instancias externas superiores en la selección del personal judicial, pudieron darse casos en que las fuerzas locales jugaran un papel activo y determinante en el proceso de designación; esto es, el oligárquico poder local no se perdió del todo cediendo en ocasiones el poder regio a que estos altos cargos ocuparan oficios en los Ayuntamientos y Concejos⁴⁹.

Los hombres que integran la justicia local son, por el contrario, vecinos del lugar, y salvo casos residuales de participación del común en el nombramiento, herederos de viejas normativas forales. Lo más normal es que los cargos estén intervenidos tanto en su provisión como en su ejercicio por las fuerzas sociales locales. De cualquier modo, incluso en aquellos casos en que se detecta la mediación de sectores no oligárquicos en los oficios de la justicia, la presión de las élites para mantenerlos en su entorno es permanente⁵⁰. En suma, fueron los diversos pactos locales entre el concejo y los Corregidores o poder superior, los que determinaron el desempeño de tales puestos por individuos naturales y vecinos de la localidad.

⁴⁹ *“En España sólo al Rey pertenece por derecho el nombrar los oficios de la República, porque los pueblos, en la creación de sus príncipes les transfirieron toda la potestad y jurisdicción que tenían. Por privilegio costumbre o prescripción inmemorial pueden también las ciudades y demás poblaciones de estos reinos, así como los señores temporales nombrar alcaldes regidores y otros oficiales de República”.* L. SANTAYANA BUSTILLO (1979), *Gobierno político de los pueblos de España...*, op.cit., p. 17.

⁵⁰ *“En cualquier caso, el nivel de conocimientos técnico-jurídicos de los individuos que ocupaban los cargos judiciales era una condición para ocupar el oficio. La preparación jurídica era más amplia entre los oficiales de justicia que entre los regidores y se daba en mayor medida en los agentes de la justicia de fuera y Corregidores que en la justicia local”.* Tras esta afirmación podemos ratificar que alcaldes y Corregidores alternaron funciones políticas y judiciales. El Corregidor venía actuando como alto mandatario del Rey, no sólo era la representación del mismo en el municipio, sino que ejercía la jerarquía y coordinación en la toma de decisiones. También los regidores, aunque no fuera su genuina responsabilidad, participaron e influyeron en las funciones de los oficiales de justicia. J. A. BONACHÍA HERNANDO (1998), *La justicia en los municipios...*, op.cit., p. 172.

Por lo que refiere ya a la forma de nombramiento y no al ámbito subjetivo sobre quien recaen; los monarcas, debido a las coyunturas de la política de cada momento en particular, se vieron obligados a conceder mercedes a sus partidarios, esto es, a gentes que pretendían atraer o recompensar. Entre esas mercedes también se incluyeron los oficios y cargos. Por lo que al ámbito local se refiere, las regidurías y escribanías fueron concedidas en mayor medida a miembros de la oligarquía que las alcaldías⁵¹. Si se concedieron menos alcaldías fue debido a las protestas de los procuradores de las villas y ciudades con representación a Cortes, como en las de Ocaña de 1469 y en las de Santa María de Nieva de 1473. No obstante, estas mercedes de oficios y cargos municipales en cuanto que eran un bien patrimonial, se convirtieron en hereditarias y comercializables, cedidas a herederos o vendidas a terceros.

Con ello podemos concluir que pese a la designación directa del Rey de ciertos miembros (alcaldes mayores, Corregidores), en otros muchos casos, bien el monarca designó lo propuesto por la oligarquía de la villa, o bien fueron los propios vecinos del lugar los que, por heredad o venta, designaron los cargos judiciales y políticos.

Tráiganse a colación estos versos del maestro Calderón de la Barca, claro ejemplo descriptible de la aplicación de la “*justicia*” en manos del alcalde que consideramos oriunda de esta época, hallando reseñable la conversación entre el Secretario o Escribano y D. Pedro Crespo en la ilustre obra literaria “*El alcalde de Zalamea*”:

“¡Cuando vengarme imagina, me hace dueño de mi honor la vara de la justicia! ¿Cómo podré delinquir yo, si en esta hora misma me ponen a mí por juez para que otros no delincan? Pero cosas como aquestas no se ven con tanta prisa. En extremo agradecido estoy a quien solicita honrarme”.

“Ya tenéis el padre alcalde; él os guardará justicia”.

Decisión que posteriormente viene ratificada por el poder regio...

“Bien está sentenciado; pero vos no tenéis autoridad de ejecutar la sentencia que toca a otro tribunal. Allá hay justicia y así remitid el preso”.

⁵¹ De lo investigado deducimos que, a diferencia de las regidurías, las alcaldías con funciones judiciales fueron mayoritariamente ocupadas por gentes con al menos, someros conocimientos del derecho.

3. EDAD MODERNA. ORDENANZAS MUNICIPALES Y NUEVA REGULACIÓN DE LA JUSTICIA.

A la decadencia del derecho municipal en la plena Edad Media, le sigue una fuerte crisis sistemática que no verá su despunte hasta comienzos del liberalismo. Es cierto que el municipio ya tiene aproximadamente desde el siglo X un derecho aplicable, pero fue un derecho originario de constitución de la comunidad, de los privilegios que se le concedían, y de cómo con carácter general, debían regularse esas relaciones de colectividad. Por el contrario, aún no quedaron desarrolladas las relaciones pormenorizadas de la villa, las costumbres, la elección de los cargos, o la incipiente regulación del orden público⁵².

Este derecho se hace insuficiente al proliferar las relaciones de la comunidad y los fines a prestar por estas entidades. El fuero del que nos ocupamos en el epígrafe anterior como derecho municipal vernáculo, se diluye en la ordenanza en torno a los siglos XIV y XV cobrando importancia como fuente del derecho bajo la misma línea centralizadora⁵³.

La forma de centralización jurídica establecida por el Ordenamiento de Alcalá es aceptada por las Leyes de Toro de 1505 que serán transcritas con nimia modernización en la Nueva Recopilación⁵⁴ desplazando al fuero poco menos que a su extinción.

⁵² “El nacimiento de esta normativa «ordinaria» habría que colocarlo en el mismo momento en que surge también una asociación humana organizada, en el instante en que una comunidad tiene conciencia de tal por el hecho de poseer unos intereses comunes que no serían otros que los económicos y de defensa. Este primitivo municipio al que se le han concedido por el Rey o señor unas tierras se plantea la necesidad de administrar las mismas, de proveer a su aprovechamiento. Al mismo tiempo la comunidad debe regular las transacciones entre los vecinos, el mercado, y, por último, debe asegurar un sistema militar de reacción contra los peligros que la dura existencia en aquella época y, sobre todo, en los lugares de frontera conllevaba”. A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p.145.

⁵³ En el siglo XV, en las Cortes de Ocaña de 1422, Juan II reconocerá el valor de las ordenanzas municipales: “Ordenamos y mandamos, que todas las ciudades, villas y lugares de los nuestros Reinos sean gobernados según las ordenanzas y costumbres que tienen de los alcaldes Regidores y oficiales de los tales Concejos; y que los justicias no consientan, que hagan levantamientos ni Ayuntamientos contra el Concejo y oficiales, ni comunidad de gente para embargarles en regir y gobernar, ni a las justicias en la excusión de ello: y mandamos a las justicias y Regidores, procedan conforme a Derecho a punir y castigar a los que lo suso dicho hicieren; y guarden las ordenanzas y costumbre que los Concejos acerca de esto tuvieren”. *Novísima recopilación de las leyes de España* (1831), Libro VII, Título III, Paris: Rosa, Librero, Cité Bergere, p. 288.

⁵⁴ La Recopilación de Leyes de estos reinos, o Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, se trata de un nuevo cuerpo normativo sancionado oficialmente el 14 de marzo de 1567 por Felipe II donde se refunden principalmente el Ordenamiento de Alcalá, Las Leyes de Toro y el Ordenamiento de Montalvo.

Desde la Nueva recopilación, la jerarquía normativa o nueva prelación de fuentes en lo que al derecho municipal refiere pasa por lo siguiente:

1. Las leyes de la Nueva Recopilación.
2. Las distintas fuentes según el orden establecido en las Leyes de Toro.
3. Las cédulas y visitas dirigidas a las audiencias en cuanto no contradigan las leyes recogidas en la recopilación⁵⁵.
4. Las ordenanzas municipales y fueros “*a extinguir*” de aplicación a la villa.

Esta jerarquía normativa culmina con el centralismo ahora extemporáneo, de los Decretos de Nueva Planta⁵⁶, pues tras la victoria en la Guerra de Sucesión del Duque de Anjou se transforma el sistema político del Reino de España pretendiendo reforzar el absolutismo y edificar un Estado centralista al estilo francés. Si nos permite el lector esta digresión histórica, pese a la monarquía centralista impuesta por los Reyes Católicos, se respetó la identidad territorial política e incluso jurídica de los distintos reinos peninsulares, sin embargo, con la instauración Borbónica se llevan a cabo una serie de medidas en forma de distintos Decretos que romperán la trayectoria en lo que a la esencia territorial se refiere respecto al precedente centralismo⁵⁷.

3.1. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LA NORMA.

En la primera etapa donde la ordenanza se superpone con el fuero, los vecinos participan en la formación del derecho local, en el ya denominado “*concejo abierto*”, donde sino todos los vecinos, la mayoría dotada de representatividad formaban parte en la toma de decisiones. Coetáneo a la histórica centralización, la elaboración de los textos se irá llevando a cabo a través del sistema de “*concejo cerrado*”, donde más que representantes municipales existirán unos actores del poder regio en la villa, con los que fue perdiéndose la idea de autogobierno⁵⁸.

⁵⁵ J. LALINDE ABADÍA (1978), *Iniciación histórica...*, *op.cit.*, p. 191.

⁵⁶ F, SOSA WAGNER (1997), *Manual de derecho local*, *op.cit.*, p. 24.

⁵⁷ R. MENÉNDEZ PIDAL (1980), *Historia de España*, Tomos XXII y XXIII, Madrid: Espasa Calpe. F. GARCÍA DE CORTÁZAR, J. M. GONZÁLEZ VESGA (2017), *Breve historia de España*, Madrid: Alianza.

⁵⁸ De manera correlativa al cumplimiento de la justicia lo fue el procedimiento de elaboración de las normas “*En un primer momento, esta normativa será creación de toda la comunidad, del Concejo; así un precepto del Fuero de León del año 1020 especifica que todos los habitantes de dentro y fuera de los muros de la ciudad acudan el primer día de Cuaresma al capítulo de Santa María de Regla para fijar las medidas del*

En las Cortes de Toledo (1539) Carlos I y Doña Juana conceden al Corregidor un papel extraordinario en la elaboración de ordenanzas con iniciativa para formarlas; y si bien queda suprimido ese atisbo de “*participación directa*” de los vecinos a modo del osado parangón a la consulta previa⁵⁹, se acude a una fase de información pública cerrando el ciclo con la aprobación definitiva del Consejo de Castilla que tiende a homogeneizar el régimen municipal⁶⁰.

En el mismo “*texto refundido*” encontramos un auto del Consejo de 1756, donde se detalla alguna novedad en la elaboración de estos preceptos reglamentarios. Parada obligatoria aquí para apuntar, cómo pretende adaptarse el procedimiento de aprobación a la heterogeneidad del municipio y en función de la población. El grueso del texto será conformado por representantes del poder regio (Corregidor y alcalde mayor), como una muestra más de la pérdida de la autarquía municipal. Seguidamente se debatirá por el Ayuntamiento con el posterior “*control de legalidad*”⁶¹ llevado a cabo por las Audiencias.

El “*digesto*” precitado dice así: “*Y en auto del Concejo de 1756 se declaró que las órdenes generales comunicadas a los pueblos sobre formación de ordenanzas se entiendan solamente para aquellos donde haya Corregidor o alcalde mayor realengo, aunque sean militares, sin que las aldeas tengan precisión de hacer ordenanzas*

pan, del vino y de la carne y el precio de las labores de aquel año, sancionándose la inasistencia con una multa que se debía pagar al merino del Rey. Más adelante, cuando se lleve a cabo una mayor institucionalización del municipio y surjan los cargos municipales, serán éstos y no el Concejo abierto quienes elaboren las ordenanzas municipales, pero en el momento que narramos tal evento aún no ha sucedido y, por tanto, no resulta arriesgado hablar de un pleno régimen de autogobierno, de autonomía”. A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p. 46.

⁵⁹ La LPACAP regula en su Título VI la consulta previa a la elaboración de cualquier texto de naturaleza reglamentaria donde se pretende la participación de los ciudadanos en la elaboración del bloque normativo. Tras distintas doctrinas sobre su aplicación o no a la elaboración de las ordenanzas locales, al contar ya éstas con una regulación específica, se ha tendido a aceptar su inclusión en el procedimiento habida cuenta de que parece complementar la normativa preexistente y no plantear un procedimiento alternativo.

⁶⁰ Sobre esta información pública A. EMBID IRUJO indica que: “*En la Edad Media, el Derecho municipal aparecía como emanación de la entera comunidad; más adelante serían los representantes elegidos quienes procederían a esa tarea, dejando esa representación, con el transcurso del tiempo, mucho que desear por la corrupción reinante. Pues bien, ahora, en 1539, cuando ya la antigua participación popular ha pasado al recuerdo, surge el sistema de «información pública» como sucedáneo de la misma, sistema que, por cierto, se prolonga en el tiempo hasta nuestros días. El carácter, por tanto, de remedio de esta técnica existe ya en los orígenes y gustaría saber si la casi inutilidad que ahora se presenta como principal característica del mismo, estaría ya como impronta de aquella época. Las apariencias hacen pensar en la respuesta afirmativa”.* A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p. 68.

⁶¹ Nos atrevemos con este anacrónico guiño a enunciar los controles locales por parte de otras instancias ampliamente relatado en el Capítulo VII.

particulares; y que aquéllas se hagan por los Corregidores con acuerdo de sus alcaldes mayores, y lleven después a los Ayuntamientos, para que con citación del síndico procurador general se añadan, o pongan, los reparos que parecieren convenientes; y hecho esto, se remitan a las respectivas Audiencias, -para, que, oyendo al Fiscal, las pasen con su informe al Concejo; procediendo en todo de oficio y sin gasto alguno de los pueblos ni de sus propios, ni por repartimiento⁶²”.

El capítulo 65 de la Instrucción de Corregidores de 1788⁶³ contempla la potestad de los Corregidores de hacer unas nuevas ordenanzas con la aprobación del Ayuntamiento, diputados y personeros del común, enviando su dictamen al Consejo para que éste tome la providencia correspondiente.

La introducción de nuevos cargos en el procedimiento, no hace sino recoger las reformas introducidas en el municipio por Carlos III y, dado el matizado sentido democratizador de éstas, debe entenderse como un punto favorable en la tendencia local, aun cuando su intervención no sea sino una mera colaboración en un procedimiento que es dominado por los representantes del Rey, Corregidores, y por el Consejo de Castilla mediante la aprobación.

3.2. LAS MATERIAS OBJETO DE LAS ORDENANZAS.

Cabe preguntarnos cuáles eran las materias objeto de estas ordenanzas y si realmente diferían al primigenio fuero municipal. A tenor de lo citado, más que un cambio en la regulación, lo que se produjo fue una integración a la misma. La Ley III del Título III, Libro VII de la Novísima Recopilación, ya citada a otros efectos, nos proporciona información sobre las materias que se consideraban propias de las ordenanzas municipales al encargar al Corregidor que cuide especialmente de las que miran “*a la elección de los oficios, para que se elijan justamente y sin parcialidad; y asimismo las que conciernen al bien común, así en que los menestrales y otros oficiales usen de sus oficios bien y fielmente sin fraude alguno, como en que la tierra sea bien abastecida de carnes y pescados, y otros mantenimientos a variables precios; y que las calles y carreras*

⁶² *Novísima recopilación de las leyes de España (1831), op.cit.*

⁶³ *Real Cédula de Sm. y señores del consejo de 15 de mayo de 1788 en que se aprueba la instrucción inserta de lo que deberán observar los Corregidores y alcaldes mayores del reino (1788)*, Madrid: Imprenta de don Pedro Marín.

y carnicerías estén limpias, y las salidas del lugar estén asimismo limpias y desocupadas...”.

El fin de las ordenanzas era la reglamentación de determinados aspectos de la vida local, y su naturaleza jurídica pudiera ser fácilmente encuadrable en la posterior clasificación de Zanobini⁶⁴ donde divide los reglamentos en dos categorías. En la primera coloca a todos los que se refieren a la organización de los medios de actividad de los “*uffici*” y de los servicios municipales y a ella pertenecen, según el autor, los reglamentos de bienes municipales, funcionarios y otro personal dependiente de servicios y tributos. En la segunda, donde entran los reglamentos dirigidos a establecer limitaciones a la libertad y a la propiedad de los particulares, encuadra los de policía urbana, rural, de construcción y de higiene. El ámbito de aplicación de las mismas debía circunscribirse al propio pueblo o villa. Las ordenanzas tratan de solucionar los problemas internos de estas entidades y por tanto el territorio debe ser un límite infranqueable. Esto es, el principio de los asuntos locales parece ser el epicentro de la razón de ser de esta normativa local, donde el ámbito territorial juega un papel fundamental⁶⁵.

Donde otrora subordináramos el fuero a los textos refundidos de la época, SANTAYANA⁶⁶ dice que las ordenanzas no pueden ser contrarias a las Leyes del Reino: “*Pues las facultades de los Ayuntamientos en este asunto no pueden ser mayores que las del Príncipe, de quien las tienen y tampoco pueden ir contra el derecho natural, divino o las buenas costumbres, pues no merece nombre de ley la que se opone a la natural justicia*”. Algunas veces, los límites a la aplicación de las ordenanzas municipales surgen en instrumentos normativos que no tienen la forma de “*leyes del reino*”, pero que, sin duda, actúan respecto a los municipios como tal (vuelve así la idea de los intereses generales que desembocará en la de los “*asuntos locales*”⁶⁷).

⁶⁴ VV. AA. (1939), *Nuovo Digesto Italiano*, tomo VI, Roma: Libreria Antiquaria Giulio Cesare, p. 316-321.

⁶⁵ C. MERCHÁN FERNÁNDEZ (1984), *El gobierno municipal en Extremadura durante la Edad Media*, Cáceres: Universidad de Extremadura.

⁶⁶ L. SANTAYANA BUSTILLO (1979), *Gobierno político de los pueblos de España...*, *op.cit.*

⁶⁷ Véanse dos de los principales límites de la potestad reglamentaria en su aplicación a la Administración local: De una parte, el principio de inderogabilidad singular por cuanto no es posible que una ordenanza local contradiga una norma con rango de Ley o una reserva legal. Y por otra, el principio de competencia que rige junto con el de subordinación a la norma con rango legal en la triple administración territorial de la que forma parte el Estado.

3.3. LA APLICACIÓN DE LA ORDENANZA. EL CORREGIDOR, LA JUSTICIA Y LA EXTENSIÓN DEL CONSEJO DE CASTILLA.

Allende del funcionamiento del Ayuntamiento y de los representantes del poder regio en los pueblos ciudades y villas, pudo existir un contrapeso con la existencia de los “*jurados*” elegidos directamente por el pueblo en un primer lugar para controlar la actividad municipal, pero que con la imposición del Consejo de Castilla se convirtieron en cargos vitalicios y hereditarios⁶⁸. El resto de mecanismos de aplicación del derecho no difieren demasiado de la justicia medieval.

El Corregidor aparece en este órgano con funciones generales en el municipio, “*ninguna parcela verdaderamente importante escapaba de su intervención*”⁶⁹. La policía urbana y rural conocen la importancia del Corregidor, la higiene, limpieza, salubridad, obras públicas, etc. Cargo que perdurará al menos hasta el siglo XVIII.

La justicia está en manos de los intereses políticos con un marcado juego entre señores feudales y Reyes respecto a la nueva atribución de jurisdicciones y con un difícil equilibrio en el reparto de cargos: “*Las necesidades económicas de los monarcas españoles van a dar origen a una nueva forma de intervención del Rey sobre los municipios: la desmembración de los términos municipales por el nacimiento de nuevos concejos que compran su personalidad al Rey. El origen de esta práctica parece estar en el poder que Carlos V otorga a su hija, la princesa Ana de Portugal, el 1 de septiembre de 1554, para que ésta otorgue jurisdicción e independencia con título de villa a todas aquellas aldeas sometidas a la jurisdicción de las ciudades que le entregasen el dinero que la princesa estimara conveniente y que Carlos V necesitaba para una nueva guerra contra Francia*”⁷⁰.

⁶⁸ F. J. GUILLAMÓN ÁLVAREZ (1990), “La administración municipal en la edad moderna: del régimen castellano al modelo gaditano”, *Reala*, núm. 248.

⁶⁹ La Real Cédula de 21 de abril de 1783 profesionaliza el cargo; en ella el agente político nato cede ante el “*funcionario*” en sentido actual», en frase de B. GONZÁLEZ ALONSO: “*La instrucción de 15 de mayo de 1788 es el último documento en el que se recopilan las atribuciones del cargo*”. B. GONZÁLEZ ALONSO (1988), *Poder regio, Cortes y régimen...*, op.cit., p. 253.

⁷⁰ A. EMBID IRUJO (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales...*, op.cit., p. 126.

El Corregidor pasa a ser el supremo inspector de la vida municipal y del orden público que arrancará desde de una pragmática de 9 de Julio de 1500⁷¹, ejerciendo sus labores con independencia de la institución municipal, pero con dependencia del poder regio. A su vez los consejeros del Real de Castilla serían los supervisores de los corregimientos en un halo centralizador de círculos concéntricos. El Corregidor era el interlocutor entre la vía municipal y la justicia real, pues era el delegado de la autoridad judicial en lo civil y penal. Era una autoridad militar y gerente del orden público que ostentaba poderes de control en los abastecimientos y precios.

Respecto al afamado eje del cumplimiento del derecho, éste era el representante de la “*auto tutela ejecutiva*” pues se encargaba de la ejecución de los acuerdos adoptados pese a no formar parte en las decisiones y únicamente resolver con el voto de calidad. Respecto a su ámbito subjetivo podían ser letrados o militares, por lo que en ocasiones estaban asistidos por los alcaldes mayores para lo civil y criminal, y además eran pagados por los Ayuntamientos, consolidándose a finales de la Edad Moderna como verdaderos funcionarios.

Dentro del centralismo propio de esta época encontramos en un ámbito supramunicipal, la figura de los intendentes y superintendentes. Los primeros intendentes se remontan a 1711. Primero se nombraron varios funcionarios con el cargo de “*superintendente general del ejército*” para la sujeción de los territorios conquistados tanto en lo que correspondía al ejército como a la hacienda y gasto público. Debido al éxito alcanzado, se consideró entonces otorgarles zonas territoriales, denominadas “*intendencias*”. El intendente era en España un funcionario designado y dependiente del Rey, que gozaba de amplios poderes y tenía como misión la recaudación de tributos y la dinamización económica a través del control de las autoridades locales, el cuidado de las reales fábricas, el impulso del desarrollo de la agricultura y la ganadería, la realización de mapas y censos, el mantenimiento del urbanismo, etc. Esta figura posee un sentido centralizador y absolutista propio de las reformas de la administración introducidas por los Borbones, que

⁷¹ Los Reyes Católicos fijan definitivamente el texto en la Real Pragmática de 9 de julio de 1500 con los capítulos para Corregidores y jueces de residencia.

en época de Carlos III⁷² representaban el cargo de oficial administrativo y desembocaban en las audiencias y Chancillerías⁷³.

El ámbito de la justicia, la centralización la protagonizaba el Consejo de Castilla con otras instituciones territoriales inmediatas como las Chancillerías y Audiencias que poseían funciones delegadas del poder central. Esta vertebración en Audiencias y Chancillerías se hacía bajo la estricta mirada de la Real Audiencia, juzgándose los casos en función del territorio y de la gravedad.

Sin embargo, hacia el fin de la Edad Moderna vemos una incipiente labor administrativa que pese a reprimirse desde el absolutismo, va a descargar de manera abundante al Poder Judicial, siendo el principal objetivo del poder real soslayar los trámites judiciales y el ímprobo y tardío aparato burocrático de la época⁷⁴.

Como ha señalado FERNÁNDEZ ALBALADEJO⁷⁵: *“En el siglo XVIII se produjo una pugna entre dos modelos de organización monárquica: el administrativo y el judicial. La crisis financiera de 1739 forzó a la monarquía a optar por la primera, intentando dar vía libre a los procedimientos ejecutivos y liberarse de la atosigante y plúmbea supervisión judicial. En este sentido hacia 1779 el conflicto está resuelto, pero más que intervencionismo estatal lo que hay es una nueva forma de plantear las relaciones entre la monarquía y las ciudades. La reordenación de las haciendas locales aparecía como*

⁷² “Es en el reinado de Carlos III, a raíz de las revueltas y motines populares, cuando se introdujeron algunas novedades más singulares, dirigidas a recuperar una cierta democratización del poder municipal, que había desaparecido con la generalizada venta de oficios. A propuesta de Campomanes, gran humanista ilustrado que impulsó la administración del Antiguo régimen, surgió dos nuevas figuras locales, de carácter temporal, elegidas de modo indirecto por los vecinos. Una, el Diputado de lo común, cuyas competencias se extendían a la policía urbana y a la administración comunal (abastos, propios y arbitrios). Otro, el procurador síndico personero, a quien se le encomendó «instar» todas aquellas cuestiones que pudieran redundar en beneficio de la comunidad, además de labores de vigilancia e inspección. Pero como han destacado los historiadores, esta reforma tuvo una mínima incidencia por la oposición de la oligarquía ya instalada y la indiferencia de los vecinos”. M. FUERTES LÓPEZ (1994), *Memoria presentación de la oposición...*, op.cit.

⁷³ *Ibidem*. “Las líneas básicas de la Administración local heredada (los Corregidores) persisten a lo largo del reinado de los Borbones. La pretensión favorable a la uniformidad de la organización administrativa conduce a establecer unas autoridades locales similares a las existentes en Castilla en los territorios sublevados, tras los Decretos de Nueva Planta. Aunque, a decir verdad, los historiadores han destacado que la división de las circunscripciones en Cataluña respeta en gran medida las existentes”. Sobre las Chancillerías véase. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 16.

⁷⁴ F. J. GUILLAMÓN ÁLVAREZ (1989) “Algunos presupuestos metodológicos para el estudio de la administración: el régimen municipal en el siglo XVIII”, *Revista de historia moderna: Anales de la Universidad de Alicante*, núm. 8-9, p. 59-74.

⁷⁵ P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO (2009), *La crisis de la Monarquía*, Madrid: Crítica, p. 67.

una pieza clave dentro del sistema de reforma concebido por Ensenada, abandonándose el criterio exclusivamente fiscalista y depredador. Los dos mejores ejemplos de intromisión en las competencias tradicionales del Ayuntamiento fueron justamente dos cuerpos institucionalizados: la Administración General de Rentas de la Provincia y la Junta de Arbitrios. Finalmente, tal y como lo ha apuntado Ladero, encontramos la culminación de un proceso de cristalización de realidades administrativas ya patentes desde el siglo XV; de acentuamiento de la tendencia centralizadora; decadencia de las autonomías urbanas y homogeneización según un modelo castellano. La ruptura sólo vendría por la vía revolucionaria”.

4. CONCLUSIONES.

El objetivo de este capítulo de la tesis no es el análisis concienzudo de la historia del Régimen local ya abordado por muchos. Se trata más bien de sintetizar la influencia histórica en los problemas actuales del cumplimiento del Derecho administrativo en las EELL que pudieran devenir de su inicial configuración, pues tal y como cita el filósofo Jostein Gaarder en su obra el mundo de Sofía: *“Si no sabemos en todo momento a dónde vamos, puede resultar útil saber de dónde venimos”⁷⁶*.

El orden público, (materia de la que como más adelante expondremos unívocamente la doctrina parece estar de acuerdo en que arranca la función de policía), ha sido un elemento tradicionalmente en manos de la justicia. Es por ello que, para remontarnos a los orígenes de esta técnica dentro del aparato represivo de la Administración local, hemos de remontarnos a los orígenes del municipalismo a finales del primer milenio de nuestra era. Era el concejo y/o el Corregidor, el que imponía el poder público asumiendo poco a poco el alcalde funciones *“administrativas”* que acrecientan las de juez de primera instancia.

Es cierto que con la centralización se inicia una dinámica de sustitución de los alcaldes foreros por funcionarios dependientes directamente del Rey que acabará con la figura de los Corregidores, pero el alcalde forero desempeñó un papel clave en el mantenimiento del orden público. Esto es, de todas las fuentes consultadas podemos deducir que el Corregidor en toda la península nunca llegó a suplir al alcalde, y hubo diversos

⁷⁶ J. GAARDER (1994), *El mundo de Sofía*, Madrid: Siruela.

movimientos en el que las villas reclamaron al Rey que no les enviaran a estos jueces foráneos salvo cuando fueran demandados⁷⁷. Claros vestigios vemos pervivir hoy en la figura del alcalde como es la suprema potestad de cumplimiento del derecho. El representante actual de los Ayuntamientos elegido por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y en la mayoría de los municipios pequeños lego en derecho, conserva la más elevada competencia en el cumplimiento del Derecho administrativo a través de las distintas técnicas que se abordarán en el grueso de esta tesis, perviviendo en sentido material su oriundo papel jurisdiccional.

Sin embargo, la ejecución de los acuerdos de manera coercitiva, o la compulsión y la vigilancia por el cumplimiento en las épocas descritas, eran llevadas a cabo por “*políticos*” que actuaban bajo formación o bajo la supervisión de letrados asumiendo responsabilidades y que al final de la Edad Moderna eran considerados verdaderos funcionarios, por cuanto algo parece habérsenos escapado en la trasposición de la alternancia entre la oligarquía y el poder regio⁷⁸ al actual autogobierno local.

En palabras de Sánchez Albornoz⁷⁹ “*a la autonomía económica le sigue la jurídica*” y la actual configuración de la potestad sancionadora/alcaldía como cierre en el cumplimiento normativo no fomenta sino el autoritarismo y caciquismo en las funciones administrativas de los representantes del pueblo, promoviendo la discrecionalidad⁸⁰ al no poder ser

⁷⁷ “*No en todas las villas y ciudades se generalizó la figura del Corregidor, como en el caso de Vitoria; y donde sí existió, como en el caso de Vizcaya, su ámbito de acción se circunscribía a todo el Señorío y no a una villa en particular, con lo que a la postre se convirtió en un juez de apelación de las sentencias adoptadas por los alcaldes ordinarios. Igualmente, en el caso de Cáceres, aun cuando el Corregidor estaba presente en la villa, sobre la que ejercía su jurisdicción, eran los alcaldes ordinarios los que conocían de las causas en primera instancia y aquél en alzada*”. I. BAZÁN DÍAZ (2014), *El conocimiento científico y técnico en la Península Ibérica...*, op.cit., p. 83.

⁷⁸ Se remarcará la importancia de la actividad del Corregidor diciendo que “*debe considerarse en dichos magistrados una inspección y superintendencia general en cuanto a todos los pueblos comprendidos en el partido, para celar el cuidado y adelantamiento en todo económico y político...*”. R. L. DOU Y DE BASSOLS (1800), *En Instituciones del Derecho público general de España con noticias del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, libro I, título IX, capítulo IX, sección VII, p. 137.

⁷⁹ C. SÁNCHEZ ALBORNOZ (1956), *España: un enigma histórico*, Barcelona: Edhasa. Con ello concibe J. POSADA HERRERA como símbolos de la unidad la propia corriente liberalista con la consolidación de la institución del Estado. “*La Monarquía como símbolo, la Religión, Las Guerras e incluso las cortes y los poderes representativos, por oposición no irían a renglón seguido los fueros y privilegios municipales, el feudalismo, las jurisdicciones y privilegios especiales, así como la topografía y vertebración territorial del país*”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado y del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

⁸⁰ Con respecto a la relación entre discrecionalidad y autonomía el autor defiende que “*su desenvolvimiento en el mundo jurídico y en el mundo fáctico no supone una libertad de actuación, sino una concesión más o*

desempeñadas con la imparcialidad e independencia necesaria, lo cual trataremos de explicar en los siguientes capítulos.

menos amplia de autonomía. Autonomía utilizada aquí en el sentido de facultad de la administración de poder obrar según su criterio y no en el sentido de actuar según reglas que ella misma crea". J. I. TRABAGLIA (2020), Discrecionalidad administrativa. Permisión racionalidad arbitraria y teoría de la decisión, Madrid: OLEJNIK, p. 15. Confirmando de otra parte la lenta evolución del control administrativo de la discrecionalidad. Ibídem, p. 11.

II. DE LAS ORDENANZAS DE POLICÍA A LAS LEYES ADMINISTRATIVAS SANCIONADORAS. SU EVOLUCIÓN Y TÉCNICAS DE CUMPLIMIENTO.

1. LA POLICÍA. CONFIGURACIÓN INICIAL. SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y ACTIVIDAD DE POLICÍA.

Es cierto que el concepto de policía que vamos a intentar desarrollar en estas páginas se encuentra íntimamente ligado al origen del Estado⁸¹, sin embargo, al finalizar la Edad Media y a lo largo de policía, abarcando ésta cualquier resquicio de la gestión sobre las materias⁸².

De este modo e intentando proseguir una sucesión cronológica desde la expiración de nuestro primer Capítulo, no vuelve aquí sino a ocurrirnos una superposición encadenada

⁸¹ Discutida ha sido la tesis acerca de qué fecha debemos considerar como clave en el nacimiento del Estado Español, entendiéndose que la promulgación de las Cortes de Cádiz en 1810 actúa como pistoletazo del Estado Moderno. si bien es cierto que el Estado actual (Social y Democrático de Derecho) no se creará hasta la Carta Magna. J. L. VILLA PALASÍ (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: IEP. Sobre qué es el Estado y en relación a la materia a desarrollar por parte de los grandes juristas alemanes, parecen descriptibles estas páginas de F. SOSAWAGNER: “LABAND, bajo la influencia de GERBER, entiende que el Estado en una «unidad organizada, una persona» que posee derechos de dominación para el cumplimiento de sus tareas y obligaciones, y una fuerza de voluntad independiente. Los derechos del Estado no son los derechos de sus miembros sino derechos «sobre sus miembros». El derecho de dominación es el derecho a mandar a personas libres, así como a obligar a los destinatarios de esos mandatos a actuar conforme a ellos. Ese Estado es un Estado convertido en persona, es decir, un sujeto de derecho con capacidad jurídica. (...). Por su parte para Jellinek el Estado es una unidad especial y temporal, pero sobre todo es una unidad teleológica que se manifiesta hacia el exterior en forma de una organización servida por personas concretas. Estamos pues, en presencia de una unidad colectiva asentada en un territorio, siendo las relaciones jurídicas de esta unidad relaciones de dominación (la unidad asociativa dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio sería su definición sociológica del Estado)”. Vemos como notoriamente el poder de dominación o de coerción sobre los hombres debe ser una característica propia del Estado instrumentalizada a través del Derecho Administrativo. Luego si el municipio conforme a la teoría de la distribución vertical del poder debe gozar de poder del Estado, debe asimismo disponer de un poder de coerción suficiente para el cumplimiento de la norma. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, p. 77 y ss. Volveremos sobre esta idea en el Capítulo VIII sobre el henchido concepto de Autonomía local frente a los totalitarismos del Siglo XX.

⁸² Al hablar de los principales fines de la primaria administración pública, tratan la seguridad y el orden público señalando a la policía como la principal técnica represora. C. BARRERO RODRÍGUEZ (2019), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, p. 23 y ss.

de nociones (ordenanza de orden público⁸³ actividad de policía) como ya acaeciera entre la ordenanza y el fuero. El príncipe encarna en esta idea la superación de la compartimentalización medieval dando paso a la búsqueda de la prosperidad y la salud pública⁸⁴. Ya no precisa de relaciones tan estrechas con los señores feudales y surge esta actividad como plena manifestación del poder regio.

Podemos contextualizar también esta etapa con el paso de las ordenanzas de policía a las leyes de orden público y a distintas leyes de un carácter “*administrativo*” (imprensa, caza, montes) donde pese a tener un carácter absolutista, se regulan ya un elenco de incumplimientos. No debemos dejar de lado, empero, que el concepto de policía que todavía resuena en nuestra actual Administración local, deviene de un Estado policial e intervencionista y al margen del principio de legalidad⁸⁵.

Una simple definición de Policía y habitualmente utilizada por la doctrina, viene dada por “*el conjunto de medidas coactivas utilizables por la administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública*”⁸⁶. Etimológicamente esta palabra parece devenir de “*politia*”, como lo propio de la comunidad o de las polis⁸⁷. Antes del verdadero nacimiento de la administración erigida en España en torno al siglo

⁸³ Referido al cumplimiento de las mismas por la justicia medieval, por cuanto también y tal y como reseñaremos en el capítulo IX, existen en la actualidad ordenanzas de policía con discutido valor de eficacia. La metamorfosis que pretende desarrollarse a lo largo del Capítulo es el paso de la aplicación de los medios del cumplimiento del derecho de la “*justicia*” medieval a las autoridades político-administrativas.

⁸⁴ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Barcelona: Marcial Pons, p. 18 y ss.

⁸⁵ “*La Ley de 27 de julio de 1754 es, en este sentido, una de las más completas entre las integrantes de nuestra vieja legislación. En ella se contienen los principios de la legislación sobre las imprentas que caracterizaba el régimen policial de la época. Por ejemplo, la introducción sin expresa real licencia de libros de autores españoles impresos fuera de España se castigaba con la pena de muerte (art. 13). Hasta el Decreto de Carlos III de 14 de noviembre de 1762 no se suprimió la tasa sobre el precio de venta de los libros*”. A. GONZÁLEZ PALENCIA (1934), *Estudio histórico sobre la censura gubernativa en España*, Madrid: Tipografía de archivos, p. 56. “*El Estado Liberal disponía para imponer su voluntad del poder y orden de la policía, mientras que, cuando actuaba desprovisto de autoridad, le bastaba con el Derecho común*”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, op.cit., p. 87.

⁸⁶ “*Es la actividad del Estado con vistas a defender, por los medios del poder de autoridad, el buen orden de la cosa pública contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan producirle*”. O. MAYER (1904), *Derecho administrativo alemán*, trad. H. H. Heredia y E. Krotoschin, vol. II, Buenos Aires: De Palma. Otro autor germano, FLEINER, comprende la policía como un sector determinado de la actuación de la Administración pública, a saber: “*la actividad de la autoridad en el terreno de la Administración interna, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del derecho, de la seguridad y del orden público*”. F. FLEINER (1933), *Instituciones de Derecho administrativo*, Madrid: Labor S. A.

⁸⁷ Del latín “*politiā*”, a su vez del griego antiguo πολιτεία *polīteia*, “*gobierno de la polis*”.

XIX como el principal brazo ejecutor de las políticas públicas no sólo del ejecutivo sino del resto de los poderes públicos, encontramos ciertas labores y funciones del alcalde que escapan incluso del poder de la justicia y de las manifestaciones del poder regio a la que referíamos con anterioridad.

Define la doctrina así el concepto de policía como una excepción al Estado de libertad civil donde el individuo manifiesta su vida natural y desarrolla su actividad para satisfacer sus intereses. Parafraseando a RANELETTI⁸⁸: “*La policía tiene el fin de garantizar al todo social y a sus partes contra cualquier daño*”.

GARCÍA URETA, define este concepto como “*una actividad de limitación de derechos de los ciudadanos, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad*”. En un primer momento “*la administración municipal*” adopta una actitud pasiva o abstencionista que limita el orden público a “*que esté asegurada la tranquilidad de la calle*” o lo que en la actualidad denominamos la policía de seguridad. Fue a partir de esta materia, al regular la tranquilidad⁸⁹, las buenas relaciones de convivencia y el orden de la villa, donde surge la técnica coactiva por antonomasia del aparato represivo de los Ayuntamientos.

Esta materia no es nata en la época a desarrollar si queremos cumplir nuestro pacto de arrancar este capítulo a continuación de la expiración del anterior⁹⁰, puesto que antes del comienzo del S. XVIII y a lo largo de la Edad Moderna ya hemos relatado la aprobación de las ordenanzas de buen gobierno y al Corregidor para preservar el orden público⁹¹. Vemos ya en las definiciones anteriores y en lo apreciado hasta ahora, que se trata de un mecanismo para defender “*la cosa pública*” dejando de lado los conflictos entre

⁸⁸ O. RANELETTI (1908), “La polizia di sicurezza”, en: V. E. Orlando, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano de Orlando*”, Milano: Società Editrice Libreria, Milano, p. 262-263.

⁸⁹ R. GILBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA (1957-1958), *La paz del camino en el derecho...*, op.cit.

⁹⁰ I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas, p. 188 y ss. T. VALERIOLA RIMBAUD (1977), *Idea general de la policía o tratado de Policía*, Madrid: IEA. M. ORTIZ DE ZÚÑIGA (1842 -1843), *Elementos del Derecho Administrativo*, Granada: Imp. y librería de Sanz. J. DE BURGOS (1987), *Las ideas de administración*, Alcalá de Henares: Instituto Nacional de Administración Pública. P. GOMEZ DE LA SERNA (1843), *Instituciones del Derecho administrativo español*, Madrid: V. Lalama.

⁹¹ En Francia en el año 1415 ya se habla de disposiciones “*pour garder le bien public*”. El orden público era la principal materia donde cobraba sentido el aparato represivo de las EELL.

particulares y aislando poco a poco un Derecho privado de un incipiente Derecho público que paulatinamente va a quedar retirado del control de la justicia.

F. GARRIDO FALLA explicándonos las diferencias tradicionales entre las relaciones de Derecho público y de Derecho privado⁹², parece revelar ese punto de inflexión de ciertas actividades del Príncipe alemán que, con el objetivo de mantener la seguridad, se escapan del control de la justicia y quedan íntegramente en su mano: *“Este amplio término al que acabamos de referir va a sufrir a lo largo de su evolución una serie de restricciones. En primer lugar, se ha de tener en cuenta que, en Alemania, después de la Reforma, los Príncipes son simultáneamente Príncipes temporales y espirituales, pues a su cuidado están encomendados, al mismo tiempo que los civiles, los asuntos eclesiásticos. Esta dualidad de competencias nos exige ya una primera exclusión en orden a precisar el concepto de policía: sólo los asuntos civiles están aludidos en el concepto. Hay una serie de asuntos civiles cuya decisión está en manos de los tribunales de justicia: para otros asuntos, en cambio, estos tribunales no tienen competencia. Así como los asuntos civiles judiciales están dominados por el principio de legalidad y por la posibilidad de recurrir siempre a una instancia judicial independiente, hay otros asuntos que resuelve inapelablemente el Príncipe en virtud del viejo principio (en los asuntos de policía no hay apelación). La existencia de este importante poder discrecional en manos del Príncipe es un rasgo tan fundamental del régimen que la literatura jurídico política ulterior han configurado por antonomasia estado policía”*.

Previo a analizar cómo se procedió al castigo de estos asuntos de policía (“sanciones administrativas” y/o justicia) dentro del mantra seguido de cómo se llevó a cabo el cumplimiento o la aplicación del derecho⁹³, merece la pena aclarar si la policía abarca más materias que la potestad sancionadora de las EELL o debemos confundirla con la misma. La función de policía no se limita a la potestad sancionadora, de hecho, no es pacífico el tema de si el ámbito sancionador quedaría o no fuera del ejercicio de la actividad de policía⁹⁴. Parece más correcto significar que las sanciones actúan como una

⁹² F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, Conferencia en el Instituto de Estudios Políticos, p. 13 y ss. “Los más ilustres ius publicistas velaron sus armas como juristas abordando problemas jurídicos privados”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, op.cit., p. 136 y ss.

⁹³ L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (2003), *La eficacia de las normas...*, op.cit., p. 16.

⁹⁴ “En otras palabras, el ordenamiento jurídico administrativo está integrado fundamentalmente por mandatos y prohibiciones, cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción en sentido amplio, unas

de las técnicas previstas por el legislador para dotar el “*aparato represivo*” de las CCLL de acuerdo con la constitución y con la Ley. Es la actividad de policía, por tanto, la actividad administrativa dirigida a la consecución del orden público en sus múltiples acepciones a través de los medios coercitivos que prevé el legislador⁹⁵. Por ello, no debe confundirse la imposición de una sanción con la coacción administrativa para que una sanción se cumpla⁹⁶. De aquí podemos sacar la extensión entre ejecución subsidiaria y sanción en sí, pero hemos de dotarla de un tratamiento diferente, pues “*la coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello, y la sanción es un medio represivo que se pone en marcha porque la obligación no se ha cumplido*”⁹⁷”.

*consecuencias que de ordinario se señalan en un precepto distinto. Estas consecuencias son muy variadas, pero de ellas destacan la invalidez de la acción u omisión de incumplimiento, la sanción personal del autor y la ejecución forzosa que actúa en un nivel muy distinto ya que solo tiene lugar cuando el mandato o la prohibición han cristalizado en un acto administrativo singular. La invalidez y la ejecución forzosa están previstas de forma expresa en la LRJPAC, mas no así la sanción personal o sanción en sentido estricto provocando tal carencia numerosos problemas. Por otra parte, la administración está investida de un poder de auto tutela que hace que se presente como Juez y parte en el seno de la relación jurídico administrativa, por lo tanto, con interés directo en el asunto. No obstante, cuando la administración resuelve un recurso administrativo, aunque se pronuncia sobre los derechos de los administrados, sus resoluciones no revisten el valor de las sentencias del Juez. Tales resoluciones son siempre recurribles ante el órgano jurisdiccional administrativo quien se pronunciará imparcialmente sobre su legalidad”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, p. 267.*

⁹⁵ “*La teoría general sobre la intervención de la administración en la esfera de los particulares establece una distinción entre dos modelos, el represivo y el preventivo. Ambos parten de diferentes principios. El primero implica una regulación de la actividad dentro de unos márgenes determinados, el segundo, por el contrario, existe una prohibición de realización de la actividad a salvo de un acto administrativo declarativo de derechos (licencia y/o autorización)”. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit. p. 25.*

⁹⁶ La STS de 5 de junio de 2018 que dedica un Fundamento de derecho a toda una clase didáctica y clara sobre esta figura. FJ. CUARTO. “*Con carácter general, las multas coercitivas son una medida de coerción o constreñimiento económico que se impone, previo requerimiento, y se reiteran periódicamente, con la finalidad de vencer la resistencia del destinatario del acto a cumplir una decisión administrativa. En definitiva, se trata de obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto lo dispuesto en la decisión administrativa previa* », como declara la STC 238/1988, de 13 de diciembre. Por el contrario, la multa como sanción administrativa es una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, que tiene un fin represivo o retributivo, del que carece la multa coercitiva, por la realización de una conducta anterior, que se encuentra tipificada como falta administrativa”.

⁹⁷ F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto...*, op.cit., p. 34. De hecho, el actual artículo 84 de la LBRL no recoge la potestad sancionadora como medio de “*intervención de las EELL en la actividad de los administrados*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 156 y ss.

2. LA POLICÍA EN EL ESTADO DE DERECHO. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO.

El concepto de policía⁹⁸, pese a las referencias realizadas al absolutismo⁹⁹, cobra su significado actual en el Estado de Derecho¹⁰⁰. Es aquí donde se consagran una serie de derechos subjetivos oponibles por el particular frente al Estado, los cuales son consecuencia de las tres situaciones o status diferentes en las que el particular puede encontrarse¹⁰¹.

⁹⁸ Así EDUARDO GAMERO configura la policía como una potestad administrativa al considerar que “*la potestad expropiatoria, la policía administrativa y cualquier otra potestad administrativa son poderes condicionales, porque con su reconocimiento y ejercicio se persigue la satisfacción del interés general y están necesariamente abocadas a ese fin*”. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, op.cit., p. 63.

⁹⁹ Existe un paso claro del Estado de Policía al Estado de Derecho. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas, p. 37. Y citando a Otto Mayer. “*En este sentido, Mayer llega a firmar que en el periodo dominado por el régimen de policía existe un derecho civil, un Derecho penal, un derecho procesal (en una palabra, «droit de justice») excepto en el ámbito de la Administración, ya que en este terreno no existen normas de obligado cumplimiento por la autoridad frente al súbdito, es decir, no hay Derecho público. Aunque bien es cierto que, mediante la doctrina del Fisco, se intenta sujetar a los poderes públicos, cuando, como dicen los Tribunales «se trate de una pura cuestión de dinero»*”.

¹⁰⁰ “*Es así como se desarrolla, en el marco del estado de policía de los siglos XVII y XVIII, la teoría del moderno estado de derecho, siendo precisamente el éxito del estado de policía en cuanto supuso su afirmación por encima de los grupos sociales y de las demás instancias de poder el que conduciría a una nueva comprensión del Estado tarea de Mohl: «Que cada acción del Estado pueda ser tratada y revestida de formalidades jurídicas»*”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, op.cit. p. 109. “*Las exigencias del interés público imponen que la policía (admón.) no solo tenga el derecho a ejecutar sus decisiones, sino que se trata propiamente de un deber, aunque a renglón seguido se ocupa de señalar los límites de esta posibilidad a riesgo de estar en un estado de policía y no de derecho (...). El poder de coacción de la Administración local los tres tipos de coacción que Mohl cita son la directa, que obliga al infractor al cumplimiento del mandato, la que lleva a cabo la autoridad de policía en lugar y a costa del interesado cuando éste se niega a obedecer sin que pueda admitirse la apelación a autoridades superiores con demanda suspensiva cuando la demora provoque un peligro y por último, la pena, destinada a intimidar a quien desobedece ejecutando una determinada acción*”. *Ibidem*, p. 106. Citando a LORENZ VON STEIN. “*Una administración seria en un estado es la medida de su fuerza y su eficacia*”. *La administración es la vida real del Estado o el Estado trabajando, la organización de todas aquellas actividades estatales que tienen como destino el desarrollo de los ciudadanos, la mayor armonía posible de los elementos que componen el Estado y la máxima libertad de la personalidad de sus individuos*”. *Ibidem*, p. 126

¹⁰¹ Las mencionadas tres situaciones son, de acuerdo siempre con JELLINEK (1912). “*Sistema de dirittipubblic subiettivi*” trad. italiana las siguientes: 1.a) El “*status negativus libertatis*”, o situación de libertad negativa, que se explica suponiendo la existencia, en torno a cada particular, de una esfera jurídica intangible para el Estado suponer un no *hacer* para el Estado, le llama JELLINEK estado negativo; 2.a) El “*status positivus civitatis*”, o situación positiva del individuo dentro del Estado, que es una consecuencia de la ciudadanía que le faculta para dirigir sus pretensiones a la Administración pública y que estas pretensiones sean satisfechas cuando ello sea procedente; 3.a) “*Status activae civitatis*”, también consecuencia de la ciudadanía, pero que deriva de la-posición activa que determinados ciudadanos ostentan,

Partimos ahora de una definición de policía en la que aparentemente coinciden JORDANA DE POZAS¹⁰², ENTRENA CUESTA¹⁰³ y GARRIDO FALLA como “aquella actividad en la que la administración despliega el ejercicio de sus propias potestades, para garantizar el mantenimiento del orden público y limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos”. PARADA VÁZQUEZ añade a la trilogía de JORDANA DE POZAS dos supuestos más: La actividad sancionadora y la arbitral. Esta clasificación pretende poner de relieve que el término policía o limitación, se muestra incompleto para abarcar actividades como la sancionadora que solían incluirse en su ámbito. Además, pone en evidencia la actividad arbitral en la cual la Administración ejerce un papel no lineal respecto a los ciudadanos, sino que se erige en una posición muy parecida a la jurisdiccional¹⁰⁴.

Es aquí donde un primer destino y fin de la policía que era el orden público va evolucionando hacia otros objetivos con la resultante evolución de la policía general a las policías especiales¹⁰⁵. El denominado orden público se fue engrosando existiendo cada vez más aspectos de “lo público” que desentrañaban el interés y la necesidad de intervenir por parte del Estado¹⁰⁶. Existían de manera creciente materias que requerían un control y

que capacita para ejercer funciones y realizar actos de autoridad pública; los derechos derivados de este “status activo” son los denominados derechos de la función pública. G. JELLINEK (1912), *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. V. E. Orlando Milano: Società Editrice Libreria.

¹⁰² L. JORDANA DE POZAS (1951), *El problema de los fines de la actividad administrativa*, Texto de la ponencia presentada al Seminario sobre Problemas actuales de la Administración Pública, del Instituto de Estudios Políticos.

¹⁰³ R. ENTRENA CUESTA (1972), *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Tecnos.

¹⁰⁴ V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad de la administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid: Marcial Pons, p. 32.

¹⁰⁵ En líneas anteriores hemos adelantado cómo la administración municipal pasará de la pasividad a la extensión del orden público: en un primer momento “la administración municipal” adopta una actitud pasiva o abstencionista (respecto del ámbito de aplicación, no de los medios) limitándose su actuación al orden público. Sobre la evolución del orden público en el actual régimen local observamos como inicialmente esta competencia se redactó en términos mucho más ambiguos que en la regulación vigente al referirse en su art. 25.2 a la seguridad en lugares públicos y a la protección civil, prevención y extinción de incendios y tras la redacción dada por la LRSAL en 2013 las competencias municipales en la materia se convierten todavía en más genéricos con la referencia a la policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios. F. J. BAUZÁ MARTORELL (2017), *Derecho administrativo y Derecho penal. Reconstrucción de los límites*, Barcelona: Wolters Kluwer.

¹⁰⁶ Cuando profundicemos en la aplicación de este traspaso de época (Edad Moderna-Contemporánea) para el ámbito local, veremos que ni la estructura ni la figura del alcalde cambian demasiado en la imposición del orden. Parafraseando a JOSE IGNACIO MORILLO-VELARDE: “Por lo que refiere a la Organización local el esquema Corregidor o alcalde-Ayuntamiento será denominado Jefe político y sus atribuciones judiciales encomendadas a los jueces de primera instancia”. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 25. No podemos decir que se restaure el régimen municipal

protección de los intereses generales, es por ello, por lo que podemos considerar que no se produjo propiamente una evolución desde la policía general sino una ampliación¹⁰⁷.

Acontece pues un leve “*déjà vu*” en la embrionaria legislación administrativa respecto a lo manifestado con el cumplimiento del fuero y la ordenanza. Las ordenanzas de los siglos XIV y XV abarcan ya más materias que lo que lo hicieran los antiguos fueros de la plena Edad Media¹⁰⁸. Los municipios, otrora, veían insuficiente la vetusta regulación del fuero local haciendo necesario complementar o extender la norma hacia otros aspectos. Las leyes administrativas ahora, regularán mediante la policía materias desconocidas hasta la fecha por las ordenanzas.

Es así como perviviendo la policía general o policía de seguridad como mantenedora del orden público por antonomasia, surgen al albor del nuevo término acuñado, una serie de policías especiales que autorizaban la limitación de la actividad de los particulares en aras a una plausible defensa de los intereses públicos en materia de minas, montes o aguas, sin la creación propiamente de una categoría o derecho de diferente aplicación.

El hecho de que se conservase el nombre de policía para hacer referencia a este intervencionismo en concreto, nos está demostrando que la ampliación por materias que se produjo no hizo pensar a nadie en que estaban apareciendo formas o categorías jurídicas independientes que hubiesen de ser tratadas con autonomía sistemática. Más

castellano de la Baja Edad Media, pero sí que la transformación de las instituciones y de la policía no goza de la metamorfosis del resto del Estado. El traspaso del poder regio o señorial (de policía y no judicial) a manos del poder de la “*administración*” encabezado por el alcalde se produjo con moldes preestablecidos.

¹⁰⁷ Utilizaremos a lo largo del texto los conceptos de interés general e interés público como sinónimos. Respecto de la evolución de este debatido concepto del que NIETO aventura decir: “*que la mente humana no está preparada para su definición*”. A. NIETO GARCÍA (1991), “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991), *Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, Vol. 3, p. 2189. Es destacable la idea aristotélica del bien común, la espiritual teológica de SANTO TOMÁS hasta el contractualismo de LOCKE Y ROUSSEAU.

¹⁰⁸ “*Siendo el Estado de Derecho abstencionista en sus comienzos, el orden público casi se limita a asegurar la «tranquilidad de la calle. La policía administrativa es simplemente policía de seguridad. Pero antes de entrar en los linderos del siglo XX se produjo ya una tal ampliación de los fines estatales y autorizaron las leyes tan considerable número de nuevas intervenciones administrativas que, junto a la policía de seguridad que, por antonomasia, siguió denominándose policía general, comenzó a hablarse de policías especiales, para comprender con tal denominación aquel conjunto de medidas limitativas de la actividad de los particulares dictadas en relación con materias específicas: policía minera, forestal, de aguas, de la circulación, etc.*”. F. GARRIDO FALLA (1953), “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *revista de administración pública*, núm. 11, p. 13.

bien puede decirse que lo que ocurrió entonces es que la denominada policía general quedó a su vez convertida en una más entre las policías especiales, la policía de seguridad.

Hemos de remarcar que este nuevo concepto de policías especiales viene favorecido por la inclusión en el orden público de asuntos que hasta la fecha formaban parte de relaciones privadas entre particulares¹⁰⁹. La teoría de que existe un orden general público que ha de primar sobre los intereses particulares es la que promueve la creación de las policías especiales y las relaciones privadas dejan de tener esa relación particular para extenderlas a un abstracto “orden público” delimitado a la postre con los fines de cada administración. El engrose de este orden público rompe el equilibrio entre la regulación del Derecho privado y de lo público, actuando el segundo en detrimento del primero y conquistando poco a poco su terreno. Es por ello por lo que para el presente caso parecen tocarse los extremos entre orden público e interés público.

La actividad de policía va a presentar un carácter exorbitante y diverso debido a las particularidades de la materia. Aparecen bien sentados los criterios doctrinales respecto al ejercicio de la actividad de policía por parte de GARRIDO FALLA¹¹⁰, no objetables a la contemporaneidad:

1. **RELACIONES PRIVADAS.** Este concepto mutante a lo largo de la historia debe operar como límite de la actividad de policía. La razón de ser y sino de esta técnica es la protección de los intereses generales. Es por ello que no puede esta técnica actuar a requerimiento de un particular para la defensa de los intereses privados debiendo éste acudir a los tribunales de justicia.
2. **ÚLTIMA RATIO Y PROPORCIONALIDAD.** Dentro de los medios de la policía que limiten el ejercicio de derechos, sólo se deben adoptar aquellos necesarios para la conservación y seguridad del orden público. La proporcionalidad y la limitación de los particulares como última ratio en estos medios de policía, han sido dogmas consagrados por el derecho positivo¹¹¹.

¹⁰⁹ Con esta teoría parece demostrarse un lanzamiento o extensión del orden público que sirvió como punta de lanza al Derecho administrativo a través de las técnicas coercitivas que habilitó el orden público. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2011), *El Estado sin territorio*, Madrid: Marcial Pons.

¹¹⁰ F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto...*, *op.cit.*

¹¹¹ Art. 4. LRJSP: “Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”. *Ibidem*. En cuanto a lo dispuesto para la actividad de policía en el RSCL.

3. **IGUALDAD ANTE LA LEY.** Formal y material. De lo que tendremos ocasión de dedicarle un epígrafe de esta tesis a causa de la indefensión o lesiones que provoca en los particulares una actitud contraria a este principio¹¹².

3. BREVE INTRODUCCIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE POLICÍA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. SANCIONES ADMINISTRATIVAS VS. JUSTICIA.

Desde finales del S XV hasta el S XVII se viene permitiendo a los alcaldes sancionar en materia de orden público en la mayoría de ocasiones sin procedimiento alguno y fuera del aparato represivo de la justicia¹¹³. A través de órganos desligados del aparato judicial de la época, se ejecutan funciones represivas en el marco de la actividad de policía anteriormente descrita.

Existe así un paso clave en los mecanismos del cumplimiento del derecho: Las materias punibles por este poder de policía pasan a ser objeto de potestad directa de los poderes públicos. Este poder de policía que desciende del cumplimiento del fuero o de una ordenanza, era el ocupado otrora por el entramado de la justicia medieval hasta la aparición de esta técnica. Por tanto, se ha venido verificando un cambio en la causa legitimadora de esta acción coactiva que encarna a su vez el “*Ius Puniendi*”. La “*administración*¹¹⁴” está legitimada para limitar coactivamente las actividades de los

¹¹² Vid. Capítulo IX dedicado a la inactividad administrativa.

¹¹³ Huelga decir que las fechas citadas tratan de una cronología notablemente anterior a la fase previa del nacimiento del Derecho administrativo y por ende del concepto de administración pública y autotutela o por lo menos de su llegada al Estado español. La prohibición a los jueces de fallar sobre temas vinculados a la actuación de la administración, fue consagrada expresamente en la Ley 16-24 de agosto de 1790. Esta Ley decía que los jueces, bajo pena de “*prevaricato*”, no podían inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones. Posteriormente, para el año 1791, este principio fue elevado a rango constitucional. En el artículo tres de la Constitución Francesa de ese año, se estableció la prohibición a los jueces de conocer de casos relacionados a la administración pública. Nacimiento de Derecho administrativo como símbolo de la separación de poderes. En vista de esta contradicción evidente de los principios y el espíritu del “*Estado de Derecho*”, el gobierno revolucionario ideó un mecanismo de administración-juez con el fin de subsanar estas medidas, y este consistía en que las eventuales reclamaciones contra la administración debían ser conocidas y falladas por el Jefe ejecutivo, mecanismo pues que debilitaba considerablemente la subordinación de los gobernantes a la Ley.

¹¹⁴ Entendida aquí como el poder local desligado de la justicia, pues tal y como hemos explicado se trata de un hito precursor al nacimiento de la administración en España. No es propiamente la actividad de policía

particulares y no solamente por razón del orden público tal y como éste era concebido en la Edad Media y Moderna¹¹⁵. Con la policía no sólo nace el poder sancionador de la administración, sino que a la vez nacen correlativa y sucesivamente todas las medidas limitativas amparadas por el futuro Derecho administrativo: Establecimiento de órdenes y autorizaciones, medidas de ejecución forzosa, así como el resto de medios y técnicas de la actividad policial¹¹⁶.

Sin permitir la duda, las sanciones administrativas evolucionan desde las “*penas*”¹¹⁷ previstas en la actividad de policía ejercida hasta el S XVIII¹¹⁸. Estas sanciones, por el

de la administración que enunciábamos previamente, sino la policía del propio poder local desligado de la justicia y previa irrupción de la separación de poderes.

¹¹⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 153-168. Al explicar la idea de la autotutela administrativa en su fuerza ejecutiva. Principio procedente de la Revolución francesa en origen y fundamento. Contrasta de manera positiva con la hetero tutela que se encuentra presente en el marco de las relaciones privadas. El principio de autotutela no significa que no haya un control judicial de la actividad de la administración, pero ese control se produce siempre a posteriori y solo si es exigido a circunstancia del afectado. Si se llega incluso al grado de la impugnación judicial del acto administrativo, no supone automáticamente la suspensión del acto administrativo que podrá ser ejecutado por la administración. La suspensión del mismo se contempla solo para casos excepcionales en los que puede ser aprobado por el juez. Origen Histórico. Se debe al igual que el principio de legalidad a la Revolución francesa y al principio de la división de poderes. El sometimiento de la actividad administrativa al control judicial es relativamente reciente en cuanto al principio de separación de poderes entendido como que juzgar a la administración, por lo que, en la aplicación del mismo, se crean organismos administrativos encargados de revisar actividades administrativas impugnadas. Nuestra CE supone este planteamiento sometido en la actividad administrativa a control judicial y haciendo posible el control de la autotutela administrativa y el control jurisdiccional de esa actividad.

¹¹⁶ El RSCL, que supone la aceptación legal de una tripartición de la actividad administrativa (intervención administrativa en la actividad privada, acción de fomento y servicios públicos de las CCLL), coloca en sus primeros artículos el fundamento del intervencionismo administrativo coactivo. Resulta legitimado: “1. °) en el ejercicio de la función de policía para asegurar la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas; 2. °) en materia de subsistencias; 3. °) en materia de urbanismo; 4. °) en los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización de bienes públicos, y 5. °) en los demás casos autorizados legalmente y por los motivos y para los fines previstos (art. 1. °)”. Habiéndose extendido desde la fecha hacia otros fines de los contemplados en el precepto. Con esto queremos distinguir que la actividad de policía como oriunda función del Derecho administrativo, supone una fuente de apertura y desarrollo de esta rama del derecho.

¹¹⁷ STS de 25 de junio de 1966. “*La errónea creencia de que las multas administrativas son sanciones de naturaleza verdaderamente penal, como en efecto lo son las que imponen los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción ordinaria o de las jurisdicciones especiales por razón de delito o falta... en la reglamentación administrativa de múltiples y variadas materias que se hallan sometidas al cuidado y vigilancia de la administración y en la que éstas actúan reglamente en función de tutela y policía administrativa para intervenir acciones u omisiones de sus administrados que para nada rozan la materia penal o criminal propiamente dicha, es de todos conocido y por todos los estados de derecho practicado que las facultades en tal orden de cosas reservadas a la administración permiten a ésta regular las mencionadas actividades de orden público administrativo y exigiendo la multa como sanción*”.

¹¹⁸ “*Los alcaldes ordinarios reunían junto a funciones judiciales otras de carácter político-administrativo. Desde esta perspectiva, los alcaldes ordinarios parecen investidos de una inmensa gama de atribuciones de carácter gubernativo: cuestiones de orden público, policía, en sus diversas manifestaciones y, entre las*

contrario, no tenían el carácter de administrativo, sino que eran impuestas por jueces y tribunales¹¹⁹. Es por ello que hasta el Siglo XVIII. (Finales S XVIII, principios S XIX) no parece correcto hablar de sanciones administrativas puesto que, al no existir separación de poderes, son los órganos judiciales los encargados de imponer las subsecuentes sanciones, aunque en ocasiones actúen con procedimientos y materias administrativas¹²⁰.

En la misma línea que la cita antes mencionada de GARRIDO FALLA, ALEJANDRO NIETO expone que *“a mediados del Siglo XVIII con todo, tiene lugar un acontecimiento trascendental a nuestros efectos, a saber, que por excepción empieza a encomendarse a determinados órganos inequívocamente no judiciales la represión directa de las desobediencias e infracciones sin necesidad de acudir a las justicias y esto sucede cabalmente dentro del ámbito de la Policía¹²¹”*.

El origen de la autonomía administrativa de las autoridades de policía y su separación respecto del Poder Judicial nace para las EELL en la figura de los *“alcaldes de barrio”*. En la Instrucción de 21 de octubre 1768¹²² sobre la figura de los alcaldes de barrio se señala en el art. 12 que *“han de velar que los vecinos cumplan los bandos de policía tocantes al alumbrado y limpieza, exigiendo las multas que previene la ordenanza, con la aplicación que se les da en ellos; para cuyo caso tendrán jurisdicción económica y preventiva con los regidores”* y por su parte en el artículo 14 que *“también cuidarán de la limpieza y buen orden de las fuentes y empedrados, penando a los contraventores con arreglo a los bandos y órdenes publicadas¹²³”*.

Sí parece importante concluir que las potestades represoras del Estado desde los siglos XVIII y XIX no se han ejercido nunca a través de compartimentos estancos (o tribunales

de mayor trascendencia, presidir los Ayuntamientos donde no hubiera Corregidor y ejecuta los acuerdos en su nombre...”. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 27.

¹¹⁹ En la propia *“Novísima recopilación”* se advierte que las sanciones en ellas previstas serán impuestas por las *“justicias”*. *Novísima recopilación de las leyes de España* (1831), op.cit.

¹²⁰ En lo que a continuación veremos cómo se aglutina la figura del alcalde como juez y representante municipal.

¹²¹ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, p. 45.

¹²² *Novísima recopilación de las leyes de España* (1831), op.cit.

¹²³ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 46 y ss.

o administración). Sino que se ha ido distribuyendo entre los órganos estatales de acuerdo con la estructura del Estado propia de cada periodo. Y en la misma dirección predicaremos la falta de homogeneidad en cuanto a la forma de represión a nivel europeo. Pues en un primer momento con el advenimiento del Estado de Derecho, al abolirse la posibilidad de dictar sanciones por el poder regio sin pasar por el Poder Judicial, se judicializan la mayoría de materias, salvando en Austria y Suecia los vestigios del poder punitivo de la autoridad real tal y como a continuación trataremos de explicar.

4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DERECHO COMPARADO.

Pasamos a examinar como con carácter general, y por los motivos anteriormente expuestos, no se acepta en el resto de los ordenamientos jurídicos europeos¹²⁴ que las “*penas*”¹²⁵ vengan atribuidas directamente por las administraciones. Que parte del ejecutivo actúe a modo de tribunales administrativos y soslayando los tribunales ordinarios no concuerda con el objetivo de dejar atrás los poderes absolutistas concebidos como vestigios del poder real¹²⁶. Aún con todo, son perfectamente descriptibles las heterogéneas fórmulas de aplicación del derecho en esta materia a través de un muestreo por los Estados europeos influyentes en el español¹²⁷.

¹²⁴ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 162 y ss.

¹²⁵ Con este entrecomillado nos atreveremos a generalizar el castigo del orden público hasta la inexistencia de una autonomía entre Derecho administrativo sancionador y Derecho penal.

¹²⁶ “*El paso del Estado absoluto al Estado liberal operado en el siglo XIX dio lugar, en la mayoría de los Estados europeos, a una progresiva abolición del poder sancionador general de la Administración pública mediante la jurisdiccionalización de los ilícitos de policía*” (no era una potestad sancionadora de la administración aún como nasciturus, sino que era un instrumento coercitivo del poder regio). “*En el Antiguo Régimen, al poder del soberano de emitir órdenes para regular el funcionamiento de la Administración Pública se vinculaba la potestad de irrogar directamente sanciones en los supuestos de inobservancia de dichas órdenes. No existía, en un principio, la idea de una separación del injusto «policial» y del penal, y la diferencia entre justicia y policía, dado que ambas tenían con arreglo a las concepciones de la época por objeto la seguridad interior, se cifraba únicamente en la índole de aplicación en la práctica del poder soberano, no en la esencia de la cosa. De esta forma, el Derecho penal policial era sólo una parte dentro del ámbito del conjunto del Derecho penal, que abarcaba las acciones menos perjudiciales para el fin último del Estado, la seguridad y el bienestar generales, caracterizándose por el hecho de que era aplicado por las autoridades*”. B. LOZANO CUTANDA (1990), “Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 121, p. 393-395.

¹²⁷ A. LUCIANO PAREJO (1988), *Derecho básico de la Administración local*, Barcelona: Ariel.

4.1. FRANCIA.

Hablar de Derecho Francés es remontarnos a los orígenes del Derecho administrativo, pues la Ley de 16 y 24 de agosto de 1790 denominada “*Ley de separación de los poderes*” proclamaba “*que las funciones judiciales son distintas y siempre quedan separadas de las funciones administrativas*”. De esta manera se pretende poner freno contra los abusos de los parlamentos por parte de la monarquía que intervenían en la administración real y se consideraban competentes para sancionar a las administraciones¹²⁸. Este espíritu jacobino muestra la primera parte de la separación de poderes en Francia con una absoluta segregación entre funciones administrativas y judiciales¹²⁹.

Con esta tajante separación de poderes se pretendía de una parte; que los tribunales judiciales no juzgaran ni controlaran los actos administrativos ni los administradores y que los administradores no cumplieran funciones judiciales; y de la otra, se pretendía proclamar también la neutralidad de la administración respecto del poder regio que hasta la fecha habían funcionado como un único elemento.

4.1.1. CONSEJO DE ESTADO.

Por muy aturdido que se halle el lector ante este inusual repaso, dejar fuera a la administración de cualquier control judicial parece poco acorde con el naciente Estado de Derecho. En este sistema de separación absoluta resurge la justicia retenida a través de unos órganos de inicial carácter consultivo. Esto órganos desembocan en la creación por Napoleón Bonaparte en 1799 de la figura del Consejo de Estado; que, si bien en sus orígenes no tiene una misión definida, poco a poco se configura como el más alto tribunal del orden administrativo encargado de solucionar los litigios públicos¹³⁰.

¹²⁸ En una clara evolución del cumplimiento del Derecho público en las EELL que pasa por: justicia medieval, poder directo del Rey soslayando el entramado judicial, judicialización del poder de policía e imposición de sanciones por poderes gubernativos.

¹²⁹ Ley de Organización Judicial. (Ley 16-24 de agosto de 1790). Art. 13. “*Las funciones judiciales son y serán distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones*”.

¹³⁰ El Consejo de Estado (en francés, *Conseild'État*) es una institución pública francesa creada por Napoleón Bonaparte en 1799, con la aprobación de la Constitución del Año VIII, como sustituto de instituciones análogas que existieron durante el Antiguo Régimen. Desde 1875 tiene su sede en el Palais-Royal de París. El Consejo es el órgano consultivo del Gobierno, y funciona además como última instancia de la jurisdicción administrativa. C. LEROUX DE BELAUNDE (1985), “Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia”, *THEMIS Revista De Derecho*, núm. 3, p. 47-51. Orígenes del Contencioso Administrativo en España, desarrollados en el Capítulo IX. Acerca de la figura del alcalde y del prefecto

Ahora bien, si el nacimiento del Derecho administrativo arriba la independencia de la administración de “prohibir a los jueces bajo prevaricatio a inmiscuirse en temas administrativos”, poco a poco con la consolidación de la separación de poderes va a producirse un proceso de evolución del “Contencioso-Administrativo” francés a través del Consejo de Estado en un ejemplo claro de judicialización de la actividad de unos órganos, que empezaron siendo puramente administrativos y evolucionaron hacia un carácter jurisdiccional.

4.1.2. TRIBUNALES DE POLICÍA Y CONTENCIOSO DE REPRESIÓN.

La máxima general en este país desde poco después de la creación del Estado de Derecho y aún con altibajos es que “toda actividad represiva del Estado debe realizarse a través del sistema judicial común”. Así, salvo el poder disciplinario de la administración para con los administrados que tiene un vínculo estrecho u extraordinario, es el Poder Judicial (Tribunales de Policía y Correccionales y el Tribunal Contencioso de Represión), los que se encargan de ejercer tal actividad punitiva¹³¹.

Se bendice la potestad de la administración de definir infracciones, encomendándose a los tribunales su cumplimiento. Este extremo parece apropiado por cuanto si partimos de la teoría de encontrar diferencias entre una infracción administrativa y un ilícito, ha de ser el Derecho administrativo el que lo regule en su legislación confiando su aplicación en todo caso a un órgano distinto¹³².

como órganos encargados del cumplimiento del derecho en la todavía centralización francesa. “El alcalde y el Prefecto detentan el Poder ejecutivo en el Municipio y en el Departamento, respectivamente. Asumen algunas de sus funciones como jefes de las Administraciones locales y otras, en calidad de Administradores del Estado. A veces los Prefectos, cuando son Inspectores Generales de la Administración en Misión Extraordinaria, tienen poderes de policía suplementarios, que se extienden más allá de los límites de su Departamento de residencia, pero jamás son jefes del Poder ejecutivo en la Región y sus poderes especiales no son ejercidos sino en periodos de crisis”. C. E. RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS (1962), *La Administración local en Francia*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 83.

¹³¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ (1954), “El contencioso administrativo”, *Revista de administración pública*, núm. 15, p. 11-90.

¹³² El poder ejecutivo puede pues, definir infracciones a las que automáticamente se conectan las sanciones previstas por el Código penal; pero el poder ejecutivo que puede definir infracciones con poder propio no puede aplicar sanciones, pues ello es competencia de los Tribunales de Policía. Este sistema contencioso que está presente en sus orígenes, se intentó establecer en España con el proyecto SILVELA en 1838 y posteriormente mencionado por PARADA. No se trata de un recurso elevado al Poder Judicial, como sucede en España, pues son los tribunales los que conocen del acto actuando la administración como parte demandante. Sistema éste previsto por PARADA en J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de administración pública*, núm. 67, p. 48-50. Otro elemento importante en el heterogéneo advenimiento del Derecho administrativo es el Consejo de Estado por su perenne remisión a la regulación francesa. “A finales de ese mismo año 1843, González Bravo nombra una comisión «Que proponga las bases y reglamentos de un

4.2. ITALIA.

En términos similares al derecho francés, en Italia, van a ser los tribunales del orden penal los encargados de sancionar las infracciones administrativas¹³³. El Derecho Penal castiga tanto los delitos como las denominadas “*infracciones contravenciones*” que van desde el oriundo orden público hasta su extensión en las policías especiales a la caza, pesca y la reglamentación de los EELL¹³⁴.

La administración, como paradoja y tendencia común del derecho europeo, conserva cierta función represiva sin una clara explicación jurídica para las infracciones más leves, potestad que ha ido “*in crescendo*” con la tendencia a la “*despenalización*”¹³⁵.

Con mención especial para nuestro estudio y en relación a la incongruencia referida ut supra, debemos citar las infracciones a los reglamentos de los entes locales municipios y provincias tipificadas en los arts. 106 a 110 y 155 del Decreto de 3 de marzo de 1934 que aprueba la Ley Provincial y Comunal. El artículo 106 castiga, en efecto, con multa “*las contravenciones a las disposiciones de los reglamentos comunales*”, y el 155 hace extensiva la sanción a las infracciones de reglamentos provinciales. Con la misma pena,

consejo de estado» confiando su presidencia a don Francisco Javier de Istúriz y la secretaría a Don José Posada Herrera. Se trata del alumbramiento del Consejo Real, las tardes Consejo de estado... F. SOSA WAGNER (2001), La construcción del Estado..., op.cit. p. 12. Sobre la influencia de Francia en el Derecho administrativo POSADA se atrevió a decir. “Todos los hombres públicos más importantes de todos los partidos de hace siglo y medio no han hecho más que copiar las ordenanzas francesas y leyes francesas para aplicarlas a España”. Un gobernante de inteligente escepticismo; ¿Quiere esto decir que yo sea completamente escéptico y que no tenga doctrinas ni principios fijos? Lo que quiere decir esto es que yo tengo muy poca confianza en los hombres”. J. POSADA HERRERA (1995), Estudios sobre beneficencia pública, Universidad de Oviedo: Servicio de publicaciones, p. 24. No obstante, aún se discutía la atribución a este Consejo de los asuntos Contencioso Administrativos y, más allá, si el Consejo debía “conocer” de tales negocios o simplemente ser consultado defendiendo siempre POSADA la simple consulta o jurisdicción retenida. Sobre la influencia de juristas franceses y alemanes en España podemos citar a Louis Marie Delahaye de Cormenin (auditor del consejo de Estado). Louis-Antoine Macarel. Alemanes: Günther Heinrich von Berg con el Tratado de Policía. Robert Von Mohl, Estado de Derecho y concepción del Estado como persona jurídica.

¹³³ Art. 2 de la Ley Fundamental de 20 de marzo de 1865.

¹³⁴ Es a partir de este sistema donde RAMÓN PARADA defiende la creación de un sistema mixto en el que los funcionarios participaran en el ámbito de la potestad sancionadora, como acusadores o “*Ministerio Fiscal*” ante el Poder Judicial. R. PARADA VÁZQUEZ (1999), *Derecho Administrativo*, Vol. 1, Barcelona: Marcial Pons, p. 492 y ss.

¹³⁵ Ley de 3 de mayo de 1967.

el artículo 106, párrafo 2.º, castiga “*las contravenciones a las ordenanzas del alcalde*¹³⁶”.

4.3. ALEMANIA.

En Alemania la nota distintiva surge con un notable avance en el tiempo desde la Revolución francesa. Es tras la Constitución de Fráncfort de 1849 cuando se consagra la necesidad de que exista un control jurisdiccional de la administración a través de un órgano especializado imponiéndose así el Contencioso-Administrativo¹³⁷.

El concepto de infracción administrativa se desliga de la justicia en Alemania con la aplicación de las tesis iusnaturalistas del bien jurídico protegido. En primer lugar, se trataba de averiguar si la protección refería a un daño individual o colectivo y en segundo, si se trataba de un acto moralmente reprochable en todo momento y de carácter neutral, o si presentaba variación en función de la época como es el caso de la infracción administrativa¹³⁸.

Así, FEUERBACH, inspirador del Código Penal Bávaro de 1813, y mencionado por RODRÍGUEZ SÁNCHEZ¹³⁹ bajo el influjo de la ilustración y el iusnaturalismo, ya afirmaba que el objeto de protección del Derecho penal estaba constituido por los derechos de los súbditos y los del Estado¹⁴⁰. Sobre esta inicial premisa distinguió el delito

¹³⁶ Sobre el papel del alcalde en el antiguo régimen italiano son destacables las páginas escritas por L. VANDELLI en: L. VANDELLI (2006), *alcaldes y Mitos. Sísifo...*, op.cit., p. 1-9.

¹³⁷ C. SCHMITT (1927), *El Concepto de lo político*, España: Alianza. C. SCHMITT (1928), *Teoría de la constitución*, España: Alianza.

¹³⁸ Como veremos más adelante, esta teoría también es recogida por cierta jurisprudencia en España entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1985. “*Es necesario destacar que son distintas en razón de su naturaleza; es decir, con carácter sustancial o cualitativo, las infracciones administrativas y las penales presentan diferencias que se pueden establecer de un conjunto de elementos, y así se puede distinguir: En razón al distinto ordenamiento infringido, junto a la vulneración del ordenamiento administrativo, la infracción se manifiesta o contiene una lesión de interés cuyo cuidado se atribuye y compete a la administración, en la infracción penal se lesionan los derechos subjetivos del individuo, de la colectividad o del Estado e incluso puede afectar a intereses administrativos del propio Estado*”.

¹³⁹ C. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (2016), “Hacia una Teoría general de la potestad administrativa sancionadora: Soluciones en el Derecho Alemán”, *Gabilex*, núm. 7.

¹⁴⁰ “*Sólo el Estado manda a los hombres, siendo ésta una específica singularidad que con nadie comparte. Su voluntad tiene la fuerza de quebrar la voluntad de los individuos, de disponer sobre su patrimonio, sobre su libertad y aún sobre su vida. Y ello, aunque el Estado pueda llevar a cabo la mayor parte de sus cometidos sin necesidad de acudir a estos derechos preeminentes, ya que no puede decirse que toda su actividad sea sólo y exclusivamente dominación. El municipio también dispone de estos poderes, pero es sólo por delegación del Estado, en su nombre y en su representación. No es pues, su poder el que se pone en marcha, sino el poder del Estado, no es su propio derecho el que se activa, sino uno que le es extraño,*

natural (que sería un ataque a los derechos subjetivos individuales y como tal, una acción moralmente reprobable en todo tiempo y lugar), de los llamados delitos de policía, (de creación estatal, moralmente neutrales y variables en función de los criterios político-sociales imperantes de cada momento).

Pese a este debate, todo seguía bajo el cuerpo del Código Penal. Desde el Código Penal Bávaro de 1813 hasta el Código Imperial de 1871 podemos distinguir:

- Crímenes (Verbrechen). Sancionados con pena de muerte.
- Delitos (Vergehen). Sancionados con pena de arresto y multa.
- Contravenciones (Uebertretungen). Sancionadas con pena de arresto dejando el camino abierto al Derecho administrativo mediante una ulterior reglamentación.

Es JAMES PAUL GOLDSCHMIDT el que bajo la clasificación de las contravenciones, apostó por la autonomía de la potestad administrativa sancionadora respecto del aparato judicial clasificando los bienes jurídicos protegidos entre los cometidos por el hombre como individuo y aquellos impuestos como miembro de una comunidad (clasificación ya vista acerca de individuales o colectivos), y a su vez entre primarios; que serían los que se lesionan o ponen en peligro en los delitos clásicos contra la vida, la integridad o la libertad del individuo y secundarios; o concebidos para la protección de aquéllos.

Es este autor el que, por primera vez y con cierta mutabilidad entre sanciones y penas, lejos de establecer un *númerus clausus*, reflexiona sobre la existencia de una “*pena administrativa*” como poder propio de la administración e independiente del Poder Judicial. Estas tesis iusnaturalistas superadas entorno a mediados del siglo pasado, serán el despegar de la autonomía del poder represor de la administración tal y como pretende desarrollarse a la postre en las teorías ontológicas.

ya que, en el ejercicio de sus derechos, está tan indefenso como el acreedor frente a su deudor, pero se diferencia de éste en que dispone de un poder de ejecución que le viene del Estado”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, op.cit.

5. EVOLUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA.

5.1. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.

En primer lugar y por mandato del art. 172 de la norma, se produjo una categórica separación entre funciones judiciales (donde se encontraba la represión de cualquier “pena”) y funciones administrativas, impidiéndose al mismo Rey “*privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí, pena alguna*”¹⁴¹.

La constitución de 1812¹⁴² tuvo a este respecto un carácter radical que ora por el influjo de las teorías iusnaturalistas o más posiblemente por la hipertrofia del aparato judicial, resultaba prácticamente inviable su cumplimiento. Por tanto, ya en el Decreto de 23 de junio de 1813 se permite al jefe político del ejecutivo no sólo ejecutar las penas impuestas por las leyes de policía y buen gobierno, sino también imponer y exigir multas a los que le desobedezcan o falten al respeto y a los que perturben el orden o el sosiego público.

No se asuste el lector si de manera sucesiva ve contradichos los preceptos constitucionales en los que se predica la exclusividad del Poder Judicial en la imposición de penas, con las habilitaciones excepcionales de decretos y leyes ordinarias para la exigencia de sanciones

¹⁴¹ Undécima. “*No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna. El Secretario del Despacho que firme la orden, y el Juez que la ejecute, serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual. Sólo en caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregara disposición del tribunal o juez competente*”.

¹⁴² Sobre los orígenes del Derecho Penal en España y la codificación. La Constitución de Cádiz se cierge también como uno de los pilares en los orígenes de la historia del Derecho Penal en España. El art. 258 de la misma ya disponía que “*el Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes*”. G. QUINTERO OLIVARES (2017), *Pequeña historia penal de España*, Madrid: Iustel, p. 22. “*El siglo XIX fue sin duda la centuria de los Códigos Penales en Europa, en España y en Iberoamérica. Se ha dicho que el empeño en codificar era una exigencia central para el espíritu liberal, lo cual puede aceptarse solo con grandes reservas*”. *Ibidem*, p. 28. “*España no había tenido una ordenación de las leyes penales aplicables en todo el territorio pues Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá y la Nueva Recopilación eran contradictorias y de aplicación dudosa. Claro está que puede hablarse de ideas penales importantes anteriores al periodo codificador del siglo XI, pero la gran reserva que se ha de hacer nace de la ausencia de un sistema que pueda parecerse mínimamente a un Estado de Derecho ausente durante el absolutismo*”. Sobre la concepción ontológica del delito por el jurista italiano Rossi en el Tratado de derecho Penal y citado por QUINTERO recordando también a Joaquín Francisco Pacheco. “*Rossi no cree que el delito tenga su esencia en la mera infracción del orden moral del cual las leyes humanas han de ser su reflejo, sino que el delito es el quebrantamiento de un deber con la sociedad o los individuos requerible de suyo, por imperativo del orden moral, y útil a la conservación del orden político*”. *Ibidem* p. 117, sobre los correccionalistas iusnaturalistas y la idea de moral y derecho: pena como corrección de la voluntad del individuo y no tanto como consecuencia de la trasgresión del ordenamiento jurídico. De igual manera, A. SOLÓN RUDA (2019), *Breve Historia del Derecho penal y de la Criminología*, Barcelona: Bosch.

por parte del ejecutivo. Empero lo expuesto, tanto alcaldes como Gobernadores van a ser investidos por leyes ordinarias de una leve potestad sancionadora de índole no judicial, por reenvío de esta constitución a las Leyes de Policía y Buen Gobierno y señalándose al poder ejecutivo como órgano encargado de su ejecución

En la Administración local no hubo lugar a esta controversia respecto al sujeto activo. El alcalde siempre fue el encargado de la imposición del orden público bien por su papel concejil bien por su papel de autoridad, fusionándose de este modo esta nueva potestad atribución¹⁴³. Esto es así porque los alcaldes amen de representantes de la administración municipal siguen siendo el “*último escalón del orden judicial*” (art. 275 de la Constitución). Al presidente de la corporación local se le encomendó el juicio de conciliación y la decisión de juicios civiles de ínfima cuantía, y en lo penal; el conocimiento de los negocios criminales sobre injurias y faltas livianas, la instrucción de sumarios en el territorio de la demarcación municipal, y la detención de delincuentes con inmediata remisión al juez del partido.

Nada transmitimos ni innovamos si decimos que la constitución de Cádiz dedica al mundo local una vasta extensión que la convierte en el máximo reflejo del derecho local en la historia del constitucionalismo. Además del principio de elección democrática, este texto describe tres preceptos que entrañan dos ideas que desarrollaremos en epígrafes posteriores como claves en la mala praxis de la traslación de la potestad sancionadora al actual ámbito local: La limitación de mandato y la heterogeneidad de la planta municipal¹⁴⁴.

¹⁴³ Por ello, la estricta separación de funciones que proclama la constituyente no es predicable para la actividad del Estado y mucho menos para lo que a los municipios y a la figura del alcalde refiere. En el alcalde siguen confluyendo poderes jurisdiccionales y ejecutivos encarnando en todo caso una excepción a la separación de poderes. En suma, el Régimen de Cádiz implementa y rescata un alcalde cuasi medieval que poco a poco es necesario desjudicializar. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 28-36.

¹⁴⁴ La limitación de mandato. Nos referimos a las previsiones de esta norma de limitar la duración de los cargos. Art. 315. “*Los alcaldes se mudarán todos los años, los regidores por mitad cada año, y lo mismo los procuradores síndicos donde haya dos: si hubiere sólo uno, se mudará todos los años. Art. 316. El que hubiere ejercido cualquiera de estos cargos no podrá volver a ser elegido para ninguno de ellos sin que pasen, por lo menos dos años, donde el vecindario lo permita*”. Con esto queremos reseñar como el régimen de 1812 no dotó de la misma composición a la planta municipal poniendo de relieve la, a nuestro juicio, desacertada homogeneización de los Ayuntamientos tras la CE de 1978. Art. 310. “*Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalara término correspondiente*”.

En la Instrucción de 3 de febrero de 1823¹⁴⁵ se va desvelando esa relación entre faltas y sanciones¹⁴⁶. El art. 80 narra que *“los Ayuntamientos tienen la facultad de imponer multas proporcionadas que no pasen de quinientos reales en los asuntos correspondientes a sus atribuciones, no siendo por culpas y delitos por los cuales se debe formar causa por tener una pena señalada terminantemente en el Código Penal”*.

La cuantía de la sanción parece ser en esta época el cambio de agujas del tren que ora nos llevará a la aplicación de una sanción por el ámbito judicial en el código penal ora se impondrán por las autoridades administrativas locales sin la existencia de un procedimiento aparentemente formal¹⁴⁷.

5.2. LA LEGISLACIÓN DE 1837, 1845 Y EL PAPEL DEL ALCALDE.

En la constitución de 1837 no se consagra una independencia tan límpida entre el Poder Judicial y el ejecutivo como en la precitada, configurándose las libertades individuales de un modo más difuso. En concreto para la libertad personal del individuo, se practica una remisión a leyes ordinarias de cara a los supuestos en que se podrá detener y confinar a todos los españoles. El Régimen local queda encuadrado en una regulación aséptica¹⁴⁸ y

¹⁴⁵ Se atribuye cierta potestad sancionadora al alcalde siempre que no se exceda de una determinada cuantía. (viva reminiscencia art. 59 TRRL). Art. 39. *“Practicarán en los referidos pueblos las primeras diligencias para la averiguación y castigo de los delitos que se cometan en su distrito y para la aprehensión de los delincuentes, poniéndolos a disposición del juez a quién corresponda el conocimiento dentro del término que señale la ley, quedando desde entonces inhibido de toda intervención. Art. 40. “Podrán imponer penas a los que faltaren o contravinieren a sus bandos o disposiciones de buen gobierno, a los que cometieren desacato o falta de respeto a su autoridad o a la de los demás individuos de Ayuntamientos siempre que dichas penas no excedan de 100 reales o 3 días de arresto, salvo si los reglamentos u ordenanzas vigentes prescribiesen otra mayor o menor”*.

¹⁴⁶ *“De esta manera nos encontramos con un sistema legal montado sobre las siguientes bases: Unos Jueces con facultades sancionadoras para las faltas tipificadas en el código penal y que han de obrar de acuerdo con un procedimiento formal y unas autoridades administrativas, alcaldes y jefes políticos, con facultades sancionadoras hasta una cierta cuantía para las faltas tipificadas en los reglamentos generales y locales, que pueden proceder sin atenerse a las reglas del procedimiento judicial formal. Y todo ello con una advertencia final: la posición de los alcaldes es muy curiosa puesto que ejercitan al tiempo funciones judiciales y administrativas; con la consecución de que, en cuanto jueces inferiores, pueden sancionar faltas penales y, en cuanto autoridades municipales, pueden sancionar también faltas administrativas”*. A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit.

¹⁴⁷ JOSE I MORILLO explica claramente la inexistencia de justificación formal en la atribución de funciones judiciales en esta época, definidas por un carácter puramente accidental. Se transforma parte del órgano judicial a un órgano político-administrativo sin apenas variar sus funciones. *“La justifica y lamenta en la imposibilidad de mantener un aparato judicial lo amplio que fuera menester por la onerosidad que ello supondría. Es, por tanto, la economía la causa determinante de que en un mismo órgano confluyeran los dos tipos de funciones referidas hasta pasada la mitad del Siglo XIX”*. J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 40.

¹⁴⁸ Artículo 71 *“La ley determinará la organización y funciones de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos. Solitario artículo dedicado al régimen local en esta norma”*.

lacónica subsistiendo este papel mixto del alcalde entre juez y representante de la administración, que le va reconociendo a la postre un papel principal en la imposición de “*penas*” por faltas cometidas en la contravención del orden público.

La legislación de 1845 mantiene la falta de regulación en el Régimen local. Sin embargo, de todo ellos no es reflejo el texto constitucional, sino que, por su escasez de regulación hemos de ahondar en la legislación ordinaria de 1845 en la que se señala respecto del papel del alcalde que: *“Como juez, el alcalde instruye las primeras diligencias en los asuntos criminales y celebra los juicios de faltas con arreglo al libro tercero del Código penal, y como autoridad administrativa, aplica las penas señaladas en las leyes y reglamentos de policía y en las ordenanzas municipales e impone y exige las multas con las limitaciones siguientes: hasta quinientos reales de vellón, en los pueblos que no lleguen q quinientos vecinos; hasta trescientos, en los que no lleguen a cinco mil, y hasta quinientos, en los restantes¹⁴⁹”*.

La normativa penal no contradice lo expuesto para el poder sancionador de los alcaldes. El art. 493 del Código Penal de 1849 estableció el principio de que: *“Las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración pública que se publicaren en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro (el III de las faltas) aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales”*.

Concisamente la cuantía de la sanción vuelve a acompañarnos como diferencial en esta época, lo que más adelante utilizarán los defensores de la inexistencia de diferencias materiales entre las penas y sanciones para defender que el único criterio de distinción ha sido la cuantía de la sanción o la gravedad del ilícito.

Todo ello transcurre sin una leve invocación al principio de legalidad ni para la potestad sancionadora ni para el ámbito penal. Hasta 1830 la jurisprudencia se había limitado a confirmar ocasionalmente la competencia sancionadora de las autoridades gubernativas, como sucede en el Decreto de competencias de 6 de junio de 1846, en el que se declara que cuando la multa es un acto comprendido en las atribuciones de policía rural, puede

¹⁴⁹ Art. 75 de la Ley de 8 de enero de 1845.

imponerla un alcalde. A este propósito el RD de 31 de octubre de 1849¹⁵⁰ es singularmente importante puesto que, en él y al hilo de esta afirmación de competencias gubernativas, se teoriza sobre la necesidad natural de que la administración ostente una potestad sancionadora. Otros autores como M. COLMEIRO justifican dichas actuaciones en la necesidad de armar el poder ejecutivo con facultades coercitivas dentro de los límites de la policía correccional¹⁵¹ o en la necesidad de dotar de un aparato coercitivo a la administración para conseguir así su plena neutralidad y ocupar funciones de dirección y gestión.

De esta época en la que se menciona coloquialmente el “*poder penal de la administración*” encontramos las dos ramificaciones de su existencia. Por un lado, el Derecho penal, al quedar ligada al mismo y alternándose las multas y penas con los tribunales de este ordenamiento jurídico; y de otro la policía, al castigarse las contravenciones del orden público con esta nueva potestad administrativa.

La superposición normativa que desarrollaremos a continuación era hartamente complicada para el caso de los municipios. En este tipo de entidades, los alcaldes ocupaban el último

¹⁵⁰ Por Real Decreto-sentencia de 31 de octubre de 1849 en el que se resuelve una cuestión de competencia entre un Gobernador Civil y un juez de primera instancia, se trata de justificar a nuestro juicio de manera infructuosa, la autonomía del poder represivo de los alcaldes al margen del aparato judicial con el fundamento de la dirección de la administración municipal y dotando de cobertura las leyes de orden público a las ordenanzas para la potestad sancionadora. Nacimiento del poder punitivo penal de la administración. “*Considerando que al conferir el Código penal a los alcaldes la atribución de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que en él se mencionan, ha estado lejos de privarles de los demás caracteres, facultades y atribuciones que a dichos funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos. Que correspondiendo por las leyes a los alcaldes y otras autoridades administrativas superiores e inferiores la facultad de imponer multas gubernativamente como atribución necesaria para el desempeño de sus funciones, y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la Administración por Leyes recientemente publicadas, este fundamento desaparecería si el Código penal se entendiese en el sentido de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas y todas las faltas juzgadas por los alcaldes con la dependencia y bajo la subordinación de los jueces de primera instancia. Que esta interpretación acarrearía los graves inconvenientes: 1. De que se entendiese variada la forma actual de la Administración pública en su parte más esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes. 2. De que esto sucediese con motivo de una ley provisional, en la cual ni en el Código para cuya observancia fue dictada no se trató ni discutió de propósito un punto de tanta trascendencia, a fin de evitar conflictos entre la Administración y el Poder Judicial. 3. De que, con esta doctrina, ceñirse deberían y concentrarse en el juicio de los alcaldes y tenientes la aplicación de los medios coercitivos y correccionales y los actos todos de autoridad que requiriesen la imposición de multas u otras reprensiones semejantes señaladas en las leyes. 4. De que, según esto, estarían los agentes y empleados de la Administración, como tales, sometidos a los funcionarios del orden judicial y además sujetos a las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por más temerarias que fuesen, con grave daño del servicio público y menoscabo de la independencia e irresponsabilidad de la Administración consignadas en la Constitución y en las leyes”.* J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador de la Administración...*, op.cit., p. 72 y ss.

¹⁵¹ M. COLMEIRO Y PENIDO (1850), *Derecho administrativo español*, Madrid: Imprenta y librería de Eduardo Martínez, tomo II. p. 303. citado en J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador de la Administración...*, op.cit., p. 74.

peldaño jurisdiccional y actuaban simultáneamente como autoridades administrativas y judiciales.

Esta intercalación normativa la componía:

- El código Penal con faltas penales tipificadas y cuya represión correspondía a los jueces a través de un juicio penal.
- Reglamentaciones generales que tipificaban faltas y sanciones sin preocuparse propiamente sobre el órgano que debiere conocer de cada ilícito.
- Reglamentos y ordenanzas municipales que tipificaban faltas u sanciones atribuyendo de manera expresa al alcalde su represión.

Pese al nacimiento de este nuevo poder administrativo, surge la liza acerca de determinar cuándo el alcalde está actuando como representante judicial y cuándo como representante gubernativo.

No estaba delimitado quién era el órgano competente en el S XIX como tampoco lo estaban los límites entre derecho Penal y Administrativo¹⁵². Donde este entramado normativo y competencial parece ponerse de manifiesto es en el Régimen local, pues la figura del alcalde aglutina cualquier contravención o contradicción contra el ordenamiento jurídico bien sea en la forma de infracción o de falta y configurándose como la instancia más cercana al ciudadano y más plausible para el ejercicio de la represión.

En el Real Decreto de 18 de mayo de 1853 lejos de aclarar esta clasificación, se propone un sistema de fuentes u orden normativo en función del tipo de falta o de pena aparejada a cada falta, explicando en su exposición de motivos las causas del problema y proponiendo como solución el derecho positivo¹⁵³:

¹⁵² “En cuanto a las faltas o infracciones en ocasiones aparecen en uno de estos dos bloques normativos: o bien en el Código Penal o bien en los Reglamentos generales o particulares. Si tal sucede, no hay problema. Pero éste surge inevitablemente cuando los mismos hechos se encuentran tipificados simultáneamente en ambos sectores del ordenamiento jurídico de donde resulta que no se sabe si son faltas penales, infracciones administrativas o ambas cosas a la vez. Conste por lo demás que el problema no es teórico sino eminentemente práctico y de gravísima trascendencia. Porque, si el sistema está montado sobre el principio de que las faltas penales deben ser reprimidas por los Tribunales de este orden y las infracciones administrativas por las Autoridades gubernativas, es evidente que, si no sabemos si los hechos constituyen falta penal o infracción administrativa (contravención) tampoco podremos saber cuál es el órgano competente para sancionar”. A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit.

¹⁵³ L. TOLIVAR ALAS (1989), “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones”, *Reala*, núm. 242.

1º. Las faltas que según el Código Penal o las ordenanzas y reglamentos administrativos merezcan pena de arresto, deberán ser castigadas siempre en juicio oral con arreglo a lo dispuesto en la ley para ejecución de dicho código¹⁵⁴.

2º. Las faltas cuyas penas sean multa, o represión y multa, podrán ser castigadas gubernativamente a juicio de la autoridad administrativa a quién esté encomendada su represión¹⁵⁵.

3º. Los alcaldes de los pueblos conservarán la facultad gubernativa de imponer multas hasta en la cantidad que permite el art. 75 de la Ley de 8 de enero de 1845 y sin atenerse al límite señalado en el párrafo 1 del art. 505 del Código penal cuando dichas penas estén establecidas en ordenanzas y reglamentos municipales vigentes cuya publicación sea anterior al código.

4º. Los alcaldes podrán, sin embargo, imponer gubernativamente la pena de arresto por sustitución y apremio de la multa, con sujeción a lo dispuesto en el art. 504 del CP, sólo cuando los multados fueren insolventes, y no pudiendo en ningún caso exceder de quince días el tiempo del arresto¹⁵⁶.

5.3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1869, EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1873, CONSTITUCIÓN DE 1876 Y LA LEY ORDEN PÚBLICO DE 1870.

La constitución de 1869 a modo de lo que ya hiciera la “Pepa”, trata de centralizar en los tribunales todo poder coercitivo o limitativo de los derechos individuales de los particulares. El propio preámbulo afirma la necesidad de que la seguridad, la propiedad, y la libertad, queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia.

Por lo que refiere al Régimen local, un artículo con cinco puntos es la única regulación de la materia con remisión a la legislación ordinaria, pudiendo destacar como nota

¹⁵⁴ Esto no excluye al alcalde de la participación en el proceso judicial, pues el CP atribuía al mismo la facultad de juzgar en primera instancia y participación en juicio oral.

¹⁵⁵ Esta regla termina significando la atribución de competencias a las autoridades gubernativas de manera directa para todas aquellas faltas cuyas penas sean de multa o represión independientemente de su tipificación. A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 59 y ss.

¹⁵⁶ Se volverá sobre la evolución histórica desde el constitucionalismo en la introducción del Capítulo VI con la concepción de la Administración local como una verdadera administración pública.

característica el principio de publicidad de las sesiones y el “control de legalidad” por parte del poder regio¹⁵⁷.

Radical es también la concepción republicana del poder represivo de la administración e independiente del Poder Judicial. El artículo 72 del proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873, sentenciaba que: “*Se prohíbe al poder ejecutivo en todos sus grados imponer penas, ni personales ni pecuniarias, por mínimas que sean*”, agregando para mayor claridad que “*todo castigo se impondrá por el Poder Judicial*”.

La Constitución de 1876¹⁵⁸ seguirá la línea del período anterior, sin olvidarse ya de las facultades sancionadoras de los Gobernadores de provincias plenamente consolidadas. Sin embargo, dada la timidez con la que las normas supremas regulan el Régimen local, debemos buscar las particularidades del poder de los Ayuntamientos en la legislación ordinaria.

La Ley Municipal de 2 de octubre de 1877¹⁵⁹ como culmen del “poder punitivo” de los Ayuntamientos expresa en el art. 77 una competencia genérica sancionadora a los mismos¹⁶⁰ al establecer que “*las penas que por infracción de las ordenanzas y reglamentos impongan los Ayuntamientos sólo pueden ser multas que no excedan de 50 pesetas en las capitales de provincia, 25 en las de partido y pueblos de cuatro mil*

¹⁵⁷ Art. 99. “*La organización y atribuciones de las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos se regirán por sus respectivas leyes. Estas se ajustarán a los principios siguientes: 1º. Gobierno y dirección de los intereses peculiares de la provincia o del pueblo por las respectivas corporaciones. 2º. Publicidad por las sesiones de unas y otras dentro de los límites señalados por la ley. 3º. Publicación de los presupuestos, cuentas y acuerdos importantes de las mismas. 4º. Intervención del Rey, y en su caso de las Cortes, para impedir que las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos se extralimiten de sus atribuciones en perjuicio de los intereses generales y permanentes. 5º. Determinación de sus facultades en materia de impuestos a fin de que los provinciales y municipales no se hallen nunca en oposición con el sistema tributario del Estado*”.

¹⁵⁸ “*En el modelo de Estado que diseñó Cánovas del Castillo se optó por una modificación de la Ley de 1870, reforma que supuso un notorio retroceso, confirmado por la Ley Municipal de 1877. Las consecuencias que estas reformas tuvieron sobre el régimen local español fueron negativas e inmediatas. El sistema electoral, sin volver a criterios censitarios, se restringió nuevamente; ya no podían elegir sus Ayuntamientos todos los vecinos del Municipio, sino que se condicionó a los que llevasen dos años con residencia fija en el término o estuviesen pagando por bienes propios alguna cuota de contribución de inmuebles, cultivos o ganadería, o de subsidio industrial y de comercio, con un año de anterioridad a la formación de las listas electorales, o fuesen funcionarios en activo o jubilados, así como los que se encontrasen en posesión de un título oficial*”. E. ORDUÑA REBOLLO (2005), *Historia del municipalismo español*, Madrid: Iustel.

¹⁵⁹ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 54.

¹⁶⁰ Respecto de la figura del alcalde además se detallan las siguientes atribuciones “*Publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento si fuese necesario por la vía de apremio y pago e imponiendo multas que en ningún caso excedan de las que establece el art. 77 y arresto por insolvencia*”.

habitantes y 15 en los restantes, con el resarcimiento del daño causado y arresto de un duro por día en caso de insolvencia”.

Estas “*penas*” que se acercan al actual concepto de sanción, van encuadrándose en el concepto de “*multa*”. Pero la gran novedad de esta norma no es la habilitación al alcalde ni la tipificación de las ordenanzas, sino que se regulan por primera vez las bases mínimas de un procedimiento de imposición¹⁶¹ que pueden sintetizarse en lo siguiente:

- No se impondrá ninguna pena sin resolución por escrito y motivada.
- La providencia se comunicará por escrito al multado: del pago se le expedirá el competente recibo. Las multas y los apremios se cobrarán en papel del sello correspondiente.
- Las multas serán precisamente pagadas del peculio particular de los multados.
- Las multas serán extensivas a todos los concejales que, según esta ley, sean responsables por el acto o acuerdo que las motive.

5.4. LEGISLACIÓN ORDINARIA “SECTORIAL”.

Habida cuenta que los textos constitucionales no dan más que una parca noción de lo que pudo ser la técnica de represión administrativa en torno al siglo XIX, y la legislación ordinaria no parece extenderse mucho más del orden público en sentido estricto; por remisión de los mismos, debemos ahondar en la legislación de las nuevas materias adquirentes de un carácter administrativo¹⁶² para tratar de apuntar así cuál será la norma de aplicación a las EELL.

En materia de montes se dictan en 1833 una serie de ordenanzas donde se atribuye la exacción de las “*penas*” a los jueces ordinarios, si bien a través de un sistema mixto que nos recuerda al Contencioso francés y a los tribunales de policía¹⁶³.

¹⁶¹ Principal regulación en los arts. 185, 186 y 187 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 publicada en la Gaceta de Madrid el jueves 4 de octubre de 1877.

¹⁶² Nos referimos a todas aquellas materias en las que en la actualidad referenciamos como de un carácter sectorial ex art. 2 de la LBRL.

¹⁶³ I. GARCÍA PEREDA, I. GONZÁLEZ DONCEL, L. GIL SÁNCHEZ (2012), “La primera Dirección General de Montes (1833-1842)”, *Quaderns d’història de l’enginyeria*, vol. XIII, p. 209-250.

En materia de caza, en la Ley de 16 de mayo de 1902¹⁶⁴ se atribuye de hecho a los jueces municipales y a los jueces de tribunales ordinarios, la competencia según que la infracción sea constitutiva de delito o falta.

Hito importante es el texto articulado aprobado por Real Decreto de 3 de septiembre de 1904¹⁶⁵ en materia de contrabando, pues comienza a distinguir entre “*faltas*” y delitos, atribuyendo las primeras a las autoridades administrativas (juntas administrativas) y reservando los delitos al ámbito judicial.

Aún con todo, la legislación sectorial tampoco fue la solución del Régimen local debiendo conformarnos con la exigua regulación de las normas que regulaban el Régimen local y los Ayuntamientos al menos hasta la fecha cronológica referida.

Para cerrar el siglo y en lo que refiere al cumplimiento, el alcalde no estaba solo: Fiscales municipales e inspectores administrativos acompañaban su andadura. Los fiscales municipales, aunque en ocasiones con picardía, participaban en el cumplimiento. Tanto es así que la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1896 limita su actuación al establecer que: “*Las autoridades administrativas carecen de competencia sancionadora sobre las infracciones tipificadas simultáneamente en las ordenanzas y en el código penal*”, una proposición que numerosas sentencias desmentían cada día.

Estas normas refieren a dos figuras inexistentes en la actualidad: Tanto los fiscales municipales como los inspectores administrativos, exclusivizándose actualmente en la figura del alcalde el compendio de medios para la aplicación del Derecho administrativo en el grueso de los pequeños municipios¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “*La ley, en su art. 50 dedica preferente atención al cazador furtivo y con razón le considera reo de delito y lo castiga con pena correccional...*”. Real orden dictando disposiciones para el mejor cumplimiento de la caza. Preámbulo. Gaceta de Madrid, 5 de julio de 1902.

¹⁶⁵ Ley de bases de 19 de julio de 1904. Decreto-Ley de 3 de septiembre de 1904, modificado por Ley de 18 de julio de 1922.

¹⁶⁶ F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.* POSADA HERRERA admite de forma expresa que el poder administrativo emita órdenes y decretos que impongan penas pecuniarias. En 1843 excluye igualmente de la reserva legal lo concerniente a asuntos locales y especialmente en materias de buen orden o policía objeto de reglamentos y vados particulares o municipales, que pueden dictarse y publicarse por las autoridades respectivas. G. VICENTE Y GUERRERO (2003), *El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)*, España: Instituto de Estudios Altoaragoneses.

5.5. LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA.

Esta época se caracteriza por la regresión al poder de policía absolutista con la confusión del avance del poder púnico por parte de la administración en lo que denominamos el poder “*penal administrativo*”¹⁶⁷.

La hecatombe del poder penal administrativo se inicia en el período de la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930), que fue en esto plenamente consecuente con los principios políticos que inspiraban su régimen. El poder penal de la Administración se afirma en efecto, en términos absolutos y sin limitaciones, en el Art. 3º al mencionar que: “*Sobre tales determinaciones del poder público, a partir del 13 de septiembre de 1923 no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable*”.

Cierto resurgir encontramos en esta época en lo que al Régimen local se refiere y por la gracia de la autonomía local consagrada en el Estatuto de Calvo Sotelo en el año 1924. El reflejo aquí del poder sancionador administrativo tiene ya fiel espontáneo en el derecho positivo como podemos observar en el art. 316 al establecer que las exacciones municipales podrán ser entre otras: “*Multas, en los casos y en la cuantía que autoricen las leyes. No podrá imponerse ninguna otra exacción ordinaria ni extraordinaria mientras no esté específicamente autorizada por una ley, salvo lo establecido en la disposición transitoria décima*”. O lo dispuesto en el art. 192 en cuanto a las “*atribuciones*” de los alcaldes de “*sancionar las faltas de desobediencia a la autoridad y las infracciones de las ordenanzas municipales de policía*”.

5.6. II REPÚBLICA.

En la Ley de la Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 subsiste este “*poder penal*” de la administración en materia de orden público atribuyéndose al ejecutivo el poder para la imposición de multas¹⁶⁸ hasta 10.000 pesetas, así como otro tipo de

¹⁶⁷ Art. 1º del Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926: “*...Materias gubernativas y disciplinarias, el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas, imposición de sanciones, sin otro límite que el que señalan las circunstancias y el bien del país y lo inspire su rectitud y patriotismo...*”.

¹⁶⁸ Vemos en esta época la alternancia en la denominación de “*pena administrativa*” entre multa y falta.

sanciones como el confinamiento de personal o la clausura e intervención de contabilidad de centros y asociaciones¹⁶⁹.

El espíritu de esta norma se plasma en la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933, que nace con el objeto de la adaptación a la realidad de la vetusta Ley de Orden Público del 23 de abril de 1870 como nueva ley de “*seguridad ciudadana*”. Volvemos a ver en esta norma la diferencia sancionadora entre “*delito*” y “*falta*” para clarificar el órgano encargado de la represión. Pues si bien el artículo sexto señala como autoridades administrativas de la República competentes para imponer el orden público al ministro de la Gobernación, Gobernador Civil, y alcalde, el artículo sexagésimo segundo aclara que para el caso de los delitos serán los jueces y tribunales con arreglo a las leyes comunes los competentes para sancionar¹⁷⁰.

En el ámbito local, la Ley municipal de 31 de octubre de 1935 habilita al alcalde además de a la potestad sancionadora a que venimos acostumbrados, a una potestad disciplinaria disponiendo en su artículo 193 que podrán imponer correcciones disciplinarias tanto a funcionarios como a dependientes del Ayuntamiento por el incumplimiento de sus deberes.

De otra parte, no es menos desdeñable el doble papel con el que aún se concibe al alcalde; judicial y ejecutivo, evidenciado en el art. 222¹⁷¹. Adelantándonos a la posible conclusión del lector, diremos que de momento no va a ser la norma la que le ponga el cascabel al gato ni la que va a separar nítidamente cuando el alcalde ejerce uno u otro papel. Sino que, en virtud del papel o funciones adoptadas por el presidente, deberán calificarse los hechos como contravención al orden público o como delito.

¹⁶⁹ Artículo 3. “*El Ministro de la Gobernación queda facultado. Para suspender las reuniones o manifestaciones públicas de carácter político, religioso o social, cuando por las circunstancias de su convocatoria sea presumible que su celebración pueda perturbar la paz pública. II. Para clausurar los Centros o Asociaciones que se considere incitan a la realización de actos comprendidos en el artículo 1.º de esta Ley. III. Para intervenir la contabilidad e investigar el origen y distribución de los fondos de cualquier entidad de las definidas en la Ley de Asociaciones; y IV. Para decretar la incautación de toda clase de armas o substancias explosivas, aun de las tenidas lícitamente*”.

¹⁷⁰ Sobre el orden público en la II República. “*La intervención del Ejército era constante para enfrentarse a los problemas de orden público (...). A veces, sin necesidad de formalidades mayores, el Ejército salía a la calle a restablecer la autoridad*”. F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República*, Barcelona: Marcial Pons, p. 25.

¹⁷¹ “*Contra las multas impuestas por los alcaldes cabrá recurso ante el Juez de instrucción, cuando las impongan en el ejercicio de su jurisdicción; y de alzada, en única instancia, ante el Gobernador Civil, cuando lo hicieren como delegados del Gobierno*”.

5.7. LA DICTADURA DE FRANCO.

La legislación municipal no ofrece novedades dignas de destacar. Las facultades sancionadoras de alcaldes y Gobernadores siguen vigentes en los artículos 112 y 260 del texto refundido de 24 de junio de 1955¹⁷². Se mantiene la tónica de la legislación anterior respecto a la diferencia cuantitativa y formal de la distinción con el ilícito, con sanciones máximas de quinientas y diez mil pesetas respectivamente.

Novedad importante tras la regulación no comparable de la Ley de Orden Público de 1877, es el diseño en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958, de un procedimiento sancionador configurado como un “*procedimiento especial*”.

A través de este innovador procedimiento se establecen garantías formales de importancia notoria en los arts. 133 a 137 donde se infieren además de los primeros principios de la potestad sancionadora; la regulación del nombramiento de instructor, la condición subjetiva del mismo, la práctica de la prueba, la notificación del pliego de cargos, o el plazo de alegaciones y la propuesta de resolución.

Pero lo más característico de este período no es tanto el aumento cuantitativo del poder sancionador gubernativo en el ámbito de la policía general, sino la extensión del “*poder penal*” de la administración a todas las policías especiales.

A tenor de lo dispuesto por PARADA VÁZQUEZ, esta extensión¹⁷³ tiene lugar o bien a través del traspaso directo de las penas del Poder Judicial a las faltas y multas administrativas en la que pudiera ser una primera despenalización, o bien por la normación y reglamentación de hasta la fecha materias desconocidas por la legislación administrativa como el caso del fraude fiscal.

¹⁷² Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953.

¹⁷³ De lo referido por este autor entendemos que podría explicarse simplemente con la extensión del concepto de orden público con la subsecuente represión de las policías especiales a través de las mismas técnicas que lo dispuesto para la policía general. J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador de la Administración...*, *op.cit.*, p. 82 y ss.

6. EVOLUCIÓN RESPECTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL.

Una vez ha intentado describirse a través de la evolución histórica del derecho positivo los orígenes del gran papel que ocupa en la actualidad el alcalde en la aplicación del Derecho administrativo; trata de conjugarse la anterior fundamentación empírico-jurídica, con una explicación respecto de la separación de los órdenes jurisdiccionales y del Estado de Derecho.

Tras la consolidación del “*liberalismo social*” (que lejos de ser homogénea podemos considerarla extendida en Europa en torno a mediados del Siglo XIX), el crecimiento de la actividad administrativa y de los fines del Estado adquiere un peso cada vez mayor. Todo ello apunta a la sobrecarga del Poder Judicial a través del ordenamiento jurídico penal para el cumplimiento de las contravenciones del orden público, sin embargo, este hecho intenta solventarse de distintos modos.

En Italia, Francia, o Alemania, el Derecho penal sufrió cierta hipertrofia pese a los intentos de Goldschmidt perfeccionados por ERIK WOLF de la segregación de un Derecho penal administrativo respecto del cuerpo del Derecho penal criminal, o lo que NIETO denomina una primera fase de “*Derecho Penal Administrativo*”.

En nuestro país el problema se solventó de modo diferente tras una tácita aceptación de que la administración debía tener su propio aparato represivo separado del Poder Judicial¹⁷⁴. En España se reclama no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo del cuerpo del Derecho penal criminal, sino una desadministrativización de la actividad sancionatoria de la administración. Se procede así a la creación de un elenco sin fin de infracciones y sanciones administrativas sin quedar fijada con cierta solvencia un aparato represivo que actúe como garante en las EELL, en los leves periodos en que han gozado de cierto autogobierno hasta el constitucionalismo actual¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Referencia realizada al RD. de 31 de octubre de 1849 creador de la “*autonomía*” de la potestad sancionadora.

¹⁷⁵ La tendencia ha sido la de descriminalizar el Derecho penal por ciertas faltas y conductas del Derecho penal, potenciando de este modo el Derecho Administrativo Sancionador. (LO. 3/1989, LO. 1/2015 modificación Código Penal). Huelga aquí hacer una referencia al nacimiento o despegue del Derecho

6.1. DE LA POLICÍA A LA POTESTAD SANCIONADORA.

En esta primera fase desarrollada ya de manera histórica, el alcalde sigue imponiendo “*penas*” soslayando los tribunales, pero con la única legitimación del orden público y alternándose con aquellos. De acuerdo con lo expuesto por JORDANA DE POZAS¹⁷⁶, el fundamento de las sanciones de la administración coetáneo al nacimiento del Derecho administrativo, fue que ésta lo hacía en su oriunda potestad de policía que devenía del absolutismo y para lo cual no hacía falta recurrir a la jurisdicción. Esta idea fue descomponiéndose en tanto se concebía la policía como una más de las formas de acción administrativa de las administraciones públicas¹⁷⁷.

6.2. LAS DISTINTAS TEORÍAS. LA EVOLUCIÓN DESDE EL DERECHO NATURAL. MITAD S. XIX.

administrativo respecto del Derecho penal. Oliván en “*De la administración pública*”, decía que: “*El Derecho administrativo consiste en la competencia de las autoridades encargadas por la ley de las diversas partes de la administración pública ya generales, ya especiales, en los preceptos positivos que rigen la materia*”. A. OLIVÁN (1954), *De la administración pública con relación a España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Para Gómez de la Serna es “*la colección de reglas que teniendo por norte el interés general de la sociedad, fijan las relaciones necesarias del Estado con los ciudadanos y de los ciudadanos con el Estado*”. P. GOMEZ DE LA SERNA (1843), *Instituciones del Derecho administrativo español*, Madrid: V. Lalama. Ortiz de Zúñiga ponía el énfasis en la preocupación por la sociedad, por la utilidad común para identificar el Derecho administrativo que atiende a conciliar los intereses locales con el interés general y los derechos de la comunidad con los de cada parte e individuo del todo social, y no se preocupa de las personas sino en cuanto son miembros de una comunidad. M. ORTIZ DE ZÚÑIGA (1842 -1843), *Elementos del Derecho Administrativo*, Granada: Imp. y librería de Sanz. Sosa Wagner enumera un relato de los principales autores en la materia en España: “*Hemos de considerar todos estos nombres como sabios de la época puesto que su sapiencia abarcaba varias materias sin exclusivizar casi nunca esta rama del Derecho público*”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.* p. 54. Bonnin y Gaudillot, Rodríguez Camaleño, Cristóbal Bordiú, Antonio Gil y Zárate, Alberto Lista, Patricio de la Escosura, Donoso Cortés, Joaquín Vizcaíno, Francisco Agustín Silvela, Joaquín Francisco Pacheco, Miguel Puche Bautista, Fermín González Moran, Javier de Burgos. “*La administración pública colocada al frente de la sociedad tiene por misión dirigir las fuerzas de sus individuos hacia el fin moral o material a que naturalmente se inclinan. Fortificar estas fuerzas por medio de la asociación y aumentarlas con el influjo importante que le dan sus medios y su autoridad*”. J. POSADA HERRERA (1995), *Estudios sobre beneficencia...*, *op.cit.*, p. 15.

¹⁷⁶ Trayectoria del origen y evolución de la policía realizada a lo largo del Capítulo. Origen. El nacimiento del Derecho administrativo no trae consigo el nacimiento del poder punitivo de la administración, consideramos que antes de la potestad sancionadora nace la policía y que esta policía contenida en ordenanzas es reprimida a través de los tribunales ordinarios por orden del poder regio tras el fin de la Edad Media. (Ya lo vimos con Garrida Falla, primero surge la policía y luego se va adaptando a la teoría general del Derecho administrativo en España) y la coacción administrativa el alcalde como autoridad política. L. JORDANA DE POZAS (1951), *El problema de los fines...*, *op.cit.* p. 34.

¹⁷⁷ Así encontramos un Anteproyecto de Código de Policía discutido en 1951 en la Real Academia de jurisprudencia y legislación. Sin embargo, tras la desaparición jurídica de la policía, la falta de altura de la intervención de las entidades locales en la actividad de los administrados le ha hecho imposible coger el relevo. C. BARRERO RODRÍGUEZ (2019), *Lecciones de Derecho...*, *op.cit.*

No podemos contemplar una dicotomía entre el ilícito penal y la “pena” administrativa hasta la heterogénea extensión de la separación de poderes en el continente europeo. Es con el advenimiento del Estado liberal, cuando dejando atrás el Estado policial absolutista, podemos empezar a definir ordenamientos jurídicos y a separar propiamente las funciones de los tribunales de las de las autoridades administrativas¹⁷⁸ con el advenimiento de la separación de poderes.

Una vez ha quedado sentada en las precedentes esta realidad histórica irrefutable, analizamos diversas teorías que a la postre han querido analizar y justificar el desarrollo de la escisión pena-sanción administrativa.

6.2.1. TEORÍAS ONTOLÓGICAS.

Cualitativas.

Este nuevo intento de poner la venda harto después de la herida desde una configuración ontológica del ordenamiento jurídico, parece nacer en Alemania tal y como hemos abordado en el epígrafe relativo a las referencias históricas del derecho comparado.

Como consecuencia de la proliferación de los fines administrativos y la extensión del orden público como título habilitante para la represión por parte de las autoridades administrativas hacia distintas materias, autores como GOLDSCHMIDT¹⁷⁹ ven necesario dar cabida a la situación a través de un sistema de represión administrativa. A través de este procedimiento se pretende habilitar y legitimar la situación vigente y, además, descargar la congestionada actividad judicial¹⁸⁰.

Este autor diferencia ambos conceptos dependiendo del bien jurídico protegido. Así distancia los hechos antijurídicamente materiales como las lesiones o daños en bienes, de la promoción del bienestar mediante la configuración de hechos anti-administrativos.

¹⁷⁸ “No hay sino una división de funciones entre los tribunales y las autoridades administrativas. Con el advenimiento del liberalismo, el Derecho penal habría de convertirse en uno de los exponentes más finos del Estado de Derecho, al quedar vinculado el ejercicio del ius puniendo al principio de legalidad de los delitos y las penas. La distinción ente delito e ilícito administrativo se hace necesaria”. J. CEREZO MIR (1975), *Límites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo*, Ponencia mantenida por el autor en Las III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, del 28 al 30 de mayo de 1975, p. 161.

¹⁷⁹ J. P. GOLDSCHMIDT (2010), *Derecho, Derecho penal y proceso*, Barcelona: Marcial Pons.

¹⁸⁰ Todo esto atestigua una vez más nuestra tesis de que se trata de un derecho creado “artificialmente” ante la proliferación de la actividad de la administración y ante la imposibilidad del atribuir de manera directa el cumplimiento de ese derecho a los tribunales judiciales.

Siendo los segundos creados por el Estado derivados de su voluntad sin que realmente exista una convicción ética de la comunidad y creándose de este modo una distinción entre delitos naturales y artificiales¹⁸¹.

En la misma línea, pero desde una concepción filosófica-jurídica, ERIK WOLF¹⁸² defiende que para el caso de los ilícitos administrativos la represión es inconexa con el hecho cometido. Este aforismo lo explica al querer proteger este tipo de contravenciones únicamente unos intereses generales y estimular la activación de la personalidad jurídica del Estado, y no propiamente unos intereses particulares que resarzan la lesión producida y el daño realizado.

La doctrina alemana ha esgrimido otras tesis de este carácter cualitativo con la afamada distinción entre la antijuridicidad formal y antijuridicidad material. La misma proscribía que al Derecho penal le corresponde la protección de los bienes jurídicos prepositivos y al Derecho administrativo sancionador la tutela de las simples desobediencias del derecho positivo. Según estos, los ilícitos penales contienen antijuridicidad material y los administrativos solo antijuridicidad formal¹⁸³. (Hacer una cosa sin respetar ciertos límites no es en sí malo o reprochable).

En Italia para otros autores como BRICOLA Y PADOVANNI¹⁸⁴, dos son los rasgos de naturaleza que caracterizan al Derecho penal. En primer lugar, la defensa de los valores constitucionales primarios¹⁸⁵ y la segunda, el principio de ofensividad, arguyendo que las “*penas*” administrativas no son conductas materialmente antijurídicas.

En definitiva y como puede comprobarse, estas nuevas teorías cualitativas no son más que herederas de las más antiguas, que lo que de hecho consideraban era que los bienes

¹⁸¹ Los delitos del Derecho penal criminal serían según GOLDSCHMIDT, delitos “*naturales*” “*per se*”, previamente dados o metas positivos mientras que los delitos administrativos serían delitos artificiales o creados sólo por la voluntad del Estado. STS de 28 de enero de 1986. Delitos Naturales y Delitos artificiales.

¹⁸² Citado por M. SALAT PAISAL (2019), “El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal”, *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 51, p. 4 y ss.

¹⁸³ R. GARCÍA ALBERO (1989), *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*, Madrid: Trivium, p. 336 y ss.

¹⁸⁴ S. CASSESE (2010), “El estado presente del Derecho administrativo italiano”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, p. 283-293.

¹⁸⁵ No parece adecuado a la realidad. La protección de ciertos valores constitucionales configurados incluso como derechos fundamentales, vivienda, medio ambiente, son objeto de la regulación administrativa por extensión del derecho constitucional.

jurídicos individuales debían ser objeto del Derecho penal y debía dejarse para el Derecho administrativo sancionador la protección de los bienes jurídicos colectivos¹⁸⁶ o intereses generales.

6.2.2. TEORÍAS FORMALES, CUANTITATIVAS Y MIXTAS.

Cuantitativas.

Tras el intento infructuoso de dotar de una explicación sólida desde la ontología, la doctrina trata de hacerlo a través de otras de carácter más formal o técnico. Esta serie de teóricos no comparten la idea de una distinción ontológica y naturalista entre penas y sanciones, debiendo hablar en todo caso de ilícitos materiales que transgreden una antijuridicidad material y protegiendo un bien jurídico. Para ellos, es la cuantía de la sanción la que abrirá el diferencial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo.

Estas teorías cuantitativas tienen un claro reflejo expreso en el derecho positivo expresado en esta tesis al mencionar la perspectiva histórica desde el nacimiento del Estado Español¹⁸⁷. A lo largo de todas las referencias al régimen municipal hemos visto como el mismo concepto de multa era atribuido a los tribunales ordinarios, o al alcalde como juez o como autoridad gubernativa dependiendo la cuantía que se impusiera.

Para nuestra desdicha tales puntales no parecen satisfacer los intereses de la colectividad, por lo que significaría que el ámbito de actuación del Derecho penal y del Derecho administrativo coincide de manera concéntrica y que ninguna infracción administrativa podría ser castigada de manera superior a una multa penal. Esta tesis, por tanto, sería difícil de cohonestar fuera de materias en las que el Derecho administrativo y el Derecho penal no compartieran esferas.

Formales.

Las teorías formales se basan principalmente en el órgano competente y en el ordenamiento jurídico aplicable, negando en todo caso una diferencia material entre penas y sanciones. Aquellos ilícitos castigados con una sanción administrativa por parte de los órganos administrativos serán administrativos. Aquellos castigados con una pena y por

¹⁸⁶ R. GARCÍA ALBERO (1989), *La relación entre ilícito...*, *op.cit.*, p. 367.

¹⁸⁷ Incluso encontramos estas teorías para diferenciar el órgano competente en la plena Edad Media. Véase la referencia al Capítulo I a las teorías cuantitativas para repartir la jurisdicción entre alcaldes mayores y ordinarios. Las referencias históricas también secundan esta teoría como epicentro material de la distinción entre penas y sanciones.

parte de los tribunales serán entonces penales, como penal o administrativo es una decisión del legislador.

Para el caso del Régimen local expuesto en la que el mismo órgano competente actúa como autoridad gubernativa y como juez de primera instancia, lo que debemos atender es al ordenamiento o derecho aplicable al caso, o en calidad de qué estaba actuando el alcalde cuando se produjo la contravención¹⁸⁸.

MANUEL REBOLLO PUIG. vuelve a recomendarnos no ahondar en un debate que le corresponde previamente al legislador con arreglo al nacimiento de la administración. *“La diferenciación conceptual entre penas y sanciones administrativas estriba únicamente en el dato formal de la competencia judicial o administrativa. Pero es que esa diferencia formal es capital, y de ella derivan otras muchas, ya no sólo formales. La distinta función constitucional de la administración y de los jueces, su diversa posición ante el ordenamiento, lo cambia todo y cada una de las actuaciones de esos dos poderes, aunque materialmente puedan presentar algún parecido remoto. Podrá aceptarse quizás que ciertos hechos puedan ser pensados por los jueces o sancionados por la administración según lo que decida el legislador, pero una vez hecha la opción hay una transformación indefectible¹⁸⁹”*.

Mixtas.

Finalmente, y consecuencia de la falta de respuesta sobre el límite entre penas y sanciones, han surgido abundantes teorías que abogan por un criterio mixto defendiendo que las diferencias existentes son tanto de corte material como de carácter formal haciendo hincapié en una u otra vertiente. Para estos autores es la suma de ambos criterios (cuantitativos y cualitativos) los que definen y distinguen el Derecho penal del Derecho administrativo sancionador¹⁹⁰.

¹⁸⁸ B. LOZANO CUTANDA (1990), *Panorámica general de la potestad...*, op.cit., p. 324

¹⁸⁹ M. REBOLLO PUIG (1999), “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, núm. 54, p. 247-282.

¹⁹⁰ P. DORADO MONTERO (2006). *Naturaleza y función del derecho*, Madrid: Biblioteca de autores españoles y extranjeros, p. 130.

6.3. TEORÍAS ONTOLÓGICAS EN ESPAÑA.

Esta evolución histórica en el Estado español y relacionando estos dos ordenamientos jurídicos, es perfectamente descriptible por NIETO¹⁹¹ al mencionar que: *“Se distinguen tres fases bien diferenciadas: la del Derecho penal de policía característico del Estado absoluto y que penetra cumplidamente en el siglo XIX, la del Derecho penal administrativo característico del estado liberal y que bajo la autoridad de Goldschmidt, se mantiene hasta la ley de contravenciones de 1968, y en fin, el derecho de contravenciones de orden administrativo que es el predominante en la actualidad. Esta evolución tal y como se ha subrayado es típicamente alemana, pero en España podemos hablar de una descripción paralela”*.

Del primigenio concepto de orden público pasamos al Derecho Penal administrativo cuyo título se lo otorgamos a JAMES GOLDSCHMIDT¹⁹² al abandonar la policía la fase de paternidad paralela con el Derecho penal que llegará probablemente hasta el año 1900. A partir de mediados del Siglo XX el Derecho administrativo español se separa de la doctrina alemana perdiéndose entre la policía absolutista y el Derecho administrativo a través de idas y venidas que acabarán desembocando en la idea del *“Ius Puniendi”* único.

6.4. INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO SANCIONADOR E IDEA DEL SUPRACONCEPTO DE “IUS PUNIENDI”.

Igual que la potestad sancionadora surge de la necesidad de que la administración como brazo ejecutor pueda reprimir y no colapsar a los tribunales, la teoría del *“Ius Puniendi”* o de la identidad ontológica no tiene otra función que la de prestar una cobertura teórica de la extensión del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador. Se trata por tanto de un claro ejemplo más de cómo la doctrina sigue a remolque los hechos y las circunstancias¹⁹³.

¹⁹¹ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 155.

¹⁹² J. P. GOLDSCHMIDT (2010), *Derecho, Derecho penal...*, *op.cit.*, p. 191-216.

¹⁹³ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 140. Tanto el Derecho administrativo como el orden penal, constituyen manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, según ha venido a reconocer expresamente la sentencia del TC 18/1981, de 8 de junio.

Tras un parón cronológico y para abandonar la anterior fase, debemos irnos hasta el tardofranquismo donde va finalizando la idea de la supletoriedad de la policía absolutista alternándose con la supletoriedad del Derecho penal y dejando paso a la asíntota del “*Ius Puniendi*” único. Dícese que cuando la doctrina o la jurisprudencia quieren asimilar dos figuras completamente distintas, forman un supra concepto que parece colegirse del “*Ius Puniendi*” o derecho punitivo único en sus dos vertientes, la administrativa y penal¹⁹⁴ (STS de 9 de febrero de 1972, STS de 31 de octubre de 1972 y STS de 13 de mayo de 1988).

Una vez han sido superados los conflictos acerca de la naturaleza de la pena aplicable (ontología) es este concepto el que se elevará respecto de las distintas ramas del ordenamiento jurídico y el que prevalecerá hasta la actualidad¹⁹⁵.

6.5. EL NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DE LA SUPLETORIEDAD A LA INTEGRACIÓN PASANDO POR EL CONCEPTO ÚNICO DE “IUS PUNIENDI”. LOS PRINCIPIOS Y SU INTEGRACIÓN.

En este proceso de incertidumbre o parón que aborda la primera parte del Siglo XX viene defendiéndose la evolución del derecho sancionador administrativo desde el Derecho penal como “*hermano mayor*”¹⁹⁶. La aplicación supletoria del Derecho penal en la aplicación del Derecho administrativo nace principalmente para el rellenado de lagunas y ante la ausencia de un Derecho administrativo sancionador propio. Son razones

¹⁹⁴ “La tesis del supra concepto de ilícito, o si se quiere la de la «identidad sustancial de ambos ilícitos, penal y administrativo» (STS de 20 de enero de 1987) es hoy, en definitiva, absolutamente dominante, aunque no falten testimonios de la postura contraria. Esta cuestión que flota entre lo jurídico y lo metafísico ha perdido actualidad y hoy parece más propia de doctorandos eruditos y profesores rancios que de investigadores imaginativos y de abogados y jueces que tienen que habérselas con la realidad casuística”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 126.

¹⁹⁵ Fundamento 4º de la sentencia de 21 de febrero de 1984 TEDH. Sentencia Oztürk. M. GARCÍA RUBIO (1984), “Potestad sancionatoria de la administración garantías del administrado: Comentario a la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Oztürk”, *Revista de Administración Pública*, núm. 104, p. 359 y ss.

¹⁹⁶ NIETO defiende que el Derecho Penal al final viene aplicándose por comodidad y por la actual ausencia de regulación del derecho punitivo público del Estado. Esto es, no evoluciona directamente del Derecho penal sino de un Derecho público administrativo, siendo únicamente por razones de oportunidad y supletoriedad por lo que adopta tales principios. A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 141.

cronológicas, constitucionales y dogmáticas, las que hacen que el Derecho penal actúe como tutor o referente en esta etapa del derecho sancionador.

Por ello, esta teoría va evolucionando poco a poco hasta concebir una relación distinta con el Derecho penal que no nace de la supletoriedad sino de la integración. Al haber partido previamente de un cuerpo común, y por unas razones de arraigo y consolidación previa del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, serán de aplicación directa a este nuevo cuerpo ciertos principios¹⁹⁷ con diferentes efectos.

Por razones ontológicas e institucionales¹⁹⁸, estos principios han de aplicarse o integrarse con un efecto diferente de lo que se infieren en el ordenamiento jurídico para el que fueron creados. Este efecto consolidado jurisprudencialmente como de un “*atenuado rigor y mayor flexibilidad que en lo que respecta al Derecho penal*” es puesto de manifiesto en las sentencias preconstitucionales de 22 de marzo y de 2 de noviembre de 1972 que tratan de teorizar el Derecho administrativo sancionador¹⁹⁹.

En un primer momento llegó a decirse que esta aplicación del Derecho penal a infracciones administrativas sólo podría hacerse en aplicaciones puntuales y para resolver lagunas²⁰⁰, sin embargo, de aquí se pasó de manera generalizada a la aplicación directa de principios del Derecho penal (que no de normas), en parte generalizada ya en la jurisprudencia preconstitucional.

Pese a que inicialmente los tribunales hablan de una traslación rotunda, es cuando de manera posterior y a pesar de esta unión de raíces, se ven obligados a introducir reservas²⁰¹ y cautelas con una traslación matizada.

¹⁹⁷ En esta línea argumental, la aplicación que actualmente se viene realizando de principios y criterios del Derecho penal no es propiamente correcta, aunque haya que aceptarla de manera transitoria mientras se van elaborando unos principios constitucionales punitivos que todavía distan mucho de ser perfilados.

¹⁹⁸ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 144-148.

¹⁹⁹ Reforzamos en numerosas sentencias posteriores; tales como: STS de 18 de julio de 1984 y STC 182/1990, de 15 de noviembre.

²⁰⁰ STS de 29 de septiembre de 1980.

²⁰¹ STS de 19 de febrero de 1988. “*Cuando la administración actúa en virtud de una supremacía general, la reserva de ley permite una posibilidad de regulación reglamentaria en virtud de remisión de ley, hecha con una determinación que prefigura el posterior desarrollo reglamentario. En el campo de la supremacía especial, caracterizado por una capacidad de auto ordenación de la administración, se exige también la cobertura legal, pero se admite con más amplitud la virtualidad del reglamento para tipificar en concreto las previsiones abstractas de la ley sobre las conductas identificables como antijurídicas*”.

En suma:

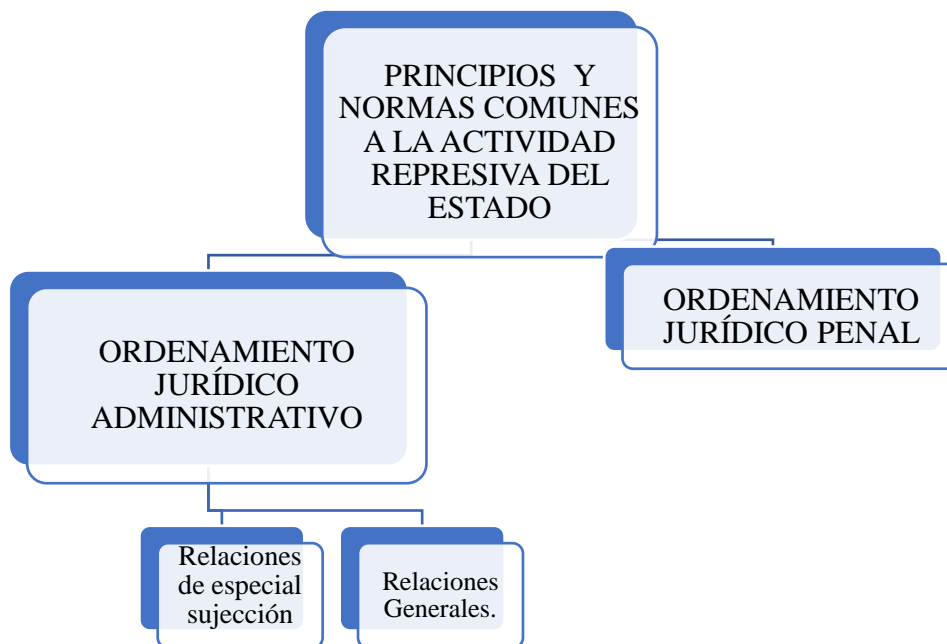
- Los tribunales insisten una y otra vez que no es lícita una aplicación automática. La STS 21 de diciembre de 1977 afirma que: *“La traslación automática de lo que constituyen instituciones o instrumentos dulcificadores de la responsabilidad presenta dificultades inherentes a la diversa estructura de ambos ordenamientos²⁰²”*. Sin darnos tampoco un ítem claro sobre cómo debe procederse a la integración.
- Como consecuencia podemos desprender que la aplicación de estos principios y criterios ha de realizarse con atenuado rigor y mayor flexibilidad, según expresiones consagradas ya en la jurisprudencia. La STS de 29 de septiembre de 1980 recuerda, en efecto, que *“la jurisprudencia se ha encargado de matizar ciertas diferencias entre el orden punitivo ordinario y el administrativo, aludiendo a una atenuación del rigor del primero en el segundo y a una mayor flexibilidad de éste²⁰³”*.

Sin embargo, la aplicación de estos principios lejos de buscar ya un origen común, se justifica actualmente por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato en el procesado y el expedientado. Este mínimo lo proporciona ahora el Derecho penal²⁰⁴, pero si algún día lo garantizase el Derecho administrativo perdería su razón el préstamo actual.

²⁰² En la STC 18/1981, de 8 de junio se advierte la aplicación de hacerse *“con matices”*, 25 marzo de 1972 (art. 1472; Suárez Manteola), 13 de mayo de 1985 (art. 4582; Vivas Marzal) o la aplicación no absoluta indicada en la STS de 13 de marzo de 1985; (art. 1208; Ruiz Sánchez) STS 28 enero de 1986 (art. 73; Martín del Burgo).

²⁰³ Sentencias del TS de 22 de marzo y 2 de noviembre de 1972 antes citadas. *“Los principios fundamentales de tipicidad de la infracción y de legalidad de la pena operan con atenuado rigor cuando se trata de infracciones administrativas y no de contravenciones de carácter penal...”*. En esta línea la STC 61/1990 de 29 de marzo: *“Siempre deberá ser aplicable en el campo sancionador el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad, como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación, nunca supresión, a los casos e hipótesis de relaciones administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la relación”*.

²⁰⁴ Pese a ser principios consolidados en el Derecho penal, la extensión de los derechos fundamentales al poder sancionador de la administración legitimaría su configuración por el Derecho público. Con ello veremos decir que los actuales principios de la potestad sancionadora en la LRJSP tienen cabida en la CE, rompiendo así con la herencia del Derecho penal. Es la garantía de los derechos fundamentales reflejada en la CE la que presta esa cobertura legal al Derecho penal.



Una vez se ha discutido sobre su carácter ontológico, reconociéndose en todo caso el ámbito sancionador de la administración y grosso modo, no negándose nunca el paralelismo entre el “*Ius Puniendi*” penal y administrativo²⁰⁵; nos encontramos en el camino de la creación del Derecho administrativo sancionador con este modelo “*Frankenstein*” de Derecho penal, Derecho administrativo y poder de policía²⁰⁶.

²⁰⁵ “La actividad administrativa sancionadora se caracteriza por su aproximación al Derecho penal, pues la administración pública cuando ejerce esta actividad necesita ajustarse al esquema penal y a los principios generales inspiradores del ordenamiento penal, que además funciona como derecho supletorio”. J. A. MANZANEDO MATEOS (1968), *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 216.

²⁰⁶ Tres fases parecen distinguirse en la creación del nuevo Derecho administrativo sancionador todas ellas con reflejo positivo en nuestra evolución histórica y previas al poder de policía real: 1. Derecho penal de policía. Absolutismo. Las sanciones emanaban de la administración, pero las imponía el Poder Judicial, o las autoridades gubernativas sin una legitimación definida. 2. Derecho penal administrativo, tras la consolidación del Estado liberal y característico de la doctrina alemana, Goldschmidt. 3. Derecho administrativo Sancionador. Pleno desarrollo tras la CE de 1978 y podría decirse que es la etapa en la que vivimos en la actualidad, tras haber recuperado propiamente su carácter administrativo respecto del Derecho penal.

Por lo que refiere a qué principios deberán aplicarse, la doctrina abarca tanto principios constitucionales como preconstitucionales incluyendo el de legalidad y culpabilidad. Las Sentencias del TS de 16 de diciembre de 1986 y 20 de enero de 1987 enumeran, aunque sin ánimo de exclusividad, una serie de principios penales aplicables al Derecho administrativo sancionador como son el de presunción de inocencia, legalidad y el de interdicción de la arbitrariedad.

Todo ello entendido del modo que tras la tesis del supra concepto donde existe un ordenamiento punitivo único con dos manifestaciones, no se trataría propiamente de una jerarquía o soberanía, sino un proceso de integración en la aplicación de sus principios²⁰⁷.

Partimos de la base de que si el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal contemplaran unos límites cuantitativa y cualitativamente definidos no habría lugar a la problemática del “*bis in ídem*”, encontrando en este último una técnica a mayores en la que poder apoyarnos para explicar los límites entre la sanción administrativa y la pena delictiva y su posible justificación en la figura del alcalde²⁰⁸. Aún con todo, lo que la norma prohíbe es sancionar dos veces si se aprecia identidad de hechos, sujeto y fundamento. Este principio no prohíbe, por el contrario, la doble tipificación tanto en la legislación administrativa como en la penal, proponiendo generalmente como solución el concurso de normas²⁰⁹.

En principio este problema trasciende al legislador²¹⁰ como acabamos de ver en el párrafo anterior, recayendo en el intérprete o el que aplica la norma. Generalmente la doctrina no nos indica qué norma prevalece, sino que tenemos que elegir una u otra moviéndonos en

²⁰⁷ Entendemos por reflejo en el derecho positivo que estos principios no son otros que los actualmente regulados en los arts. 25 y ss. de la LRJSP y que previamente acompañaron a la LRJPAC (127 y ss.) y a la LPA de 17 de Julio 1958 (Art. 133).

²⁰⁸ El “*bis in ídem*” no deja de ser otro de los principios penales con reflejo en el derecho positivo de la actual LRJSP. Artículo 31. Concurrencia de sanciones.

²⁰⁹ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 435-437.

²¹⁰ Al no apreciar una separación estricta ontológica, se permite al legislador tipificar infracciones y penas que pudieran coincidir en el mismo ámbito subjetivo y objetivo. La teoría de las tres identidades (sujeto, hecho, fundamento), nunca podría darse si en todo caso existiese una diferencia ontológica entre ambos ordenamientos, pues nunca darían lugar a fundamentos jurídicos idénticos.

la horquilla de la prevalencia del Derecho penal y del Derecho administrativo²¹¹ y no pudiendo sancionar doblemente²¹².

Distinguiamos una vertiente formal o procesal de una vertiente material del “*bis in ídem*”, diferenciando así la prohibición del no inicio del procedimiento, a la de la ausencia de la ejecución del mismo. Si en un primer caso no habría problema al aplicarse el concurso de normas o la preferencia del Derecho penal, para el caso de la absolución devendría en que la competencia para sancionar se haya querido atribuir a uno u otro organismo. Incluso el hecho de que por una falta de coordinación se haya atribuido a las dos jurisdicciones no puede redundar en perjuicio del ciudadano.

Ello no obsta a que en determinados supuestos podamos permitir cierta compatibilidad entre el ámbito objetivo del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador como en el caso de las relaciones de especial sujeción. Todo ello es ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconociendo el principio “*non bis in ídem*” como una excepción al mismo, aceptando y examinando que en casos concretos y excepcionales puede admitirse una duplicidad sancionatoria cuando la conducta lesione realmente intereses distintos, protegidos en normas diferentes. Así la Sentencia del TC 234/1991, de 10 de diciembre determina que “*para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección*”.

²¹¹ “Parece evidente que en nuestro Derecho no existe duda alguna sobre la prioridad del proceso penal, máxime cuando los textos legales son tan inequívocos al respecto. Pero las cosas no son tan claras si se piensa en lo sencillo y lógico que sería utilizar el criterio de la prioridad cronológica, de tal manera que la primera resolución, cualquiera que fuera el orden jurisdiccional de su procedencia cerrase el paso a la segunda”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 451.

²¹² El REPEPOS resultaba mucho más clarificador al respecto de la vinculación del Derecho penal al Derecho administrativo Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal. “*En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial. 3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien*”.

6.6. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

Con la promulgación de la CE se aglutinaron en la misma una serie de principios del Estado, comunes en esta nueva construcción del derecho punitivo con sustantividad propia y autonomía respecto del Derecho penal, confluyendo en el art. 25 toda serie de reglas²¹³. Es en la Carta Magna cuando podemos considerar que surge la sustantividad propia del Derecho administrativo sancionador tal y como ahora lo conocemos con una cierta autonomía propia desde el ordenamiento jurídico penal.

Una de las notas características de esta nueva rama del ordenamiento jurídico administrativo, es su doble separación por titulares (AGE, CCAA, EELL) incluyendo las administraciones instrumentales dependientes de éstos; así como por materias, (urbanismo, medio ambiente, comercio, aguas, etc.). Tras la CE 1978 surge así la sustantividad propia del Derecho administrativo sancionador y su separación respecto del ámbito penal, nunca en su concepción única sino siempre dividida por titulares y materias²¹⁴.

En suma, el principio de legalidad en el Derecho administrativo, no podemos considerarlo una novedad oriunda de la CE de 1978, aunque sí una novedad en el administrativo sancionador. Es lo que NIETO denomina las tres fases de la historia de la reserva legal y del Derecho Administrativo Sancionador en España. *“En una primera hasta 1957, la jurisprudencia había admitido una configuración explícita de la potestad sancionadora de la administración pública como inherente a la función de policía, así como la posibilidad de una habilitación explícita, pero difusa. La segunda fase se abre con la citada ley de régimen jurídico de la administración del Estado, que da pie a una interpretación extensiva de la reserva legal hasta cubrir la potestad sancionadora. Y la*

²¹³ Es cierto que el principio de legalidad que parece absorber a este precepto no podemos considerarlo propiamente una novedad de la CE, pero sí podemos hacerlo respecto a su aplicación al Derecho administrativo sancionador. El art. 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido de 26 de Julio de 1957) en su art. 27 rezaba: *“Los Reglamentos, Circulares, Instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas cánones, derechos de propaganda y otras cargas similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una ley votada en cortes”*.

²¹⁴ M. NAVAJAS REBOLLAR (2018), “El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: La introducción del programa de clemencia en el procedimiento administrativo sancionador”, en: A. HUERGO LORA, *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Iustel, p. 334 y 335.

tercera fase, en fin, se inicia con el art. 25.1 de la CE, aunque no sea más que un heredero o continuador de la situación anterior²¹⁵”.

6.7. EL FORMALISMO DESERTADO. EL “IUS PUNIENDI” EN EXCLUSIVAS MANOS DE AUTORIDADES²¹⁶.

Varios son los argumentos (hayamos logrado convencernos o no) relatados hasta el momento de manera histórica, técnica o jurídica, que fueron esgrimidos para la concepción de un poder represivo propio y autónomo de los Ayuntamientos e independiente al Poder Judicial de cuya legalización se ocupó “*ab initio*” el Derecho penal: Teorías ontológicas y cuantitativas, autoorganización y autonomía de la administración, sobrecarga del Poder Judicial²¹⁷.

Sin embargo, existe otra motivación a nuestro juicio poco explotada, de cuyo origen dimanarían la mayoría de los problemas de la aplicación del derecho en nuestras pequeñas administraciones. Esta motivación, pasa por la temeraria idea de atribuir directamente el “*Ius Puniendi*” a las autoridades políticas o gubernativas de la época de manera coetánea a la segunda proliferación de los fines administrativos y a la creación de la autonomía de la potestad sancionadora de la administración. La temeridad no es otra que atribuir el control del cumplimiento y aplicación de gran parte del Derecho público directamente a las autoridades políticas. En palabras de JOSÉ RAMÓN PARADA²¹⁸: “*Por de pronto, del análisis de la evolución histórica de la legislación administrativa se desprende que buena parte de ese desarrollo y, desde luego, el del crecimiento del poder sancionador*

²¹⁵ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.* Obsérvese como poco avanza realmente la potestad sancionadora con la CE de 1978. Se trata de un sinfín de formalismos del Derecho penal que con la cláusula residual de La “*modulación*” para su trasposición al Derecho administrativo, ha quedado en un brindis al sol adaptándose “*sui generis*” a cada administración y a cada materia. De todo ello intentaremos dar cuenta en el próximo capítulo al entender que se entromete esta idea en el ámbito procedimental.

²¹⁶ Sírvase este punto de introducción a lo desarrollado en el epígrafe del Capítulo VI de la Administración local, donde pretende invocarse la falta de neutralidad de una administración donde las decisiones de oportunidad política se diluyen en el ámbito administrativo.

²¹⁷ El motivo principal tras el constitucionalismo fue el invocado por la STC 77/1983, de 3 de octubre heredera de la doctrina alemana a pesar de no existir en España tal disfunción.

²¹⁸ Es cierto que al final de la cita PARADA evoca también la imposibilidad de la represión por parte de los Tribunales de justicia y la necesidad del apoyo de la administración: Además ciñe el cumplimiento de este sistema a funcionarios y no a autoridades: “*Porque el sector de la actividad represiva del Estado que los jueces no cumplen, tienden a cubrirlo los funcionarios. Si la legislación ha optado por la solución administrativa ello debe obedecer, al menos en buena parte, a que el legislador mismo desconfíe de que el sistema judicial pueda cumplir satisfactoriamente con aquella función*”. J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador...*, *op.cit.*, p. 43 y ss.

de las autoridades gubernativas en materia de orden público o el que afecta a la regulación de los derechos fundamentales como la libertad de expresión, ha sido consecuencia de reacciones defensivas de los grupos políticos dominantes frente a sus antagonistas, sin que en este punto ninguno de los sistemas políticos que han precedido al actual pueda considerarse inocente en el arte de la creación y empleo de potestades administrativas para descalificar al adversario político. Si la regulación de la Dictadura atribuyó descaradamente ese poder al ejecutivo, la de la II República siguió su mal ejemplo y, además, trató de justificarlo y encubrirlo con tecnicismos jurídicos”.

Una vez más, las soluciones no pudieron ni siquiera prever de lejos los problemas, puesto que la legislación comienza a tipificar de manera sistemática infracciones administrativas sin preocuparse si existirá algún órgano o mecanismo eficaz, capaz de salvaguardar los intereses que el Derecho administrativo pretende proteger en cada norma. Con todos estos bagajes, nos atrevemos a compartir el sistema de fuentes (respecto del ordenamiento jurídico aplicable y no de la norma o el ordinal en concreto) del administrativo sancionador para nuestras EELL que pudiera sintetizarse en lo siguiente:

1. Principios punitivos constitucionalizados y matizados en el Derecho administrativo en función de la jurisprudencia. Esto es, no siempre van a coincidir en identidad al Derecho penal, sino que habrá que adaptarlos al derecho de la administración.
2. Las disposiciones del Derecho administrativo (LBRL, LPACAP, normativa autonómica, supletoria estatal y ordenanzas).
3. En las lagunas y silencios donde no puedan aplicarse las reglas de Derecho administrativo ni los principios punitivos del Estado se aplicarán los principios del Derecho penal debidamente adaptados a las circunstancias²¹⁹.

En suma, tratamos de sintetizar que no hay supletoriedad en el Derecho penal para con el Derecho administrativo, sino que tal y como ocurre en los contratos patrimoniales,

²¹⁹ STS 13 mayo de 1988: “*El Derecho administrativo no es un derecho excepcional ni tampoco un derecho especial, es el derecho común general de las administraciones públicas con principios propios dotados de fuerza expansiva, de suerte que sus lagunas han de cubrirse ante todo utilizando los propios criterios del Derecho administrativo. Sólo si en este no se encuentra base bastante podrá acudir al código penal, invocable en razón de la unidad sustancial del ordenamiento jurídico y de su mayor madurez legal*”.

respecto a la LCSP²²⁰, a falta de regulación deberemos de acudir al mismo por su mayor maduración.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

Adelantándonos a los problemas que tratarán de exponerse en los Capítulos que le siguen, pasamos a presentar esta paulatina transformación del cumplimiento de la normativa de la “*justicia*” a las autoridades administrativas en las EELL en manos de una concepción omnipotente del alcalde con pingües vestigios a la actual normativa de aplicación.

Adaptación de la policía a los nuevos tiempos.

La actividad de policía nace antes de la aparición y sistematización del Derecho administrativo²²¹, por lo que con la creación de la teoría general viene a ser transpuesta sin conseguir salvar el difícil encaje del aparato local. La intervención de las EELL en la actividad de los administrados²²² o nueva actividad de policía, no ha sabido adaptarse a los nuevos tiempos o dista mucho de la plena conciliación con el actual Derecho

²²⁰ La LPAP y el RBEL hace reenvíos constantes a la normativa contractual para su preparación y adjudicación, pero ésta los excluye en su art.9. La solución propuesta por la doctrina ha sido la aplicación de la normativa contractual a los contratos patrimoniales, pero no por remisión, sino que, de conformidad con el art. 4 “*para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*”. La JCCA en el Informe de 29 de enero de 2009 menciona que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales locales es el que resulte de las normas establecidas en la LPAP y de las normas que la complementan y, en especial, por el RBEL de 1986, así como en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la legislación de contratos del sector público, cuando las normas patrimoniales así lo expresen. La Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía en su Informe de 28 de abril de 2015 concluye en sentido similar que las remisiones de la legislación patrimonial al TRLCSP se deben entender vigentes, por lo que en aquellos aspectos que la normativa patrimonial no regule y se remita a la legislación de contratos, debe aplicarse ésta. Igualmente, el Informe 5/2013 de la JCCA de Canarias señala que “*si bien el TRLCSP no es aplicable por sí mismo a la preparación y adjudicación de los contratos de arrendamiento y enajenación de inmuebles, por estar expresamente excluidos de su ámbito por el artículo 4.p) del TRLCSP, sin embargo, sus normas generales sobre preparación y adjudicación de los contratos serán de aplicación a tales contratos por la remisión que a ellas hace la propia normativa reguladora de la contratación patrimonial de las entidades locales*”.

²²¹ Sobre el poder regio y la distinción de los asuntos públicos y privados a través de los actos de autoridad y de gestión. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho...*, op.cit., p. 404-409.

²²² Art. 84 LBRL tras la nueva redacción dada por la transposición de la directiva Bolkestein (123/2006/CE) a través de las Leyes “*Ómnibus*” y “*Paraguas*” 17/2009 de 23 de noviembre y 25/2009 de 22 de diciembre y modificado también por la Ley de Economía Sostenible 2/2011 de 4 de marzo.

administrativo y concepto de administración pública²²³. Quizá lo hiciera en parte en lo que refiere al aparato represivo del resto de administraciones territoriales, pero en el municipalismo la figura del omnímodo alcalde en vía administrativa ha permanecido hasta nuestros días.

Pese a la modificación en el nomenclátor, su técnica ha transcurrido invariable mientras el sistema y principios han ido en constante cambio²²⁴. Esta vertiente positiva de la técnica intervencionista o policial de la administración como garante de derechos, parece que no ha cuajado bien en el Estado moderno. La nueva concepción del Estado como garante de la libertad del individuo²²⁵, entiende que todo cuanto signifique un atentado a la libertad ha de tener un carácter excepcional, y a pesar de que el fundamento para esa limitación es incuestionable (es remontarnos a cuestionar contrato social²²⁶, satisfacer unos intereses generales y garantizar el bien común), ha producido un abandono de la técnica, con la correlativa paradoja de la tipificación de infracciones con mayor abundancia y creando más policías especiales y más actividades ligadas a la intervención en la administración²²⁷.

²²³ Esta idea es la que trataremos de demostrar en los ulteriores capítulos de la tesis. Capítulo III. Disfunciones en el procedimiento administrativo. Capítulo IV. Falta de inspección administrativa. Capítulo V. Falta de concreción en la legislación autonómica. Capítulo VI. La neutralidad administrativa de los gobiernos locales. Capítulo VII. Los controles en vía administrativa. Capítulo IX Inactividad.

²²⁴ Sobre la evolución de la potestad de policía municipal. “A lo largo de los años la actividad de policía ha sufrido vaivenes y transformaciones, hasta instalarse prácticamente en exclusiva en la reglamentación y en la potestad sancionadora, despojándose del uso de la fuerza material, quizás porque en un sistema democrático una errática progresía haya equiparado fuerza a violencia y en consecuencia haya impuesto la idea de que la fuerza no es sostenible en una sociedad avanzada”. F. BAUZA MARTORELL (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: Iustel, p. 48.

²²⁵ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, Madrid: Tecnos, p. 28-29.

²²⁶ J. J. ROUSSEAU (2013), *El contrato social*, Barcelona: Plutón, p. 29.

²²⁷ “Es este último, quizá, el fenómeno más relevante de la moderna legislación administrativa en que no hay ley básica o reglamento que al lado de las regulaciones materiales no establezca una cohorte de sanciones para los futuros infractores; el capítulo represivo al margen del sistema judicial penal se ha convertido en el inquilino habitual de toda regulación administrativa, como acreditan la legislación tributaria, de vivienda, urbanismo, tráfico, comercio interior, comercio Exterior, policía fluvial, navegación aérea, industria, agricultura, trabajo, Publicidad, caza, etc.”. J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador de la Administración...*, op.cit., p. 82. Retomaremos la idea del rechazo inicial a la actividad de policía por la concepción inicial de la Autonomía Local frente a los absolutismos del Siglo XX en el Capítulo VIII. T. FONT I LLOVET (2019), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

El poder represivo de las EELL está anquilosado y orientado a la antigua policía sin haber conseguido modernizarse²²⁸. El Ayuntamiento, inerte, sigue siendo la casa de la justicia administrativa en primerísima instancia y en manos del alcalde, tanto es así que no en pocas ocasiones manuales y doctrina siguen hablando de la “*actividad de policía*” para referirse a la actividad represiva de los Ayuntamientos asumiendo en todo caso como propia esta denominación para designar a los efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²²⁹.

Queremos también con esta tesis defender la técnica o actividad represora de las EELL generalmente visible únicamente en su faceta coercitiva o limitadora de derechos y del orden público en general (tranquilidad-seguridad-salubridad), y mostrarla también como la función y prerrogativa principal que tienen los EELL para satisfacer los intereses generales²³⁰ garantizando el cumplimiento de la normativa y con esto su autonomía²³¹. No debemos descuidar que la potestad sancionadora como parte de la potestad de intervención o de la vetusta policía, se trata de la más inmediata manifestación de la supremacía de la administración frente a los particulares.

²²⁸ En la figura del alcalde siguen aglutinándose las facultades gubernativas y de conservación del orden público. Permítase siempre el anacronismo salvando la subordinación al principio de legalidad y tipicidad, así como el sometimiento de toda la administración al Poder Judicial ex mandato del art. 106 CE. L. SANTAYANA BUSTILLO, F. TOMÁS Y VALIENTE (1979), *Gobierno político de los pueblos de España...*, *op.cit.*, p. 7.

²²⁹ Lo que en el fondo se trata es de una progresiva inoperancia de las técnicas clásicas de la policía administrativa, cada día más obsoletas por la concurrencia de un doble orden de factores: Los que causan la ineficacia práctica de estas medidas y dificultan su correcta aplicación y los que responden a causas estructurales, donde tendría cabida nuestra tesis. Es lo que los autores denominan la ineficacia en el cumplimiento. J. F. ALEZA GARCÍA (2002), “Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental”, *Derecho penal de la empresa*, p. 598-599 citado en A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 36.

²³⁰ Defendiendo de este modo el interés general como el interés común de todos los ciudadanos como miembros de la comunidad y no la media de los intereses privados de cada particular. Por tanto, nos atrevemos a conectar estos intereses con los principios y valores constitucionales y por ende con los Derechos fundamentales. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.*, p. 171-175. D. GONZÁLEZ GIL (2021), “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad administrativa”, en: E. GAMERO CASADO, *La potestad administrativa*, *op.cit.*, p. 153-230.

²³¹ “*Es sabido que para que verdaderamente estemos ante una norma jurídica con su triple contenido de mandato, organización social y disciplina de relaciones jurídicas es indispensable que exista una garantía de la normativa correspondiente. Por los más autorizados teóricos del Derecho se ha venido declarando que esa garantía no tiene por qué consistir necesariamente en la imposición de penas o de sanciones administrativas cuando la norma sea incumplida. Con todo ha de convenir que la principal garantía está constituida por la posibilidad de imponer sanciones o en su caso penas en los casos de incumplimiento de las normas. Ello es lo que asegura el respeto al ejercicio de la autoridad democráticamente legitimad*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 289.

Con esto aspiramos aventajar el sentido limitador de derechos, autoritario y negativo que la actividad de policía ha adquirido en los últimos tiempos²³² en pro de una actividad que debiera adaptarse conforme a la mutabilidad del ordenamiento jurídico pero que se antoja necesaria para la garantía de derechos de los ciudadanos²³³.

No debemos olvidar la concepción del Estado como garante de los intereses generales y al servicio de las necesidades sociales. El intervencionismo en el cumplimiento de la legalidad y de la norma por parte de la administración es fundamental también en el Estado social²³⁴. De hecho, es con este intervencionismo donde cobra sentido, con actuaciones positivas en defensa de los derechos de los ciudadanos²³⁵.

²³² “La potestad sancionadora como forma de actividad ha quedado en la mayor parte de los casos relegada a la denominada parte especial del Derecho administrativo. Sin duda la principal razón de este desinterés doctrinal trae causa de la concepción «liberal» con la que el Derecho administrativo ha sido estudiado en los últimos años. Es decir, un derecho casi exclusivamente de garantías, en el que el estudio de la dinamización de la actividad administrativa pasaba a un plano más bien secundario”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit. p. 34.

²³³ “Correlativamente con la caracterización que se acaba de combatir, es frecuente oír de los autores de Derecho administrativo la afirmación del carácter «autoritario» del Derecho público y definir la Administración como el ejercicio de un /poder o autoridad. Estos autores, se diría que creen estar todavía en la época del Estado-gendarme y pierden completamente de vista la verdadera figura de la Administración de hoy, y el hecho de que el Estado-administrador, a más de policía, ha devenido proveedor, y en este papel no mandan más a la masa de ciudadanos de lo que puede hacerlo cualquier particular a sus clientes. Como él, el Estado se limita a ofrecer sus productos o sus servicios. Claro es que en la organización de las instituciones que aseguran esta «función prestadora», como en las operaciones destinadas a procurarle los medios necesarios, el Estado toma «decisiones ejecutorias» unilaterales e imperativas, por lo que la «técnica autoritaria» tiene su papel; pero incluso en la medida en que este medio de acción es verdaderamente original, se trata, en primer lugar, de actos que no se refieren a la masa de administrados a que estas actividades deben beneficiar, y, además, no se trata sino de medios empleados para conseguir fines que, en sí, no tienen nada de autoritarios”. F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto...*, op.cit. País donde se admira al ladrón y no se premia el cumplimiento. El propio NIETO defiende la administración como un mero gestor donde la represión es lo último de lo que debe encargarse. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, p. 35.

²³⁴ Sobre las relaciones entre Estado de Derecho y Estado Social y su incompatibilidad. “A su juicio, forma parte de la Constitución material pero no debería tener cabida en la formal, razón por la cual el Estado social entra en el Derecho público no por la puerta de la Constitución, sino por las ventanas que le abren la Administración y el Derecho administrativo, Y es que, si el Estado es una organización de poder que se asienta sobre la obediencia y el poder de dominación, su contenido social crea el peligro de convertir a ese Estado en un instrumento de dominación del individuo pues éste, al depender de las prestaciones estatales, acabará viéndose dominado por aquél”. F. SOSA WAGNER (2008), *Carl Schmitt y Ernst Forsthoﬀ: coincidencias y confidencias*, Madrid: Marcial Pons, p. 33.

²³⁵ Vid. Capítulos III y IV. La inspección y la sanción administrativa no son sino actuaciones positivas en defensa de los derechos ciudadanos. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, Madrid: Tecnos, p. 28-29. Donde aclara la necesidad de complementar este Estado prestacional con un Estado intervencionista o policial. “Y no hay contradicción entre el Estado Vigilante y el Estado social; es más no es concebible el estado vigilante, o una vuelta al modelo del estado policía en nuestro actual marco constitucional, porque el abanico de actividades de las administraciones públicas no puede agotarse en las funciones de control, supervisión o inspección. “Todavía subsiste una oscura convicción del concepto de policía...”. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit., p. 23. Hasta se ha querido cambiar de nombre por que suena a represión (intervención de las EELL en la actividad...). Tras el

GARRIDO FALLA²³⁶, Explicándonos las diferencias tradicionales entre las relaciones de Derecho público y de Derecho privado, aclara que la actividad intervencionista del Estado ya en la fecha no era sólo una actividad represora sino garante de derechos, un medio necesario del Estado para satisfacer los intereses generales.

Con la policía se limita la autonomía de la voluntad y la libre disposición de las relaciones particulares²³⁷ por la simple noción del Derecho administrativo en el que las relaciones generales han de primar sobre las particulares, (interés general vs interés particular, relaciones entre particulares vs relaciones entre la administración y el ciudadano).

Aunque resulta indiscutible que en ciertas ocasiones el Derecho administrativo regula relaciones entre particulares (ordenanzas de abastos, uso de agua y las per vivientes ordenanzas de usos de pastos²³⁸), a nuestro juicio esta incidencia tiene vocación de defensa de unos intereses generales, esto es, incide en la esfera de los intereses individuales o particulares para la defensa de los intereses generales por ello de la excelsa reivindicación para el funcionamiento de la administración. Todo siendo conscientes de la falta de uniformidad o poco pacifismo en cuanto a la tesis de qué es objeto del Derecho público y qué es objeto del Derecho privado²³⁹.

Franquismo todo control o cumplimiento normativo suena a fascismo o nacionalismo, véase IÑAKI AGRREZKUENAGA en las conclusiones de su libro, al concebir la centralización de los FHCN como una herencia de la dictadura. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1996), *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*, Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública. Por el contrario, sobre la tensión de los nacionalismos en la configuración del régimen de los FHCN y la regulación catalana véase A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Madrid: Tecnos, p. 96.

²³⁶ F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto...*, *op.cit.*

²³⁷ G. JELLINEK (1912), *Sistema dei diritti...*, *op.cit.*

²³⁸ A. CASTILLO ALONSO (2001), *Regulación legal de pastos, hierbas y rastrojeras, cámaras agrarias y su patrimonio en Castilla y León*, Salamanca: Europa Artes Gráficas.

²³⁹ Una norma en sí puede ser de Derecho público y de Derecho privado, la clave es la finalidad de la misma, qué se persigue con cada una. Para Eisenmann son tres los criterios dominantes sobre los que se apoya la doctrina, consciente o inconscientemente, para distinguir el Derecho público del privado: 1.) Identificar el Derecho privado con el Derecho de la autonomía del particular y caracterizar el Derecho público como un Derecho autoritario; 2.) Considerar el Derecho privado como el Derecho del interés privado, por diferenciación del Derecho público que sería el Derecho del interés público; 3.) Entender que, en cualquier caso, el intervencionismo del Estado da lugar al Derecho público. “No olvidemos que el Derecho administrativo funciona en muchas ocasiones como secundador del derecho constitucional en cuanto a los derechos fundamentales (participación asuntos públicos, expropiación, acceso archivos y registros, libertad de mercado), por tanto su poder punitivo o de policía viene las limitar esas relaciones individuales con el fin de garantizar unos principios generales en ocasiones tipificados como derechos fundamentales como en el caso de la tutela judicial efectiva de la administración o el principio de legalidad”. E. SCHMIDT-ASSMANN (2003), *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial

La represión como pilar de la autonomía.

No debemos pecar de nostálgicos al añorar una técnica represiva que realmente garantice el poder del Ayuntamiento para el cumplimiento de unos intereses generales desde la imparcialidad y acorde con el actual Estado de Derecho y democrático. Consiguiendo así el respeto, la consideración de la institución, y la defensa de los derechos del individuo separándolo de la tradicional figura del alcalde como enhiesto preservador del orden público. Al perder peso la materia y no haberse sor pasado con otra técnica, se hace muy difícil al Ayuntamiento seguir guardando su autonomía si cada vez que pretende imponer su normativa ha de recurrir a administraciones externas o al Poder Judicial²⁴⁰.

Lo que refiere propiamente a la potestad sancionadora.

Subsumir la actividad de policía en la potestad sancionadora, sería un error en el que no pretendemos caer. Con todo, siendo el ámbito objetivo de este trabajo un concepto más amplio que la propia actividad de policía, la redirección en última parte hacia la potestad sancionadora puede explicarse bajo el hilo argumental de ser esta la “*técnica*” que viene a sustituir a la “*justicia*” para el castigo de las extendidas contravenciones del orden público hacia fines distintos de este aborigen concepto.

No es menos cierto que la potestad sancionadora no deja de ser un medio más de la actividad de policía, sin embargo, y sin perjuicio de otras fórmulas que se estudiarán a lo largo de la tesis, ésta actúa como llave o cierre de las mismas. Con esto concluimos que los ciudadanos quedan desprotegidos e indefensos ante el anómalo funcionamiento de

Pons. “Así, por ejemplo, su idea de que el Derecho administrativo es la aplicación de los principios establecidos en la constitución a los casos singulares, o cuando dice que la administración representa la ejecución de los fines del Estado a través de órganos e instituciones determinadas”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, op.cit., p. 94. “El Derecho administrativo regula de origen las relaciones entre la administración y las de aquella con los propios ciudadanos. Pero los ciudadanos como comunidad, no a título individual. El Derecho administrativo puede utilizarse como vía para la defensa de los derechos fundamentales esto es, derechos individuales, sin embargo, sus destinatarios son la comunidad en su conjunto. La administración se erige en torno al Siglo XX como el principal brazo ejecutor de las políticas públicas no sólo del ejecutivo sino del resto de los poderes públicos. Los fines de la administración o los afamados “intereses generales” han ido mutando y evolucionando a lo largo del tiempo en función de las políticas públicas. Con el constitucionalismo se consolidan unos derechos fundamentales que hay que proteger de todo ciudadano. EL Estado debe garantizar los derechos fundamentales y protegerlos y la administración como principal brazo ejecutor debe defenderlos en sus relaciones”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 36. Sobre la transformación de los derechos fundamentales en valores. F. SOSA WAGNER (2008), *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Madrid: Marcial Pons, p. 93.

²⁴⁰ Vid. Capítulo VIII.

esta nueva técnica policial de lesionarse el bien jurídico protegido que defiende la actividad sancionadora²⁴¹.

Objetividad e independencia del órgano. Propuesta del sistema mixto.

A riesgo de enunciar esta conclusión con una derrota, nos atrevemos a decir por todo lo expuesto que no existe un hito, punto de inflexión o giro normativo (a salvo de las motivaciones políticas²⁴²), que realmente impulsen al ejercicio represor directamente a través del alcalde, puenteando el Poder Judicial. De esta manera en la Administración local, el órgano competente no cambia pasando a ejercer unas funciones tradicionalmente judiciales a otras político-administrativas. La atribución de esa capacidad sancionadora de los jueces al ejecutivo es cambiante y no parece obedecer a un criterio unívoco.

Con ello nos referimos al difícil encaje que debió cuadrar la actividad de policía. La asunción por parte de las administraciones públicas de esta potestad punitiva o sancionadora se entiende por la traslación del aparato judicial al aparato burocrático o funcional²⁴³. Esto es, parece ser que serán propiamente los funcionarios lo que “*suplirán*” a los tribunales en el ejercicio del poder punitivo. Este hecho no puede ser reconocible para las EELL de un tamaño medio y pequeño²⁴⁴, en los que la traslación se produjo y se produce directamente a las autoridades gubernativas y en la misma figura del alcalde-juez. Ciertos procedimientos se inician y resuelven sin la participación de funcionarios públicos en sus distintas fases²⁴⁵.

Por cuanto a los defensores de los sistemas mixtos como PARADA donde los funcionarios participaran en el ámbito de la potestad sancionadora como acusadores o Ministerio Fiscal, supondría atribuir funciones ad extra y complicadas al cuerpo de Habilitados Nacionales²⁴⁶, único funcionario en los pequeños municipios del territorio español.

²⁴¹ Indefensión por la falta de uniformidad en el cumplimiento. Vid. Capítulo IX.

²⁴² Vid. Capítulo VI.

²⁴³ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 163. Parangonan “*el funcionario sancionador al Juez*” no realizándose esta metáfora con el alcalde. J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador de la Administración...*, op.cit., p. 74.

²⁴⁴ Poca importancia a las entidades de pequeño tamaño que incluso las infracciones eran menores.

²⁴⁵ Vid. Capítulo III.

²⁴⁶ Vid. Capítulo X de la tesis. El Habilitado nacional como el controlador de la legalidad.

Es por lo que aquí concluimos que la falta de imparcialidad e independencia en el ámbito judicial y administrativo que en época tardo medieval atribuíamos a la figura del alcalde, aún la podemos reconocer en este poder represivo sancionador por las particularidades de este tipo de entidades.

Explicación poco convincente. Referencia al “*Ius puniendi*” en manos del personal político.

Todas las explicaciones acerca de la posibilidad de aplicar “*penas*” de manera directa por parte de las administraciones públicas al margen del aparato de la justicia o de la oriunda policía, tratan de resolver una situación más o menos consolidada en el momento de su aparición. No hubo una creación del derecho “*ex novo*” con estas teorías, sino que, a raíz de las manifestaciones materiales, tratan de darse cabida en este neófito Derecho administrativo.

Las distintas críticas acerca de la poca utilidad de estas teorías que intentan solucionar a la postre actuaciones en funcionamiento, pasan por diversos autores. NIETO²⁴⁷ insiste en la obsolescencia y redundancia de las mismas para no conseguir clarificar una situación con las siguientes palabras: “*Desde hace muchos años viene insistiendo la doctrina en un falso problema (el de la identificación o diferenciación entre delitos y faltas administrativas) que se aborda con un planteamiento monótono: unos autores afirman la identidad de estas dos figuras mientras que los otros la niegan por entender que les separan diferencias de naturaleza cuantitativa o cualitativa, según los gustos. No es mi intención ahora reproducir aquí, ni siquiera en términos sumarios, esta controversia, puesto que actualmente carece por completo de interés y, sobre todo porque ya ha sido expuesta cien veces desde los tiempos de LBES en el siglo pasado hasta los más recientes de MATTES incluso Nieto, 1970*”.

En todo caso y si partimos de la base de la estricta madurez de ambos ordenamientos jurídicos, únicamente podríamos evocar aquellas denominadas “*teorías normativas*” en las que dependiendo el ordenamiento jurídico que se haya lesionado podremos hablar de delitos o infracciones. Es por ello que dependiendo del ordenamiento jurídico que se haya violado (administrativo o penal), podremos en este caso hablar de delito o de infracción administrativa.

²⁴⁷ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 193.

En la parte que les toca a las teorías ontológicas e incluso pudiendo estar de acuerdo en fracción, debemos añadir que se trata de un concepto notablemente mutable. Para muestra un botón con los distintos procesos de despenalización que han sacudido a numerosos países y entre ellos a España²⁴⁸, de tal manera que, dependiendo de una época en cuestión, los ilícitos serán penales o administrativos en virtud de lo que diga el derecho positivo de la época.

La jurisprudencia también parece haber atacado en parte a este tipo de teorías que en todo caso precedieron a la idea del “*Ius Puniendi*” único configurador de un derecho púnico público. Es el ejemplo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio y de 4 de julio de 1989 se justifica en la unidad originaria del “*Ius Puniendi*”: “*No hay diferencia ontológica entre sanción y pena, dado que ambas son manifestaciones del «Ius Puniendi», aunque sí de matiz*”. Importante resulta también la del mismo órgano de fecha 13 de octubre de 1989. “*El artículo 25 de la constitución, donde se reconoce implícitamente la potestad sancionadora, tiene soporte teórico la negativa de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena*”.

Adelantando la inactividad.

Adelantándonos al problema de la falta de cumplimiento, en estos dos cuerpos donde se pretende plasmar de manera objetiva la realidad jurídica y geográfica del momento (Capítulos I y II); ya a lo largo del Siglo XIX para combatir el amplio arbitrio de los alcaldes en el ejercicio de sus técnicas represivas, existía el mecanismo de la responsabilidad personal. El régimen actual por mucho que nos sorprenda, es menos garantista facilitando el caciquismo en los pequeños municipios al haber suprimido casi por completo el control administrativo más cercano al ciudadano, y confiándolo todo en

²⁴⁸ Preámbulo de la LO 3/1989 de 21 Julio, norma que actualiza el Código Penal y más importante hasta la fecha sobre la despenalización. “*Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden. Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrina españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. En el mismo tipo de consideraciones debe inscribirse el hecho demostrable de que fuera de lo punible se describen y sancionan conductas de entidad notoriamente superior a las que son objeto de las descripciones penales. Resulta así que, de un lado, se ha llegado a un exceso de presencia de lo punitivo, y, de otro, se ha producido cierto desequilibrio entre las penas y el sistema de reacciones jurídicas no penales*”.

el Poder Judicial. *“El régimen jurídico actual se encuentra aceptablemente desarrollado y permite prever la anulación de las sanciones ilegales, pero, sin embargo, no es tan protector como el antiguo por asombroso que parezca. Hoy es impensable el control suficiente de la actividad administrativa sancionadora. La administración sabe que si aplica diariamente como es el caso real docenas de miles de sanciones ilegales, una parte de ellas serán anuladas por los tribunales, pero sólo una parte mínima puesto que no llegan al uno por mil las que se impugnan de tal manera que las otras novecientas noventa y nueve se hacen firmes y quienes así actúan y de ordinario declaran sus intenciones permanecen impunes. En el siglo pasado en cambio no resultaba fácil anular una sanción ilegal pero la amenaza de una responsabilidad personal ejercida por el juez operaba con una fuerza disuasoria enorme por lo que verdaderamente disuade es la responsabilidad personal y no las condenas a la Administración que es rica y ajena²⁴⁹”*.

Fíjese la incoherencia de la situación, plasmando dos ideas más que consolidadas:

- De una parte, el nuevo modelo de administración delega en el Poder Judicial el control del cumplimiento del Derecho administrativo en las EELL. La idea de autonomía pretende eliminar los controles administrativos salvo en excepcionales ocasiones, confiando al Poder Judicial como figura insustituible esta tarea.
- De otra parte, siendo conscientes que el control por el Poder Judicial de la actividad de todos los ciudadanos en el ámbito del Derecho administrativo (no de la propia administración), es inviable e inalcanzable por parte de los ciudadanos (STC 77/1983 3 de octubre), se presta necesaria la creación de un aparato represivo para las mismas con el fin de no sobrecargar los tribunales²⁵⁰. Por cuanto el ciudadano sigue relegado a la “justicia” del alcalde habida cuenta de que no todos los vecinos disponen de los medios suficiente para hacer valer sus derechos en el ámbito judicial.

Pero he aquí otra de las incongruencias de lo investigado. Lo cierto es que en los últimos años se ha necesitado la fuerza del Derecho penal para el cumplimiento del Derecho administrativo. La ineficacia del mismo ha sido una vez más notoria y ha sido necesario ir al tipo de la prevaricación en sus modalidades dolosas y por omisión la que han suplido la inexistencia de aparato represivo en la Administración local, lo que nos lleva a deducir

²⁴⁹ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 72.

²⁵⁰ STC 77/1983, de 3 de octubre.

aún cierto papel revisor del Derecho penal sobre el Derecho administrativo, reviviendo la teoría de la minoría de edad²⁵¹.

Las peores paradas, las pequeñas EELL.

Otra de las críticas a esgrimir viene dada por la idea de cómo se produjo la asunción o extensión por parte del Derecho penal. La extensión se produce con una extrapolación de principios entre ordenamientos jurídicos totalmente distintos que protegen bienes jurídicos diferentes, correspondiéndole a uno la intervención en última instancia y al otro una actuación de carácter inmediato y directo²⁵².

²⁵¹ La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2018, recurso 1215/2017, al ocuparse del delito de prevaricación, efectúa unas interesantes reflexiones sobre lo que la propia sentencia califica como “*la criminalización del Derecho administrativo*”. Esto es lo que dice el Tribunal Supremo en esta sentencia: “*Debemos incidir, en primer lugar, que en los supuestos como el que ahora nos ocupa en los que no se trata de meras irregularidades administrativas, sino que concurren los elementos de un tipo penal de prevaricación administrativa, no puede apelarse a una teoría que podría denominarse «La criminalización del Derecho administrativo», por cuanto no se trata de que el acusado haya llevado a cabo por acción u omisión meras irregularidades o incumplimientos exigidos por una norma administrativa o en un proceso de contratación al modo de infracciones que podrían tener su reflejo y solución ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino que se trata de actuaciones dolosas realizadas con conciencia y voluntad de alterar el procedimiento administrativo para realizar el acto en beneficio de una persona y con evidente perjuicio a los que no pueden acceder a los actos administrativos por la acción directa del acusado que no lleva a cabo solo meras irregularidades administrativas subsanables, o no, por actos administrativos complementarios o de subsanación, sino que la entidad del acto es de gravedad y relevancia que comporta una clara injusticia del mismo a sabiendas de que lo es. Existiría una «criminalización del Derecho administrativo» si ante una mera acción de la autoridad o funcionario pública de poca entidad o relevancia, o que pueda ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa por carecer de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal se remiten a la vía penal, siendo de aplicación el principio de intervención mínima del Derecho penal, pero no, como en este caso, cuando el acto es grave desde el punto de vista de la relevancia y «grosería» de la acción que permite apreciar la concurrencia de la omisión de todo procedimiento administrativo conllevando el dictado de un acto con apartamiento de todos los principios del Derecho administrativo vinculados, sobre todo, a la publicidad y a la transparencia, cuya misión es lo que viene a la acertada criminalización de la actuación administrativa de la autoridad o funcionario público. En todo caso, podría hablarse de la «criminalización del procedimiento administrativo seguido por quien comete un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal», pero ello no es criminalizar el Derecho administrativo, sino dar entrada a este tipo penal cuando la conducta administrativa es grosera y se realiza a sabiendas de la injusticia del acto. No se trata de conductas atípicas penalmente, ya que concurren los elementos de los tipos penales en casos de delitos contra la Administración Pública, no suponiendo una mera irregularidad administrativa, sino un verdadero ilícito pena con conductas perpetradas con dolo, y ocasionando un deterioro de la imagen de la función pública que ejercen personas que detentan cargos de responsabilidad pública y que, sin embargo, se aprovechan de esta responsabilidad y sus funciones y capacidad de decidir para intereses personales y particulares con deterioro de esa imagen de la función pública ante la ciudadanía y grave trastorno y perjuicio de la Administración Pública que es directamente atacada”.*

²⁵² “*No basta proclamar la vigencia de unos principios generales comunes al Derecho Penal. Esto podrá suplir gran parte de los defectos de la legislación; pero mientras no vaya acompañado de una verdadera tipificación, la aplicación de aquellos principios ha de realizarse sobre bases forzadas y con absoluta inseguridad. Además, los principios penales nacieron para un derecho que partía del principio de mínima intervención penal con relativamente pocas conductas punibles, no para un derecho en el que toda la intervención pública de un estado profundamente intervencionista está respaldada represivamente*”. M. REBOLLO PUIG (1989), *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid: Inap.

Una ausencia total de división entre el aparato burocrático y el político, o en términos doctrinales, la ausencia de una verdadera organización en la Administración local más pequeña²⁵³, ha hecho tanto más ineficaz y comprometida esta actividad de policía, pues ¿hasta qué punto es trasladable al procedimiento administrativo sancionador la regla penal de la imparcialidad de los juzgados y la estricta separación entre quienes instruyen y resuelven? La STS de 12 de julio de 2010 de la Sala de lo Militar parece tenerlo claro: *“Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía de estricta imparcialidad que es dado requerir en la esfera judicial no es, presencia predicable con igual significado y en la misma medida respecto de los órganos administrativos, aunque éstos se encuentren sujetos al cumplimiento de la ley y a la satisfacción de los intereses generales. Así los jueces y tribunales necesariamente han de mantenerse en una posición de naturalidad y ausencia de prejuicios respecto de las partes del proceso, que obviamente no puede darse en las relaciones entre la Administración y los administrados cuando se han de resolver las discrepancias en el ámbito administrativo, pero sí cabe esperar de los órganos administrativos que actúan con objetividad”*.

Por cuanto cuán menos se apreciará esta imparcialidad e independencia entre los vecinos o administrados de las pequeñas EELL y los alcaldes-presidentes de las mismas.

²⁵³ Sobre la descentralización del orden público en la República. *“Lo ocurrido muestra que del orden público no se puede desprender el poder central en un país tan agitado, tan propenso a la perturbación crónica y al llamamiento atávico a la guerra civil como es España (...) La justicia regional, por grande que sea la urbe en que descansa la cabeza de aquélla, estará influida por un ambiente local, y ello obedeciendo precisamente al mayor arraigo de las familias y de las personas, a la fisonomía típica peculiar, más viva, más poderosa de la ciudad”*. N. ALCALÁ ZAMORA (1936), *los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid: Espinosa, p. 64.

III. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DESDE LA REPRESIÓN. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

1. PROBLEMÁTICA INICIAL: LA AUSENCIA DE SISTEMATIZACIÓN Y LA DESACERTADA TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO PENAL A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Si bien es cierto que es imprescindible mencionar e investigar la parte general y los grandes teóricos de la materia (NIETO, GÓMEZ TOMILLO, HUERGO LORA o incluso la propia filosofía del derecho de mano de GARCÍA AMADO²⁵⁴) para el estudio de la potestad sancionadora, la presente tesis pretende ocuparse de la “*técnica*”²⁵⁵ gran olvidada en esta materia, y flexibilizada y modulada hasta la inacción. Sobre todo, la “*técnica*”²⁵⁶ adaptada a una administración que por sus medios y por su estructura difiere bastante de las restantes administraciones territoriales²⁵⁷.

Entendemos que cualquier política represiva incluida la administrativa ha de cumplir ciertos principios para garantizar su eficacia. Si en el precedente Capítulo observábamos las disfunciones predicadas respecto de la adaptación del Derecho penal al Derecho administrativo con las exigencias procedimentales y constitucionales; para el ámbito procedimental, observamos como esta potestad y su ejercicio van paulatinamente

²⁵⁴ A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, op.cit. M. GÓMEZ TOMILLO (2008), *Derecho administrativo sancionador*, Navarra: Thomson Aranzadi. J. A. GARCÍA AMADO (2010), *El derecho y sus circunstancias*, Colombia: Universidad de Colombia.

²⁵⁵ Sobre la confianza en la técnica a partir del siglo XX. “*La evidencia de la extendida fe contemporánea en la técnica reposa únicamente sobre el hecho de que en algún momento se ha podido creer que con la técnica se había hallado un suelo absoluto y definitivamente neutral. Pues en apariencia no hay nada más neutral que la técnica*”. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de...*, op.cit. p. 122.

²⁵⁶ NIETO también aquí recuerda como ha tratado de adaptarse la “*técnica*” penal a la “*técnica*” administrativa faltando en todo caso hasta la fecha la oportuna adaptación hacia la Administración local. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 429.

²⁵⁷ Entendemos que no ha sabido salvarse o adaptarse la situación a la Administración local por las explicaciones que a continuación se detallan. Que el éxito de la potestad sancionadora y del cumplimiento del Derecho administrativo depende en mayor medida que del procedimiento o de la parte general, del aparato burocrático de la administración en concreto.

debilitándose conforme descendemos en la escala de territorialidad llegando a un nivel ínfimo en nuestros más pequeños municipios²⁵⁸.

Por el presente capítulo queremos evidenciar, para a la postre intentar solucionarlo, uno de los problemas básicos respecto de la ejecución e impulso del procedimiento administrativo sancionador en las EELL.

A la complejidad inicial de la fragmentación del Derecho administrativo en virtud de la materia²⁵⁹ (urbanismo, medio ambiente, venta ambulante, tributaria), le sigue una dificultad aún mayor, la fragmentación subjetiva de la administración titular del ejercicio de la potestad. Es por ello, por lo que en ocasiones y dada la particularidad de las administraciones y de los órganos competentes, que debiéramos hablar con más acierto de casi tantos derechos administrativos sancionadores como sujetos titulares hay²⁶⁰.

Unos de los problemas que afectan directamente a nuestra tesis en la sustantivación del Derecho administrativo sancionador además de la problemática ya conocida de la inexistencia de una norma común parangonable al código penal, es la fragmentación subjetiva de los titulares. La ultra invocada sistematización²⁶¹ se hace latente en la costosa utilización de este subtipo de “*Ius Puniendi*” por parte de estas peculiares administraciones territoriales de menor estructura y población.

Si entendemos por sistematizar organizar algo según un sistema²⁶², y por sistema el conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí; no podremos configurar este régimen sin dar cabida a las amplias peculiaridades de las

²⁵⁸ Qué mejor muestra de ello que el “*baile competencial*” sobre la potestad sancionadora local para la represión de las infracciones provenientes del Estado de alarma. Un sinnúmero de reenvíos entre Subdelegaciones del Gobierno, Delegaciones territoriales de la Junta de CyL y Ayuntamientos se han sucedido al negarse los pequeños Ayuntamientos a ejercer esta “*competencia instrumental*”. DECRETO-Ley 7/2020, de 23 de julio, por el que se establece el régimen sancionador específico por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención sanitarias para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en la Comunidad de Castilla y León.

²⁵⁹ M. BASSOLS COMA (1973), *Génesis y evolución del...*, *op.cit.*, p. 23.

²⁶⁰ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 153.

²⁶¹ Derecho público en la actualidad actúa como receptor del ordenamiento jurídico europeo para su posterior adaptación al ordenamiento jurídico estatal, lo que acucia la necesidad sistematizadora en el ámbito sancionador. La parte general del Derecho administrativo es la que deberá dar coherencia y seguridad al empleador público cuando la estructura piramidal y la jerárquica de la administración pretenda sustituirse por una red de unidades autónomas. E. SCHMIDT-ASSMANN (2003), *Teoría general del derecho...*, *op.cit.*

²⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed.

administraciones municipales a través de “*reglas y principios*”, las cuales ocupan una vasta extensión de las materias objeto del Derecho administrativo y por ende del Derecho administrativo sancionador.

De una parte, la ausencia en la idea de unidad respecto del ejercicio de represión o castigo parece recordarnos a salvo de las garantías democráticas, a la época feudal²⁶³ con tantos derechos administrativos como fueros se dispone. El propio NIETO le atribuye este carácter “*pretoriano*” al administrativo sancionador, desvirtuando una rama especial del derecho²⁶⁴ y a través de la creación de un ordenamiento en la afligida metáfora de considerar el tejado como los pilares de esta gran vivienda.

De la otra²⁶⁵, que el mismo nace para dar respuesta a una práctica habitual en la administración intentado la doctrina colocarlo en su sitio, y que de manera contrastable ha sido la jurisprudencia a través de la teoría del “*caso concreto*” la que ha ido perfilando sus principios y su procedimiento.

No ha conseguido integrarse la idea de la diversidad dentro de la unidad técnica y procedimental. Uno de los pocos intentos sistematizadores de la potestad sancionadora fue llevado a cabo con la Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco, y aún con todo, se trata de una tentativa de aunar el nuevo Derecho administrativo sancionador bajo unos principios comunes y un procedimiento estandarizado que no tiene en cuenta las peculiaridades de la administración que ejerce tal potestad. Sistematizar de manera

²⁶³ Feudalismo y caciquismo. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2011), *El Estado sin territorio*, *op.cit.* Permitiendo a alcalde sancionar libremente y que cada materia sea un Derecho administrativo sancionador nos asemejamos en ciertos aspectos a la época del Fuero. A. NIETO GARCÍA (1993), *Derecho administrativo...*, *op.cit.* “*Los nuevos señores feudales. Podemos sostener que vivimos en un proceso de moderna feudalización que está perfectamente diagnosticado: un señor bien colocado en el organigrama otorga a sus afines cargos y prebendas más protección en el caso (no infrecuente) de que estos incurran en la comisión de delitos. A cambio se ofrece fidelidad y los más variados servicios, que incluyen zanganadas de diversa naturaleza*”. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2021), *Panfleto contra la trapacería política*, Madrid: Tricastela, p. 27.

²⁶⁴ “*Los jueces están para resolver conflictos concretos y el derecho que crean es el llamado derecho del caso concreto, a partir del cual luego puede la doctrina plasmar a posterior mediante un proceso inductivo normas generales y abstractas aplicable más tarde mediante un proceso lógico deductivo a otros conflictos singulares. Esto es lo habitual; pero en el mundo del Derecho Administrativo Sancionador se ha seguido un camino muy distinto. Porque aquí los tribunales no se han limitado a resolver el conflicto singular, sino que, desnaturalizando su función han redactado ellos mismos las normas generales y abstractas que no sólo justifican el fallo, sino que se incorporan directamente al ordenamiento jurídico*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 52.

²⁶⁵ Derecho de policía. La administración empieza a sancionar tras la separación de poderes y tenemos que empezar a legitimar todas estas actuaciones pasadas. Mantra repetido a lo largo del Capítulo II de que las teorías de la creación del Derecho administrativo sancionador nacen a remolque de los hechos.

correcta el Derecho administrativo sancionador es aún una tarea pendiente de nuestro legislador, que no ha tenido en cuenta la “*distribución vertical de poder*²⁶⁶” para el ejercicio de esta potestad exorbitante por el grueso de los municipios.

El primer intento de sistematización tras la creación de esta nueva especialidad del Derecho administrativo tal y como ahora es conocido en la CE de 1978, fue de forma general a través de la LRJPAC y únicamente a través de principios y directrices del procedimiento administrativo y no así de reglas concretas que se adapten al sujeto titular. Pese al tiempo, todas estas normas no han cambiado de manera significativa en la actual regulación en la LPACAP Y LRJSP, a salvo de la unidad procedimental que predica la primera.

El procedimiento administrativo sancionador como una mera especialidad del procedimiento común.

La LPACAP ha sido aún más estricta que su antecesora manifestando que sólo por ley pueden establecerse trámites adicionales y reglamentariamente especialidades tal y como ha amparado la STC 110/2018, de 17 de octubre en relación con el art. 1.2 de la norma²⁶⁷. Esto que primeramente parece un éxito en la competencia estatal, seguidamente no deja de ser el olvido de un procedimiento con tantas peculiaridades como el sancionador, que queda relegado en meras particularidades las cuales resultan insuficientes habida cuenta de su complejidad.

²⁶⁶ Art. 137 CE.

²⁶⁷ Art. 1. 2. “Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”. Pues bien, este precepto es avalado constitucionalmente por la STC 110/2018, de 17 de octubre: Respecto de la impugnación a la reserva de Ley para establecer trámites adicionales al PAC el constitucional ratifica la unidad y simplicidad procedimental diciendo que: “El precepto controvertido no impide con carácter absoluto o general el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia procedimental por los órganos competentes de las comunidades autónomas. Antes bien, «las Comunidades Autónomas conservan la capacidad de optar entre los instrumentos legal y reglamentario en una serie no desdeñable de aspectos: órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar» [STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 6 c)]. (II) La norma controvertida desarrolla una reserva de ley que tiene su fundamento en una garantía constitucional, como ha reconocido la STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 6 c): «Los incisivos controvertidos del art. 1.2 de la Ley 39/2015 inciden legítimamente en la capacidad organizativa de las Comunidades Autónomas para evitar la proliferación de regulaciones procedimentales con legitimidad democrática de segundo grado y dotar de un régimen más estable y transparente a los procedimientos administrativos, todo ello en desarrollo de una garantía constitucional [art. 105 c) CE]. Hay pues ‘razones constitucionales’ [STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 7 c)] que justifican la reserva de ley establecida»”.

Es por ello que entendemos que, si el PAC es una competencia exclusiva del Estado, debiera haber incorporado ciertas directrices a medio de referencia sobre el PAC o sobre las especialidades en la Administración local, al igual que lo hace de manera siempre tímida en la LCSP (DA. II y III). O de parte de la vertiente autonómica, en vez de echar tanto la carga a la legislación estatal quebrantándola a través de recursos de inconstitucionalidad donde se proclama que se invaden competencias autonómicas.

Por el contrario, el legislador autonómico lejos de colaborar por la causa en aras a un fin común y así poder completar con éxito algunas de sus reformas que afectan a la legislación local por su carácter bifronte, impugna de manera destructiva la regulación estatal sin preocuparle la nueva redacción o el espíritu de la norma en una nula colaboración, o en sentido jurídico, una ausencia de relaciones interadministrativas²⁶⁸.

Mala transposición.

La modulación del Derecho penal al Derecho administrativo, en la llamada configuración del “*Ius Puniendi único*” y en este intento de coordinación del administrativo sancionador, ha sido especialmente desacertada en el desarrollo procedimental para las EELL, todas ellas con desarrollo en este epígrafe. Pues si bien es cierto que podemos ya considerar un Derecho Administrativo sancionador autónomo y mayor de edad, lejos estamos aún de su adaptación a las EELL. Sobre dichas disfunciones procedimentales nos atrevemos a esgrimir las siguientes:

- En cuanto a la obligación de la potestad, pero a la discrecionalidad de su ejercicio.
- Confusa conceptualización por el derecho positivo de los principios de legalidad y de tipicidad.

²⁶⁸ Trataremos de desarrollar esta idea en el capítulo relativo a la legislación sectorial. Este fin “*acaparador*” es perfectamente descriptible en la STC 55/2018 de 24 de mayo. En junio de 2016 la Generalidad de Cataluña planteó recurso de inconstitucionalidad (recurso 3628/2016) frente a determinadas cuestiones de entre las que se encuentran reguladas en la LPACAP. Se declara la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 6.4 de la LPACAP. Se declara la inconstitucionalidad de los incisos “*Consejo de Gobierno respectivo*” y “*de las consejerías de Gobierno*” del párrafo tercero del art. 129.4 y del apartado 2 de la disposición final primera de la LPACAP. Y de otra parte, se declara que los arts. 129, 130, 132 y 133 de la LPACAP son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas, por lo que se ha producido una invasión de competencias de las Comunidades Autónomas, estatutariamente atribuidas, en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes porque “*no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas*”, sin que ello determine su nulidad, puesto que se trata de artículos que se refieren también a las iniciativas legislativas del Gobierno nacional, lo que no ha suscitado controversia alguna en este proceso. De modo que, para remediar la invasión competencial señalada, basta declarar que estos preceptos son contrarios al orden constitucional de competencias y que, en consecuencia, no son aplicables a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas (Fundamento 7º b de la Sentencia que contiene expresa referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril, F. 7 y 8).

- En cuanto a la debida separación de fases: Inicio- Instrucción- Resolución.
- Respecto a la inspección y el acuerdo de iniciación del procedimiento como arranque o impulso del procedimiento.
- Sustitución del funcionario imparcial habitual en la aplicación del “*Ius Puniendi*” penal por el corporativo del mandato correspondiente a lo largo del procedimiento sancionador.

Como consecuencia de este modo de atenuar el Derecho administrativo sancionador respecto al ámbito penal y del olvido del legislador estatal y autonómico de establecer una serie de precisiones procedimentales o medios para las Administraciones locales, (sobre todo para las que no alcanzan los 1.000 habitantes donde centramos nuestro estudio²⁶⁹), surgen a consecuencia de las deficiencias citadas, varios de los problemas que ponemos de manifiesto en esta tesis en una sincrética relación entre causas y consecuencias:

- Inactividad administrativa local.
- La prevaricación tanto en su modalidad comisiva como por su omisión.
- Falta de desarrollo de los procedimientos de subrogación y cooperación o esa “*ayuda*” prevista por el legislador, a sabiendas del difícil cumplimiento del Derecho administrativo en la mayor parte de la Administración local.
- Indefensión del ciudadano. Que ve tratar de manera metódica con desigualdad jurídica situaciones materialmente idénticas.
- Inexistencia de un aparato burocrático, confundido por el poder corporativo local, que pueda hacer frente a las tareas administrativas.

²⁶⁹ Hemos anunciado en el contexto que el grueso de la planta municipal no alcanza los mil habitantes. No podemos estar de acuerdo con un Estatuto Básico para los pequeños municipios que trate de manera homogénea y uniforme a todo municipio inferior a los cinco mil habitantes. Profetizamos un error al mismo estilo de los precedentes; todo municipio con una población igual o superior entorno a los mil habitantes ya es capaz de materializar su Autonomía local y coordinar su autogestión en un lógico autogobierno. Es por debajo de ese umbral (algo superior si se dispone de varias pedanías), donde se hace necesario articular una reforma. E. CARBONELL PORRAS (2021), “¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia”, *REALA*, núm. 15.

2. REQUISITO PREVIO AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO. LA POTESTAD O ATRIBUCIÓN.

En primer lugar, parece existir una generalizada confusión entre la potestad sancionadora y la atribución de la misma al órgano competente en la Administración local. Esto es, el ejercicio de la potestad, arrastrándose el desconcierto hasta la actual LPACAP donde se encajan ambas habilitaciones en el principio de legalidad²⁷⁰.

Se da la circunstancia de barajar al alcalde como órgano municipal competente para el ejercicio de la potestad sancionadora, con la administración titular de la misma. Al ser éste el órgano municipal competente para el ejercicio de tal potestad se tiende a confundir el todo con las partes, pudiéndose manifestar su forma de atribución a través de diversos medios²⁷¹.

²⁷⁰ Art. 25. Principio de legalidad. LRJSP. 1. POTESTAD. *“La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril”*. (Art. 4 LBRL). 2. ATRIBUCIÓN: *“El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario”*. (Art. 21n LBRL). Para los municipios del Título X, del ámbito de aplicación del art. 121 de la LBRL excluidos del estudio de esta tesis al no superar el 1,5% del total, esta potestad queda reservada a la JGL por mandato del art. 127 l) de la LBRL. Tanto en las leyes y otras normas, como en la jurisprudencia y las obras doctrinales nos encontramos frecuentemente con una utilización indistinta de los términos *“competencia”*, *“potestad”*, *“atribuciones”*, *“facultades”* dependiendo del contexto. Encontramos unas veces que con *“competencia”* se hace referencia a las funciones de las Entidades mientras que se emplea el término *“atribuciones”* cuando se trata de órganos. Puede decirse que cada autor se maneja con su propia terminología. Algunos prefieren aludir con el término *“competencia”* a las materias de las que puede conocer un órgano y con *“atribuciones”* a los poderes jurídicos que corresponden a aquellas. Pero cabe apuntar, que, para estos últimos, es mayoritaria la utilización del término *“potestades”*, como situación jurídica subjetiva activa. Así se distingue entre potestad reglamentaria, potestad sancionatoria, coactiva u organizadora etc. No acaban ahí las posiciones terminológicas pues algunos afirman que la potestad o capacidad sería la propia de la persona, la Entidad, mientras que la competencia, es la participación que cada órgano tiene dentro de la persona jurídica. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1983 define la competencia como *“el conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye por el ordenamiento jurídico a un ente o a un órgano administrativo”*. Esta idea material que identifica la competencia como un conjunto de funciones se corresponde con una acepción jurídica más precisa. Sobre este asunto Vid. Capítulo III. La potestad-atribución inspectora.

²⁷¹ Sobre la explicación del Derecho administrativo a través de la atribución de potestades a medio del principio de legalidad, , ROCÍO NAVARRO acierta a decir que *“ni la CE ni la LRJSP ni las leyes de cabecera en materia de régimen jurídico de las AAPP ofrecen una noción de competencia que nos permita avanzar sin temor a interpretaciones confusas sino que han optado por identificarla con otras expresiones como función, atribución, tarea o potestad, que no siempre se presentan como términos sinónimos, pero que coinciden en que la competencia no es un límite externo de la actuación administrativa, sino un presupuesto de la misma, dada la vinculación positiva al principio de legalidad al que está sometida la*

Mientras que la potestad queda habilitada en el art. 4 de la LBRL, el ejercicio se reserva al alcalde en el art. 21n) LBRL abriendo el debate de la posibilidad de desconcentrar o delegar la misma y resolviéndolo de modo afirmativo de conformidad con el art. 21.3 de la LBRL en conexión con el art. 43 del ROF²⁷².

Potestad reglada y discrecional.

El procedimiento sancionador deviene precedido de la necesaria atribución de la potestad al ente que pretenda ejercerla. Previo a determinar si concurren los requisitos para el ejercicio de este procedimiento, debemos asegurarnos al igual que en cualquier potestad, de la habilitación legal de su ejercicio²⁷³. El legislador en lo que podríamos denominar primer principio de esta rama del ordenamiento jurídico donde nada difiere del resto de potestades²⁷⁴ de las EELL (expropiatoria, tributaria, deslinde o reglamentaria), ha de atribuir doblemente la potestad y su ejercicio tanto a la administración destinataria como al órgano que la ejerce.

Esta difusa distinción entre la potestad y su ejercicio, hace eco de la arbitrariedad de este poder. Quedando claro que la potestad sancionadora es un deber de la Administración local (las potestades reguladas en el art. 4 son de obligado cumplimiento) y su ejercicio tiene un carácter cuasi discrecional por la salvada diferencia entre la potestad y el ejercicio de la misma²⁷⁵.

La oportunidad dentro de la discrecionalidad, y ésta última encajada en el principio de legalidad, parece ser una de las principales culpables de este ejercicio “*sui generis*” del

Administración Pública”. R. NAVARRO GONZÁLEZ (2021), *La atribución de las potestades administrativas*, op.cit., p. 236.

²⁷² Precepto modificado por la Ley 4/1999 de 13 de enero que permite la delegación. Enuncia que se trata de una atribución de la potestad plena y firme, sin embargo y con todo, pese a tratarse de una atribución de carácter general, deben cumplirse otros requisitos. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora de los entes locales*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 33.

²⁷³ L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo 2020*, Navarra: Civitas. Acerca del debate sobre la dicotomía entre potestades regladas y potestades discrecionales, estrechándolo más bien a elementos discrecionales dentro de cada potestad. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho...*, op.cit.

²⁷⁴ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit.

²⁷⁵ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit.

aparato represivo del Estado. La realidad se impone efectivamente a la norma sin que por ello no nos repugne la idea de justicia y de igualdad²⁷⁶.

El principal argumento de esta situación viene dado en el hecho de que sancionar todas las infracciones sería imposible. Sin embargo, nuestros capítulos vienen por demostrar que esta arbitrariedad en la que se ha convertido el derecho sancionador local no viene sino buscada o cuanto menos permitida por no disponer de manera escalonada de un Derecho administrativo sancionador sistematizado, de una técnica procedimental adaptada a los mismos, y de una serie de medios que en la mayoría de municipios resguarden este ejercicio en funcionarios independientes.

¿Un cambio de dirección?

La razón de ser de este paulatino arrinconamiento en la potestad sancionadora del poder de policía del que partió esta tesis, es que para el ejercicio de la primera, se hace necesario poner en marcha todo un haz de facultades o potestades auxiliares relacionadas con la actividad de policía (inspección, tipificación elaboración ordenanza, incoación, sanción, ejecución subsidiaria de la sanción, controles administrativos superiores). Por lo expuesto, hemos considerado más didáctico partir de un cuerpo común como es la potestad sancionadora considerando el resto como complementarias y auxiliares, y sin perder de vista que es en estas últimas donde entendemos que existe el gran desabrigo del poder represivo para el Régimen local.

²⁷⁶ “Frente al principio de la oficialidad, que implica el deber de perseguir y sancionar las infracciones, el principio de oportunidad establece la posibilidad o permisibilidad de poner en marcha tales consecuencias jurídicas (...). La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones que no puede sancionarse de repente infracciones que venían siendo toleradas de manera unánime en el tiempo. Por el contrario, también ha matizado que no es posible apelar a ilegalidad para la igualdad”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 100 y ss. Adelantándonos al problema que expresaremos en el Capítulo VI sobre el control político de la Administración local JUAN IGNACIO TRABAGLIA: “Resulta indudable que la existencia de potestades jurídicas públicas con tales características se fundamentan en un diseño político del ordenamiento jurídico, a través del cual la norma jurídica de mayor valor y fuerza delega en el legislador la sanción de reglas de derecho generales y abstractas, que contengan una determinación imprecisa, en un lugar y tiempo determinado, de lo que constituye el interés general o público”. J. I., TRABAGLIA (2020), *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., p. 28. *Ibidem*, p. 33. “No existe indiferencia o abdicación del derecho en ninguno de ambos casos, ya que la asignación de potestades discrecionales implica una opción de política jurídica que afectará a un conjunto de posibles situaciones de vida, cuya solución, por lo tanto, se encontrará dirigida a la satisfacción del interés público mediante el concurso de criterios extrajurídicos”.

3. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

3.1. LEGALIDAD.

De la extensión del Derecho penal y de la exigencia de una previa potestad, se extienden una serie de principios que pretenden actuar como garantías en el procedimiento administrativo sancionador, y que su presencia se hace inexcusable a riesgo de adolecer el mismo de un vicio de nulidad radical por ser considerados componentes esenciales del procedimiento²⁷⁷.

No es objeto de nuestra tesis un concienzudo estudio del principio de legalidad lleno ya de abundante doctrina y jurisprudencia, pero sí nos detendremos en el reflejo de la evolución del mismo en la nueva LRJSP y en sus venturas y desventuras en la aplicación por parte de nuestros entes municipales.

Nos atrevemos a fijar los orígenes de este principio, en el principio de juridicidad²⁷⁸. El Real Decreto de 22 de mayo de 1906 establece que para que el alcalde como autoridad gubernativa pueda sancionar, además de los requisitos que hemos visto y estar tipificadas las infracciones en ordenanzas, estas materias han de estar atribuidas o encomendadas a la Administración local por disposición expresa de ley.

Desde un punto de vista supra estatal y bajo el halo de los derechos fundamentales²⁷⁹ que parecen dar razón a estos principios, el art. 49 de la CEDF describe el principio de legalidad con un tinte predominante del Derecho Penal, pero que parece tener cabida en el concepto de “*infracción*” extendiéndose tanto a delitos como a faltas administrativas.

²⁷⁷ Positivación en la normativa actual de la integración del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador a través de ciertos principios. Huelga decir que, pese a que se han integrado los principios del modo acontecido, el legislador no ha matizado cómo deben de aplicarse ni sus limitaciones o semejanzas con el Derecho penal quedando relegado una vez más a la jurisprudencia del “*caso concreto*” (Arts. 25 y ss. LRJSP).

²⁷⁸ El principio de legalidad era más bien un principio de juridicidad que garantizaba que la infracción estuviera tipificada en un reglamento y éste estuviera publicado en el boletín correspondiente de lo que hoy entendemos por reserva legal. En palabras de D. JESCH, “*El principio de juridicidad-legalidad no significa que la administración sólo puede hacer lo que no le está prohibido, sino que significa que sólo puede hacer lo que le está permitido y que todo acto del ejecutivo tiene que descansar en una competencia jurídica entendiéndolo en este sentido que no existen espacios jurídicamente vacíos ni medida alguna del ejecutivo que carezca de fundamento jurídico*”. D. JESCH (1978), *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid: Instituto de estudios administrativos.

²⁷⁹ Integración del “*Ius Puniendi*” vid. Capítulo II.

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta...”

El antiguo principio de juridicidad²⁸⁰, (en el paso de las arcaicas medidas de represión de policía al Derecho penal administrativo) que proclamaba que era el pueblo y no el monarca el que debía declarar las contravenciones legales, evolucionará hasta el principio de legalidad en su doble vertiente formal y material²⁸¹.

Por su parte, la constitución actual en la parte dogmática reservada a los derechos fundamentales de especial protección en el art. 25²⁸², parece desarrollar las dos vertientes del principio de legalidad (reserva de ley y tipicidad), donde incluso algún sector se atreve vislumbrar en el mismo precepto el “*bis in ídem*” y la irretroactividad²⁸³.

A nuestro parecer, el principio de legalidad y sus vertientes (reserva de ley, tipicidad), no ha conseguido explicarse con claridad ni en la antigua normativa ni en la actual, en lo que consideramos las distintas vertientes²⁸⁴.

²⁸⁰ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.* p. 93.

²⁸¹ L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, *op.cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho...*, *op.cit.*

²⁸² Sobre la protección del art. 25 de la CE, además de lo dispuesto por GALLARDO CASTILLO. M. J. GALLARDO CASTILLO (2008), *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid: Iustel. NIETO Y BAENA: “*Se ha elaborado así una doctrina tradicional cuya importancia se pondera por ciertos autores, destacando la inclusión del art. 25.1 de la CE en la regulación de los derechos fundamentales. No faltan razones para ello y así la STC 196/1991 de 17 de octubre declaró que el art. 25.1 establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes*”. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, *op.cit.*, p. 57.

²⁸³ CE. Título I. Capítulo II. Sección 1ª. Art. 25. “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. El “*bis in ídem*” separa el delito de falta e infracción administrativa, y la irretroactividad conjugando el art. 9.3 de la CE con la locución “*según la legislación vigente en aquel momento*” NIETO, opta por manifestar que lo único claro del art. 25 de la CE es la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. Art.9.3 CE. Carácter programático del art. 25. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*

²⁸⁴ STC 25/2000 de 26 de febrero. “*...Este tribunal ha señalado reiteradamente, el término legislación vigente contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora. A este respecto es preciso reiterar que en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto...*”.

El principio de legalidad y el mandato de tipificación, son en sí son dos principios que pueden describirse rudamente como que la conducta esté descrita y desarrollada (tipificación) y que además esté desarrollada en una norma con rango de ley (reserva de ley) y sintetizados a través los latinajos de “*lex previa y lex certa*”.

Resulta ilustrativa la STS de 20 de diciembre de 1989 de cronología anterior a la LRJPAC donde aclara la posición del principio de tipicidad respecto a la legalidad y viceversa: “*Los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización de primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más que es la precisa definición de la conducta que la ley considere pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad jurídica y de haber realidad junto a la exigencia de una lex previa, la de una lex certa*”.

Pese a la regulación autonómica en la materia, ésta quedará reservada en el capítulo relativo a la legislación sectorial (Capítulo V), puesto que de acuerdo a la STC 87/1985, de 16 de julio: “*Las leyes estatales y autonómicas, unas y otras de carácter sectorial, pueden regular la potestad sancionadora, pero están vinculadas por los principios constitucionales*”, los cuales parecen quedar desarrollador de manera directa en las leyes de procedimiento y régimen jurídico del sector público.

El primer envite parece llevarlo la actual LRJSP, donde tal y como hemos visto, opina confundir el principio de legalidad de la potestad sancionadora con la habilitación y el ejercicio de la misma, no siendo este un rasgo característico de la potestad sancionadora sino del resto de potestades públicas, debiendo esperar así al art. 27 que regula el mandato de tipificación para encontrar un concepto de la reserva legal. Se confunde una vez más el todo (principio de legalidad) con las partes (mandato de tipificación).

La reserva de ley, ha quedado acorralada para nuestras EELL en una reserva de ley ordinaria, ejecutiva y que permite la colaboración reglamentaria en el desarrollo del mandato de tipificación²⁸⁵. Esta evolución ha sido fruto de la constante erosión de

²⁸⁵ Los grandes maestros han discutido sobre la colaboración reglamentaria hasta la extenuación, desde remisión, habilitación o las famosas leyes en blanco. Basta echar un vistazo al fundamento jurídico 2º de la STC 6/1994, de 17 de enero a la STC 16/2004, de 23 de febrero o el FJ 20 de la STC 6/1994, de 17 de enero. Sin embargo, la explicación es casi siempre la misma tal como indica la primitiva STC 3/1988, de 21 de enero donde da muestras a de la flaqueza del Derecho administrativo sancionador en razones de “*prudencia y oportunidad*”. “*El alcance de la reserva de Ley no puede ser tan estricto en relación con la*

innumerables modulaciones que nacen por dejar entre abierta la coletilla a la que se opusiera en su día MARTÍN-RETORTILLO BAQUER del art. 25.1 de la CE al “*según la legislación vigente*”²⁸⁶”.

Lejos de clarificar o modernizar en exceso los principios de la potestad sancionadora, la LRJSP extiende este principio a la “*potestad disciplinaria de la administración*”²⁸⁷”, y sin embargo lo restringe a los contratistas que dependan de las administraciones públicas²⁸⁸, pese a configurarse ambas partes por la doctrina dentro de las “*relaciones de especial*”

regulación de infracciones y sanciones administrativas como por preferencia a tipos y sanciones penales, bien por sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de competencias de las potestades públicas bien por el carácter en cierto modo suprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales o materiales”.

²⁸⁶ Diario de sesiones del senado. Comisión de Constitución. Presidente don José Federico Carvajal Pérez sesión número 5 celebrada el jueves, 24 de agosto de 1978. El art. 25 CE, remite a “*la legislación vigente*” desaprovechando la oportunidad de establecer una sumisión a “*una norma con rango legal*” donde dejaría fuera de dudas la aplicación del reglamento. BAENA DEL ALCÁZAR cuestiona que interpretar el término legislación del art. 25.1 de la CE como Ley formal quizá fuera atribuir al constituyente algo que éste no ha dicho, aceptando que ha sido la interpretación que ha prevalecido. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, op.cit, p. 25, citando a M. J. GALLARDO CASTILLO (2008), *Los principios de la potestad...*, op.cit.

²⁸⁷ Herencia de la modificación de la LRJPAC “*por mor*” de la DA de la Ley 22/1993 de 29 de diciembre. Art. 96 TREBEP, remite a principios generales de la potestad sancionadora tales como la legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad y culpabilidad. Cabe citar aquí la problemática del TREBEP en cuanto a que solo regula el régimen de infracciones muy graves, actual (TREBEP): Se puede aplicar el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios civiles del Estado en cuanto a las faltas leves y graves. Sentencia del supremo 548/2017, 30 de marzo de 2017 que expresa: “*La única vía para depurar las conductas no tipificadas como muy graves en el TREBEP es el citado reglamento. la derogación o inaplicación del mismo por la falta de cobertura legal supone la imposibilidad de sancionar estos tipos de ilícitos disciplinarios. Grave daño al interés general, cuya existencia ha resultado verificada pues supone privar a la administración del ejercicio de la potestad sancionadora cuando las conductas no estén tipificadas como muy graves. La aplicación de los arts. 7 y 8 del citado Reglamento, aprobado por RD. 33/1986, para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos, no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los arts. 94.3, 95.3 y 95.4 y DF IV que mantiene en vigor el citado reglamento en tanto no se produzca un desarrollo en el ámbito de cada CCAA”.*

²⁸⁸ “*Con esta distinción se dice que ciertos ciudadanos (funcionarios, presos, estudiantes, etc.) están sometidos a determinadas restricciones por lo que se refiere a sus derechos o en cuanto a la plena vigencia del principio de legalidad. tal construcción teórica forjada, según hemos visto, por la doctrina germánica, fue introducida en el Estado Español fundamentalmente a partir de los años cincuenta y ha sido asumida acriticamente por la jurisprudencia, tanto de los Tribunales Ordinarios como del Tribunal Constitucional, que la ha llevado hasta sus últimos extremos”.* V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 36-37.

*sujeción*²⁸⁹”. Indicando como principales novedades en la LRJSP la extensión al régimen disciplinario de la función pública y su exclusión al ámbito de la ley 9/2017 de 8 de noviembre²⁹⁰, no sólo en lo que refiere al principio de legalidad sino al “*resto de disposiciones de este capítulo*”. “3. *Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo.* 4. *Las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas*”.

El principio de legalidad se modula y se relaja, pero sin ningún criterio fijo aparente, va adaptándose según las circunstancias y conveniencias lejos de una plena madurez del derecho sancionador²⁹¹.

3.2. TIPICIDAD.

Por lo que refiere al principio de tipicidad, queda perfectamente encajado en esta tesis en el círculo concéntrico de la legalidad y siendo configurado por muchos como una vertiente del mismo. Respecto a sus orígenes, la anquilosada Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959 había declarado que “*toda infracción cometida necesariamente se ha de conformar con el hecho establecido por la norma como que es un módulo legal inalterable de recta justificación, hasta el punto de ser un principio jurídico básico que impide lo que se llama ciegas sanciones*”.

²⁸⁹ “*Las relaciones de supremacía especial han sido interpretadas con excesiva amplitud por la administración pública y jurisprudencia. Así, por ejemplo, se han llegado considerar relaciones especiales de sujeción las que se dan entre la administración y el titular de una licencia, lo que ciertamente es un desatino, pues implica confundir simples relaciones jurídicas con relaciones especiales de sujeción. Por el contrario, las relaciones especiales de sujeción exigen una inserción duradera del administrado en la organización administrativa*”. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, op.cit. M. LÓPEZ BENÍTEZ (1993), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, tesis doctoral, Dir. L. Cosculluela Montaner, Universidad de Córdoba.

²⁹⁰ STC 26/2005, de 14 de febrero, STC 54/2005, de 14 de marzo y STC 91/2005, de 18 de abril.

²⁹¹ “*Y tal es, en definitiva, el contenido de mi denuncia, la contradicción entre una formulación radical del principio de legalidad (con la reserva legal y el mandato de tipificación) y una realidad que no se ajusta a él y que teóricamente se pretende justificar con relajaciones gravísimas del principio. Situación que podría resumirse así: radicalismo verbal por causas ideológicas y relajación práctica justificada con explicaciones teóricas de técnica inadmisibles*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 167.

En cuanto a su alcance y contenido, la STC 61/1990, de 29 de marzo, describe en estos términos ya canonizados, la exigencia material o vertiente tipificadora del principio de legalidad: *“La tipificación de las infracciones, la graduación o escala de las sanciones y la correlación de unas y otras, de tal modo como dice la STC 219/1989, de 21 de diciembre, que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesto”*.

Siendo capítulo obligatorio en la legislación administrativa la regulación de un elenco de infracciones y sanciones administrativas, el problema de la tipificación normativa no ha sido tanto su ausencia sino su insuficiencia pues en palabras de NIETO: *“Solo muy raramente se olvidan las leyes sectoriales de errar su regulación con un capítulo dedicado a la tipificación de infracciones y sanciones, pero en cambio es muy corriente que la enumeración no sea exhaustiva, de tal manera que algún supuesto quede sin tipificar. Si tal sucede, igual da que las cosas permanezcan así o que luego un reglamento supla esta carencia puesto que en ambos supuestos se incumple el mandato de tipificación legal²⁹²”*.

Lo que queda claro es que tras la CE no pueden crearse *“ex novo”* mediante reglamento infracciones administrativas carentes de toda cobertura legal. Sin embargo, esta tipificación también ha de ser suficiente, esto es, contener una descripción de sus elementos esenciales siendo consciente de la imposibilidad del detallismo, pero sí de su suficiencia. Para esto parece ayudarnos la STS de 25 de marzo de 1977 concretándonos el mínimo tipificador con el reducto indispensable de que *“la necesidad de que el acto o la omisión se hallen claramente definidos como transgresiones administrativas y que exista una perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud, por una parte y de la imputabilidad por otra, al objeto de configurar con exactitud la conducta del sujeto con el tipo definido por la norma que se reputa conculcada”*.

3.3. TIPICIDAD EN LAS ORDENANZAS LOCALES.

La ordenanza era tradicionalmente la norma donde se plasmaban los derechos y deberes de los ciudadanos, se extendía el derecho y se tipificaban las infracciones y penas consecuentes de sus incumplimientos en el ámbito local. Sin embargo, lo que

²⁹² A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 267.

tradicionalmente siempre había sido aceptado, entra en pugna con la extensión del principio de reserva legal en la CE a las infracciones administrativas, dejando inerte a estas normas de fuerza normativa²⁹³.

En un primer momento y hasta la década de los 80 viene admitiéndose este “*Ius Puniendi*” por parte de las EELL, al venir atribuida la potestad por normas de rango legal y sin reparar en la extensión del principio de reserva legal²⁹⁴. Es a partir de aquí cuando una firme doctrina del Tribunal Supremo arguye que no se debe excepcionar de este principio a las EELL normalizándose la exigencia de la reserva de ley en los años 90²⁹⁵.

Entramos aquí en la segunda fase que pasa por la necesidad de adaptación al derecho vigente. Se hace necesario exigir la tipificación en la normativa sectorial de la infracción, puesto que la Ley de Régimen local carece de un cuerpo tipificador de infracciones a modo de lo establecido en el CP para los delitos. Así las cosas, la LBRL atribuye competencia sancionadora en esta nueva potestad de intervención, pero careciendo estos entes de potestad legislativa no puede completarse la vertiente material del principio de legalidad. La mayor preocupación parecía recaer en la Administración local. Estas entidades que dependían de otras mayores de edad para tipificar infracciones podrían ver campar a sus anchas a los presuntos responsables sin poder resolver provechosamente un

²⁹³ Remarcaremos únicamente la fuerza normativa de las ordenanzas dejando a lado el carácter informativo y anunciador de los bandos. Arts. 55 y ss. del TRRL. M. E. RODRÍGUEZ BARDAL, F. AGUADO BARRIALES (junio de 2020), “La proliferación de los bandos en el estado de Alarma”, *elconsultor.laley.es*, <https://elconsultor.laley.es/Content/DocumentoRevEC.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbENcTYAARNjcwMztbz8lNQOF2fb0ryU1LTMvNQutbLUosy0Spf85JDKglTbkqLSVLXUpPz8bBR9AAfFomdIAAAAWKE>.

²⁹⁴ De ahí la citada confusión en el art. 25 LRJSP del principio de legalidad de la potestad sancionadora y la atribución por Ley de la misma. Los arts. precitados del TRRL y de la LBRL atribuyen potestad a los municipios, pero el desarrollo de las infracciones no se regula en una norma con rango de Ley sino de carácter reglamentario.

²⁹⁵ STS de 25 de mayo de 1993. Enjuicia la validez de una ordenanza municipal, con la “*remisión en blanco*” de la Ley municipal Catalana que establece que “*las ordenanzas pueden tipificar infracciones y establecer sanciones de acuerdo con lo que determinen las leyes sectoriales*” anulando la disposición administrativa el Tribunal al entender que carece de cobertura. En el mismo sentido STS de 2 de noviembre de 1994, sentando doctrina finamente con la STS de 6 de noviembre de 1995. Pese a ser esta la doctrina consolidada del Supremo, sigue habiendo sentencias díscolas a la misma como la del TS de 16 de julio de 1998. “*A poco que se conozca la historia de la vida local española, han de recordarse las tradicionales ordenanzas sobre la utilización de las vías públicas por caballerías y carruajes, las de prohibición de arrojar aguas residuales y tantas otras que han impregnado el costumbrismo español; la tesis del recurrente nos llevaría absurdamente a exigir una ley para regular el uso más elemental y cotidiano de las vías públicas siendo a todas luces innecesario que la Ley de Régimen Local tenga que descender a la tipificación de todas y cada una de las infracciones de las ordenanzas municipales*”. El propio tenor del 21 n) ha inducido a error al dictar: “*n) Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos*”.

expediente sancionador, entendiéndose además que, por cercanía y materia a tratar, debieran ser éstas las administraciones encargadas de la inspección y represión²⁹⁶.

Sin embargo y con la modulación siempre presente, ya en 1992 se abre paso la colaboración reglamentaria. La reserva de ley absoluta provocaría una terrible inseguridad jurídica al quedar impunes millones de infractores, y la colaboración reglamentaria no debiera desvirtuar el principio de reserva legal: STC 83/1984, de 24 de julio. *“La reserva legal no implica la exclusión de la colaboración reglamentaria”*, STC 17/1989, de 30 de enero. *“No hay vulneración alguna del principio de reserva de ley, al dejarse para la regulación reglamentaria aspectos concretos que no tienen por qué regularse por ley y además se establecen los criterios que ha de tener en cuenta la administración”*.

Con estos mimbres y otras guerras reflejo de todo en el derecho positivo²⁹⁷, va fraguándose poco a poco el caldo de cultivo en el que germinará la nueva potestad sancionadora de las EELL. El preámbulo del REPEPOS en el año 1993, deja entrever la colaboración reglamentaria sin excepcionar la reserva legal cuando dice que *“pese a la autorizada línea doctrinal que sostiene que las ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos de la voluntad popular, son el equivalente en el ámbito local de las Leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de ley en dicho ámbito, el Reglamento ha considerado necesario mantener el referente básico del principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las ordenanzas completen y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes leyes”*.

²⁹⁶ Mantra repetido de por qué recae el peso de la potestad sancionadora en los municipios como administraciones más cercanas al ciudadano.

²⁹⁷ Art. 2. Imposición de sanciones. REPEPOS. *“La aplicación de las graduaciones reglamentarias de los cuadros de infracciones y sanciones legalmente establecidas deberá atribuir a la infracción cometida una sanción concreta y adecuada, aun cuando las Leyes prevean como infracciones los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones o prohibiciones establecidas en ella. 2. Asimismo, las Entidades que integran la Administración local, cuando tipifiquen como infracciones hechos y conductas mediante ordenanzas, y tipifiquen como infracción de ordenanzas el incumplimiento total o parcial de las obligaciones o prohibiciones establecidas en las mismas, al aplicarlas deberán respetar en todo caso las tipificaciones previstas en la Ley”*. Asimismo, la DA única declara que *“quedan en vigor las ordenanzas locales que establezcan tipificaciones de infracciones y sanciones o procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, en lo que no se pongan o contradigan a la LRJPAC”*. Art. 129. Principio de Tipicidad. LRJPAC. 3. *“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”*.

La lucha sobre cómo ha de producirse la modulación con el sino de dotar de un poder represivo a la administración municipal y no vulnerar un principio fundamental ve su fin en las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2002 y de 29 de septiembre de 2003.

La primera alude a los tres requisitos establecidos para la colaboración reglamentaria. Que el reenvío de la norma con rango de ley sea expreso, que esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la ley además de la sanción contenga el núcleo esencial de la prohibición. Y la segunda da un paso más allá pronunciándose ya sobre la tipificación de infracciones en las ordenanzas: *“Esto lleva consigo que debemos declarar que mediante ordenanzas locales se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las leyes vigentes y únicamente en los casos en que no se haya promulgado ley estatal o autonómica sobre la materia y en los que los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local”.*

A la vista de cuanto acaba de decirse puede concluirse que a finales de 2003 la postura doctrinal y jurisprudencial dominante aceptaba la legitimación normativa de los Ayuntamientos a la hora de tipificar infracciones por medio de ordenanzas con arreglo a los siguientes extremos:

- La exigencia de reserva legal queda satisfecha cuando aparece una cobertura en alguna ley sectorial, cobertura flexible o relajada cuándo se trata de relaciones especiales de sujeción o de ocupación de dominio público.
- Cuando no existe cobertura de ley sectorial entra en juego la cobertura genérica proporcionada por las leyes de Régimen local siempre que se trate de competencias propias y nucleares.

En definitiva, siempre existe una cobertura legal sea de naturaleza sectorial o de Régimen local. Con estas tipificaciones por ordenanza no se puede violar en ningún caso lo dispuesto en las leyes.

Sin embargo, todavía quedaba ponerse de acuerdo con el Tribunal Constitucional²⁹⁸. Pese a caminar de manera paralela, en sus sentencias 132/2001, de 8 de junio y 161/2003, de 15 de septiembre siempre había garantizado la existencia de una Ley previa con unos requisitos mínimos de antijuridicidad en la que si bien se permitía una flexibilidad de la reserva legal: *“La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”* y por tanto no permitía propiamente a las ordenanzas, tipificar infracciones.

Este consenso parece ver su fin con la Ley 57/2003 de 16 de diciembre de Modernización de Gobierno local. Atendiendo a su preámbulo: *“Con el objetivo de colmar la laguna legal de la potestad sancionadora, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio”*.

La nueva redacción que da esta norma a la LBRL, añade un nuevo título que habilita a las ordenanzas de las EELL tipificar infracciones y sanciones en defecto de normativa sectorial, siempre que las sanciones tengan un carácter pecuniario y para regular la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia²⁹⁹. Con la graduación de una serie de infracciones en el art. 140, permitirá dotar de cobertura legal a las ordenanzas que regulen materias nucleares municipales siempre y cuando cumplan los requisitos citados. Esto es, el criterio mínimo de exigencia legal queda resuelto con la habilitación en la LBRL de una serie de contravenciones genéricas y sus subsecuentes sanciones³⁰⁰ que en defecto de normativa sectorial y para materias locales, permite ahora tipificar infracciones

²⁹⁸ *“Pero si no una contradicción, no cabe duda de que existe una tensión entre las dos posiciones jurisprudenciales. Así lo demuestra que sin duda a la vista de que según la doctrina del Tribunal Supremo el art. 3.1 de la CEAL tiene especial significado para establecer el alcance de la potestad reglamentaria local y de que según el art. 4.2 el autogobierno local y el ejercicio pleno de potestades son elementos inseparables”*. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, op.cit.

²⁹⁹ Redundando lo dispuesto una vez más en un amplio concepto de policía general o de orden público.

³⁰⁰ No debemos olvidar que el principio de tipicidad y legalidad debe operar con respecto a las infracciones como a las sanciones.

con este encaje. Por último, esta norma modifica la LRJPAC heredando la actual LRJSP tal reforma en su art. 27 como una excepción al principio de tipicidad³⁰¹.

En definitiva, parece que se aceptaron las propuestas doctrinales de la habitación genérica a través de una “*ley de cobertura*”. En concreto entiende reflejarse lo dispuesto por el profesor GARCÍA DE ENTERRIA, en el sentido de que sería conveniente que se dictase una ley específica sobre la potestad sancionadora en la parte no cubierta por las ordenanzas por leyes sectoriales, si bien proponiendo que la ley deje un margen a los entes locales, un ámbito de normación que permita satisfacer sus intereses³⁰².

Por consiguiente, se viene admitiendo que los municipios puedan tipificar sus propias infracciones y sanciones con la única exigencia de que el legislador previamente haya fijado unos criterios mínimos de antijuridicidad y las clases de sanciones que puedan ser impuestas. De este modo, y sin negar plenamente la necesidad de una intervención del legislador, se supera el esquema conforme al cual corresponde a la Ley necesariamente la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza límite de las sanciones a imponer, y al reglamento su simple complemento y desarrollo.

Parece encajar en las tesis de LABAND y JELLINEK³⁰³, en cuanto a que el respaldo parlamentario a través de la Ley opera allí donde deban existir reglas jurídicas propiamente dichas, mientras que el reglamento lo hace allí donde las mismas no sean necesarias, es decir, cuando se trate de disposiciones cuyo contenido no sea un proposición o regla jurídica. La ley se impone para las regulaciones de carácter general y pensado para ser duraderas en el tiempo, y al reglamento todo aquello que fuera cambiante y especial.

De modo poco menos que anecdótico, cabe destacar un caso típico y controvertido de hecho punible en la pequeña Administración local que tiene cabida en el mencionado principio de tipicidad y que recoge la STS de 5 de junio de 1998. El administrado pide licencia para ejecutar una obra o realizar una actividad, pero incumple parcialmente las

³⁰¹ “*Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril*”.

³⁰² E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1993), “La problemática puesta en aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 80, p. 655-678.

³⁰³ SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del...*, *op.cit.*, p. 82.

condiciones de la misma. Se discute en la sentencia si este hecho pudiera ser sancionado en la contravención: *“Ejecución de obras careciendo de licencia o autorización urbanística”*.

En el caso de la sentencia, plenamente garantista al administrado y restrictiva de la potestad sancionadora, el titular había solicitado licencia de apertura que le había sido concedida, pero con la obligación de introducir determinadas medidas correctoras al proyecto. La administración le sancionó incluyéndola en el tipo: *“Realizar actividades sin licencia”*, a lo que el Supremo se opone esgrimiendo que: *“Es preciso distinguir dos conductas: la de quien ejerce una actividad sin licencia de apertura y la de quien lleva a cabo esa actividad con licencia, pero sin adoptar las medidas que le fueron exigidas. Como en el Derecho administrativo sancionador no son admisibles interpretaciones extensivas o analógicas es obligado entender que la conducta enjuiciada no estaba concluida en el artículo aplicado por la administración al referirse este a la actividad realizada sin licencia”*³⁰⁴.

3.4. IRRETROACTIVIDAD.

Una de las primeras cuestiones a abordar pasa por determinar si este principio goza de un aval constitucional en la sección reservada al amparo de los derechos fundamentales, o únicamente deviene de los principios del art. 9.3 de la CE³⁰⁵.

Los defensores de este principio como subapartado del principio de legalidad, basamos nuestra defensa en que al limitar la sanción a acciones que en el momento de cometerse fueran constitutivas de infracción según la legislación vigente³⁰⁶, de modo alguno

³⁰⁴ La solución ha venido por desarrollar el mandato de tipificación concretando de modo más certero la infracción, e incluyendo en el tipo la ausencia de licencia o el ejercicio de la actividad contrario al acto administrativo de concesión. Art. 349 RUCYL. *“En los actos de uso del suelo que requieran licencia urbanística y se ejecuten careciendo de la misma o de orden de ejecución, o incumpliendo las condiciones que se establezcan en las misma...”*.

³⁰⁵ *“Es evidente que interpretar que el término legislación del art. 25.1 se equipara a la ley formal es atribuir al constituyente algo que éste no ha dicho. Pero con todo es la interpretación que ha prevalecido, de lo que ha podido deducirse que el contenido del principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador incluye el mandato de reserva de ley, el mandato de tipificación, la prohibición del «bis in ídem» y la prohibición de irretroactividad de normas desfavorables o lo que la doctrina ha llamado «in malam partem»*”. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, op.cit., p. 24.

³⁰⁶ Art. 25 CE. Respecto de hasta dónde llega esta irretroactividad o retroactividad (cosa juzgada o ejecutividad de la sanción) ha sido ya tratada con grandeza por maestros de la materia en nuevas comparativas hacia el Derecho penal. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 200 y ss.

podremos aplicar otra normativa posterior o distinta a la reinante al cometerse la infracción habiéndose consolidado la creencia que en todo caso la precitada locución requiere de la exigencia de “*lex formal*”.

Pero a mayor abundamiento y para mayor garantía de los administrados, este subapartado del principio de legalidad es maquillado en favor del reo. Lo que va a limitarnos de manera taxativa es la aplicación de normativa distinta a la vigente en el momento de cometerse la infracción únicamente si se producen efectos desfavorables para el interesado. (9.3. CE). Por ello, la vertiente de la irretroactividad en el Derecho administrativo sancionador y en la nueva LRJSP goza de un límite positivo, aplicándose la retroactividad siempre y cuando pueda producir efectos favorables o menos lesivos al presunto responsable³⁰⁷.

3.5. CULPABILIDAD.

A lo largo de la breve existencia del Derecho administrativo sancionador constitucional, tanto las leyes de procedimiento como la legislación sectorial, han rellenado de distinto contenido el aspecto subjetivo del autor de la infracción.

3.5.1. IMPUTABILIDAD

Intentando ser ordenados y a riesgo de no parecerlo, previo a analizar el grado de culpabilidad del autor debemos analizar las cualidades del sujeto, pues antes de determinar la culpabilidad o no de éste, el autor debe ser imputable.

Al devenir este principio de la integración del Derecho penal³⁰⁸ antes de hablar del título de responsabilidad que atribuiremos al autor, debemos en primer lugar analizar si el sujeto ha de resultar imputable con arreglo a la doctrina penal. Esto es, la posibilidad de relacionar a una persona con la comisión de la infracción atribuyéndole la misma.

La imputabilidad parece ser definida como el conjunto de facultades psíquicas y físicas mínimas que se requieren para que un sujeto pueda ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.

³⁰⁷ Entendiendo este hecho como una excepción al principio de legalidad y no tanto como la irretroactividad que ya viene limitada por el propio principio, sino como una excepción al mismo.

³⁰⁸ Art. 5. CP. “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”.

Es cierto que la imputabilidad se presume y es la inimputabilidad la que debe demostrarse, por cuanto no es un principio previo que debiera constatar la administración municipal antes de poner en marcha el procedimiento. Sin embargo, es algo que obvia la legislación de procedimiento y que debiera conocer toda administración titular de la potestad, a riesgo de ver anulada la sanción en el procedimiento judicial³⁰⁹.

A este autor o presunto “*responsable*” que no goza de inimputabilidad, a tenor de lo dispuesto en la normativa vigente, se le va atribuyendo distintos grados de culpa en el derecho positivo, desde la aproximada responsabilidad objetiva, al dolo e imprudencia pasando por la mera inobservancia.

El ordenamiento supranacional tampoco parece solucionarnos el problema. Preguntado si el principio de la culpabilidad debe ser un elemento subjetivo indispensable en las infracciones administrativas, el TEDH en base al principio de atribución lo considera un aspecto de libre disposición a los Estados miembros sin necesidad de unificar este punto en la doctrina³¹⁰.

Por lo que refiere al ordenamiento estatal, en un primer momento se llega a afirmar que las faltas administrativas no exigen como el delito dolo ni culpa, bastando la simple voluntariedad de la acción. Esto es, la mera acción atribuible a un sujeto, darían lugar a la consumación de la potestad sancionadora³¹¹. Sin embargo, esta primera fase sólo roza los albores del nacimiento del Derecho administrativo, pues este concepto de voluntariedad equiparable a la responsabilidad objetiva, es algo que parece negarse por la doctrina que ya distinguía entre voluntariedad e intencionalidad³¹².

Es así como en el año 1988 asiendo el derecho sancionador al tronco del “*Ius Puniendi*” público y con ello al Estado de Derecho, entiende la jurisprudencia que no es posible

³⁰⁹ Art. 20. CP. “*Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión*”.

³¹⁰ Es el ejemplo de la sentencia de 7 de octubre de 1988 del TEDH que proclama la libertad a los Estados miembros en materia de su competencia para definir los elementos normativos constitutivos de infracción independientemente de la concurrencia del dolo o negligencia.

³¹¹ STS de 21 de marzo de 1984 y STS de 22 de abril de 1985.

³¹² STS de 16 de diciembre de 1975.

obviar la culpabilidad del Derecho penal al derecho sancionador³¹³. En palabras de la STS de 17 de diciembre de 1988: *“El ejercicio de la potestad punitiva en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento penal en su conjunto por lo que las infracciones administrativas para ser susceptibles de sanción o pena deben ser culpables, atribuibles a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de derecho”*.

Sin embargo, la *“modulación”* en su intento de flexibilizar los principios penales ha intentado adaptar la culpa dando una de cal y una de arena. De una parte, minorando su exigencia. El hecho de que el repertorio de infracciones administrativas sea inagotable, no permite exigir el conocimiento de las mismas a todos los ciudadanos como pudiera ocurrir con los delitos y, por tanto, deduce que el ciudadano sin *“ser culpable”* puede cometer infracciones.

De la otra, garantizando el Estado de Derecho. Al tratarse la sanción administrativa de manera inequívoca de una manifestación del *“Ius Puniendi”* del Estado, sería inadmisibles en nuestro ordenamiento sustituir el término de culpabilidad por el de responsabilidad objetiva³¹⁴.

Con este contexto se dicta en el año 1992 la LRJPAC. Esta norma, considerada como la primera que marca el reflejo del moderno administrativo sancionador opta por una responsabilidad a título de *“mera inobservancia”* tratando por un lado de cerrar la puerta a la responsabilidad objetiva, y de otro abrirla a la modulación evitando el transcribir de modo idéntico la culpabilidad penal. Recordemos brevemente el tenor literal del principio de responsabilidad en la antigua LRJPAC. (Art. 130) *“Sólo podrán ser sancionadas por*

³¹³ La doctrina posterior ha seguido en la misma línea tal y como muestra la STS de 23 de enero de 1998. *“Puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionador de la administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STC 76/1990, de 26 de abril al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”*. Estas continuas remisiones al principio de legalidad son las que nos permiten abrir el abanico del principio de legalidad y del art. 25 de la CE hacia el principio de culpabilidad y presunción de inocencia.

³¹⁴ STS de 5 de febrero de 1999 y STC 219/1988, 22 de noviembre.

hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

Difícil parece extraer qué quiso decir en su momento la derogada LRJPAC con la “*mera inobservancia*³¹⁵” siendo en todo caso determinantes en el límite negativo de la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, debemos concluir que hablar de mera inobservancia debe implicar negligencia o cuanto menos cierta imprudencia en la ejecución de la acción. La exposición de motivos de la LPSPV, y sus arts. 5º y 6º parecen permitirnos refrendar la tesis que pese al tiempo en que la inobservancia presidió la culpabilidad sancionadora, nunca se ha permitido la responsabilidad objetiva. “*Lo que el artículo 3 pretende es dejar claro que la responsabilidad objetiva no cabe en el ámbito de lo punitivo administrativo, y no pensamos que el art. 130.1 de la Ley 30/1992 impida esta pretensión, entre otras cosas porque la doctrina del Tribunal Constitucional, a la luz de la cual hay que interpretar las normas, es reiterada en el sentido de exigir el principio de culpabilidad en todas las manifestaciones del Derecho Administrativo sancionador. Así las cosas, simple observancia es culpa o imprudencia, una forma de culpa o imprudencia cuyo contenido exacto lo establecerá la jurisprudencia*”.

Por ello y por los derroteros que ha venido la legislación que le sucede, parece más acertado esgrimir que la precitada inobservancia, que conduce a una falta de diligencia, se ha reconducido a la negligencia y con ello al nuevo concepto de “*culpa*” acuñados en la LRJSP³¹⁶ (art. 28).

La LRJSP parece hacer coincidir la responsabilidad con la culpabilidad, y mucho más prudente que la anterior, excluye a toda duda la responsabilidad objetiva o por la que no medie dolo o imprudencia.

³¹⁵ STS de 10 de diciembre de 2002: “*La inobservancia de las normas, salvo prueba en contrario, evidencia, cuando menos una falta de diligencia*”.

³¹⁶ Esto no quiere decir que confundamos la simple inobservancia o lleguemos a definir la simple inobservancia como responsabilidad objetiva, sino que la simple inobservancia debe derivarse bien al dolo o bien a la culpa o imprudencia tal y como mayoritariamente ha realizado la jurisprudencia y tal y como remarca la actual LRJSP o lo que la doctrina denomina: “*Interpretar la simple inobservancia en un sentido compatible con el principio genérico de culpabilidad de los arts. 24 y 25 de la CE*”. A. HUERGO LORA (2007), *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, p. 389.

Así las cosas, para poder ser responsable de una infracción administrativa viene a exigirse la concurrencia de dolo o culpa. Aislado el dolo, sólo podemos henchir la culpa con la negligencia o imprudencia³¹⁷, en resumidas cuentas, el antiguo deber de cuidado³¹⁸. Este deber de cuidado³¹⁹ nos obliga a analizar si dicho cumplimiento es negligente desde el baremo habitual de la diligencia del hombre medio, pues la diligencia exigible la debe marcar el propio tipo al positivizar el deber de cuidado³²⁰.

Surge entonces la problemática de si siendo el Derecho administrativo sancionador protector del riesgo por excelencia podrá seguir permitiendo la sanción de todas aquellas infracciones previstas en el derecho vigente donde el dolo o la culpa parecen más difíciles de acreditar y no surgirá un mar de sentencias contradictorias donde se interprete la culpa como heredera de la mera inobservancia en una ausencia de diligencia, o por el contrario la hermenéutica vaya por la línea de un concepto más propio del Derecho penal unido a la negligencia grave o imprudencia.

3.5.2. LA FIGURA DEL RESPONSABLE EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.

La legislación sectorial en este caso parece habernos facilitado un poco el trabajo para según qué tipo de infracciones, regulando de manera generalizada la figura del responsable de la infracción³²¹. Es el ejemplo del art. 349 del RUCYL donde para una de

³¹⁷ “La culpa consiste, en definitiva, en no haber previsto lo que debía preverse y en no haber evitado lo que debía evitar”. M. COBO DEL ROSAL, T. VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch. “En términos generales puede decirse que actúa con culpa o imprudencia o (negligencia) el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 341.

³¹⁸ La culpabilidad en la nueva normativa se ha endurecido, sin embargo, este endurecimiento no obsta para que entendamos subsumible en la culpa, la negligencia o el deber de cuidado del caso fortuito.

³¹⁹ T. CANO CAMPOS (2006), *Legislación de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*, Madrid: Tecnos.

³²⁰ Como veremos a continuación, será la legislación sectorial la que establezca de qué sujetos (presuntos responsables) se presupone una falta de diligencia o deber de cuidado.

³²¹ El legislador sectorial parece hablar indistintamente del concepto de responsable-culpable con el concepto de autor, puesto que el responsable es aquel que actúa con dolo o culpa. En el Derecho penal los delitos son, salvo excepciones, ilícitos de resultado: La lesión y, en su caso, la puesta en peligro de un bien jurídico. Las infracciones administrativas pueden serlo, pero no necesariamente ya que caben los ilícitos formales, es decir, los de simple inobservancia.

las infracciones más comunes en las EELL como es la ejecución de obra sin licencia señala varios sujetos como responsables y de los que se presupone cierta culpabilidad³²².

Esta legislación, sobre todo en materia urbanística y ambiental ha presupuesto la culpa o dolo para la comisión de infracciones por parte de ciertos sujetos, imputándoles directamente la responsabilidad. La duda en este caso surge por cuanto a quién debe dirigir el Ayuntamiento el expediente sancionador en el caso de existir varios responsables, y la posibilidad de repercutir o regresar la responsabilidad de los mismos³²³.

Por favorable que parezca en primer lugar, flaco favor hace este artículo a los supuestos responsables. En primer lugar y dando respuesta a la segunda cuestión planteada, porque este hecho va a permitir sancionar a varios sujetos por un mismo hecho sin que esto signifique que se esté contraviniendo la “*non bis in ídem*” y debiendo incoar expediente sancionador a cada uno de ellos.

La razón de este hecho es ser esta práctica heredera del art. 59 del Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística. Este reglamento dispone que las multas que se impongan a los distintos sujetos por una misma infracción tendrán entre sí carácter independiente³²⁴ habiéndose interpretado así el restante de la normativa autonómica salvo aquella que de manera expresa haya dispuesto lo contrario (art. 153.1.b de la LSCM).

Sobre la posibilidad de que pese a que de la norma se deduzca la responsabilidad independiente exista un pacto en la materia, encontramos un pronunciamiento en la

³²² Art. 349. Personas responsables. “*La responsabilidad de las infracciones urbanísticas se imputa a las personas que las cometan. En particular: En los actos de uso del suelo que requieran licencia urbanística y se ejecuten careciendo de la misma o de orden de ejecución, o incumpliendo las condiciones que se establezcan en las mismas, son responsables el propietario de los terrenos, el promotor de los actos y, en su caso, el constructor, los técnicos que dirijan las obras y las entidades prestadoras de servicios*”. En la misma línea art. 205 LSCM y el art. 249 del TROTU. Más prudente parece ser la normativa ambiental pues en el art. 75 del TRLPACYL se limita a decir que: “*Serán responsables de las infracciones las personas físicas o jurídicas que las cometan*”. Esto es, aquellas en las que concurra el título de dolo o culpa o negligencia grave para la realización de la infracción.

³²³ Cabe al menos a priori la duda de, si a pesar de que no quede regulada la figura del responsable para todo tipo de infracciones, siempre que estemos hablando de ejecución de actividades sujetas a previa autorización o a comunicación o incluso en la que participen varios sujetos, el titular o bien el promotor podrían hacer su derecho de derivar la responsabilidad al que verdaderamente participó a título de dolo o culpa, o si tendrían una responsabilidad independiente.

³²⁴ La interpretación de esta responsabilidad ha sido refrendada por el TS en la Sentencia de 16 de diciembre de 1993 donde se afirma la posibilidad de pluralidad de infracciones urbanísticas y de responsables, a los que, en razón de tal pluralidad e incluso independencia, no une vínculo alguno de solidaridad, mancomunidad o subsidiaridad.

Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Andalucía de 15 de abril de 2011 donde a pesar de la existencia de pacto privado, no se eximió de responsabilidad a quien por razón de su carácter debía conocer la existencia de título habilitante para la construcción. En este sentido señala el Tribunal que, a pesar de incluir un pacto sobre exclusión de responsabilidad de aquélla en relación con la construcción y de obtención de licencias por parte de la empresa, sirve precisamente para manifestar el conocimiento y alcance de la actuación y, por lo tanto, la desatención por parte de aquélla del deber de observancia que la ley le imponía respecto el cumplimiento de la legislación urbanística.

Intentando dar respuesta a la primera cuestión, obviamente los presuntos responsables tendrán derecho a ser notificados de los hechos que se les imputan, de las infracciones que tales hechos supongan y de las sanciones que pudieran imponérselos. Deberán igualmente conocer la identidad del instructor y la de la autoridad competente para sancionar. Tienen derecho los responsables a formular alegaciones, a utilizar todos los medios de defensa admitidos por el ordenamiento, respetándose el principio de presunción de no existencia de responsabilidad. Entendemos en todo caso que será en la fase instructora donde deben ser analizados estos documentos y alegaciones realizadas por las partes, sin perjuicio de partir del criterio jurisprudencial antes señalado de no consideración de los pactos privados para excluir la responsabilidad de una de las partes³²⁵.

³²⁵ STS de 3 de mayo de 1998: “*No se puede sancionar sin más al promotor de la obra como si fuere él el responsable por el mero hecho de haber sido el promotor, pues lo ineludible en estos supuestos es depurar su acaso eventuales responsabilidades conjuntamente con la de los facultativos y proyectistas que proyectaron dirigieron y ejecutaron las obras, a fin de determinar las responsabilidades de unos y otros*”. De esto se colige que antes de sancionar a todos o a alguno de ellos, procede investigar quién fue el negligente para imponer la sanción y absolver a los no culpables siempre y cuando, claro está, que la norma no presuponga la existencia de varios responsables que individualmente puedan cometer la misma infracción. E incluso bajo la previsión del legislador, la prueba acreditada ante sede judicial de que algún sujeto que figure como responsable en la normativa no hubiere podido obrar con dolo o culpa, no será posible atribuirle la responsabilidad. Sobre la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas y la imposibilidad de trasladar esa responsabilidad a los administradores se ha pronunciado del Tribunal Superior de justicia de Madrid que trae causa de un Recurso de Apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo desestimando resolución del Ayuntamiento por la que se imponía sanción a una persona física como supuesto autor de unas obras ilegales. “*No existe en el Derecho administrativo sancionador una norma paralela al artículo 31 del Código Penal que establece que el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. Al no reunir las personas jurídicas las aptitudes personales necesarias para asumir las consecuencias de la actuación delictiva y sufrir las consecuencias de la pena se deriva la responsabilidad a aquellos que actúan no sólo como administradores de derecho sino también como administradores de hecho. Y en el Derecho administrativo sancionador no existe un precepto paralelo*”

3.5.3. LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA.

Como norma general y conforme a lo expuesto, la responsabilidad por una infracción administrativa no es solidaria al regir el principio de personalización de la infracción que inspira todo derecho punitivo y considerando la responsabilidad únicamente a título personal y autónomo.

La potestad sancionadora hace referencia a una responsabilidad personal e individual donde difícilmente tiene cabida la responsabilidad solidaria. La culpa la tendrá uno, otro o los dos, pero difícilmente será solidaria por existir una culpa que suponga la suma de ambas responsabilidades³²⁶. Con esto, la infracción puede ser única, pero la responsabilidad no, siguiendo de este modo la doctrina de la SAN 21 de julio de 2004³²⁷.

La interpretación de tal conclusión debe extraerse de la jurisprudencia en base a la normativa directamente aplicable, excepcionando ciertos preceptos que recogen expresamente la responsabilidad solidaria³²⁸. Lejos de existir una doctrina consolidada y caminar el legislador por el mismo sendero, un nuevo quiebro realiza la LRJSP desde su antecesora que merece la pena explicar mostrando su antecedente. La LRJPAC explicaba para la concurrencia de culpas que: *“Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas*

puesto que las personas jurídicas son susceptibles de ser sancionadas y por lo tanto debe dirigirse la existencia de responsabilidad frente a las mismas, así lo establece con carácter general el artículo 130 de la Ley 30/1992”. La actual LRJSP tampoco permite dudas en su art. 28 sobre la posibilidad de sancionar a personas jurídicas.

³²⁶ Vid. SAN 21 de julio de 2004.

³²⁷ Lo contrario sería dar un tratamiento civil al *“Ius Puniendi”*. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 429.

³²⁸ En este sentido el art. 70 de la LGP contempla la responsabilidad solidaria cuando no fuera posible determinar la responsabilidad individual del infractor Art. 70. LGP. 2. *“Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de una infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes, por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades”*. Art. 13 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.

Por el reducto de la modulación cabría preguntarse si queda legitimada en algún caso la responsabilidad solidaria como habilita esta norma y no aplicar directamente el principio de personificación. Sería una vez más tarea del derecho positivo determinar el cuándo y el dónde. En todo caso y por la teoría de la individualidad de la infracción sólo en supuestos donde la comisión de la infracción dependa de la ejecución conjunta de las acciones de varios sujetos cabrá la responsabilidad solidaria y/o subsidiaria. O, en otras palabras, sólo en el caso en que no sea posible determinar la responsabilidad individual de cada sujeto no existirá una responsabilidad individual.

La LRJSP, además de eliminar este concepto civil de subsidiariedad, añade que la normativa que prevea la necesaria responsabilidad conjunta contemple también la figura de la responsabilidad solidaria³²⁹. Será el legislador sectorial el que a la postre aclare cuando podrá tener carácter solidario. Esto es, a riesgo de meternos en un nuevo problema sin salida³³⁰ paragonable al origen ontológico de la infracción, debemos descargar la gabela de la prueba en el legislador. Será trabajo de este último en el que bien con la tipificación de la infracción o bien con la vertiente positiva del cumplimiento del deber, nos deba de aclarar los presupuestos necesarios para la comisión de la infracción (actuación individual o conjunta como excepción) y la responsabilidad dimanante de las mismas. De lo contrario, y ante la ausencia de la figura de varios responsables, será la administración municipal la que deba probar el dolo o culpa de los supuestos responsables.

Sin embargo, esta tarea no se ha realizado con el detalle que requiere en la mayoría de la legislación sectorial y ante la ausencia de la figura de varios responsables, es la administración municipal la que debiera probar el dolo o la culpa de los presuntos

³²⁹ La responsabilidad del “*garante*” ya no queda regulada en la LRJSP y en la LRJPAC sólo mediante reserva legal. Además, esta responsabilidad civil no parece del todo viable a medio de repercutir cuotas de responsabilidad ante la carencia de criterios para fijarlas en la legislación. Al tratarse de relaciones privadas entre particulares, la decisión debería corresponder al juez civil, pero la intervención de éste complicaría aún más la situación y tampoco parece que se disponga de criterios de repartición.

³³⁰ La normativa sectorial que opta por determinar varios responsables de la infracción no habilita de forma directa la responsabilidad solidaria, sino todo lo contrario. En primer lugar, porque no quiere decir que la comisión de la infracción sea la resulta de una actuación conjunta, sino que ambos tienen responsabilidad, y en segundo lugar porque para que se practique este tipo de responsabilidad ha de recogerlo expresamente la Ley.

culpables³³¹ sucediendo en la práctica en nuestros pequeños municipios, la redirección del expediente entre los conocidos de la comisión de la infracción o de la titularidad del bien.

3.6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En aras a continuar la crítica de que esta unidad procedimental y de régimen jurídico ha producido una merma respecto a la precedente regulación del procedimiento sancionador al no existir norma propia que lo regule, sorprende esto de manera ostensible en el principio de presunción de inocencia. En este caso se ha pasado de un artículo completo (art. 137 LRJPAC) a un subapartado dentro de los derechos de los interesados en el procedimiento (art. 53): *“b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”*.

Esta merma de contenido y sobre todo la localización de este derecho fuera de los principios generales³³² no parece tener ningún pase jurisprudencial puesto que este principio-derecho parece extensible sin lugar a dudas al Derecho administrativo sin una posible modulación, tal y como ha razonado tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal Supremo³³³.

Además de las precitadas, su reflejo en la jurisprudencia es abundante. Desde la pionera STC 77/1983, de 3 de octubre que reitera que la carga de la prueba corresponde a la administración³³⁴, a la ilustrativa STS de 26 de diciembre de 1988: *“Este principio produce una inmediata consecuencia procesal que consiste en desplazar la carga de la prueba, el «onus probando» al acusador y, en el caso de la potestad sancionadora, a la administración pública. Es ella la que, en un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del interesado inculcado, debe suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios, a través de los medios comunes, que sirvan de soporte al*

³³¹ Art. 28. CP. *“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”*.

³³² No se encuentran entre los principios de los arts. 25 y ss. de la LRJSP.

³³³ STC 76/1990, de 26 de abril: *“Rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones”*.

³³⁴ STC 77/1983, de 3 de octubre: *“Tal presunción supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores”*.

supuesto de hecho cuya clasificación como falta administrativa se pretende. En el caso de que tal actividad probatoria no se haya producido, es evidente que el relato o descripción de los acaecimientos por la autoridad o sus agentes no conlleva una presunción de veracidad que obligue al inculpado demostrar su inocencia”.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

La unidad procedimental proclamada en la reserva de ley y avalada jurisprudencialmente³³⁵ permite pocos intersticios³³⁶ a ocupar por la legislación de desarrollo en la nueva LPACAP. Es por ello por lo que dejaremos a un lado en primer lugar el grueso de la normativa procedimental autonómica, que todo lo más añadirá algún trámite adicional siempre y cuando no resulte incompatible con la nueva norma³³⁷. También dejaremos de paso la normativa sectorial; no por abandono, sino por ocuparnos de ella en otros capítulos venideros, y respecto al Régimen local; diremos que la LBRL no deja hueco para un procedimiento administrativo específico municipal, y la vetusta regulación del ROF lo convierte en un cadáver de difícil reanimación a salvo de lo previsto en materia organizativa.

Lo que nuestro estudio sí nos permite afirmar con solidez es que el administrativo sancionador debe integrarse en todo caso como parte del administrativo común. Así el dictamen del Consejo de Estado previo a la aprobación de la LRJPAC y lo dispuesto en el preámbulo de la LPACPAP consienten suscribir que el Derecho administrativo sancionador se enmarca en el art. 149.1.18 tanto por la regulación de las bases como por

³³⁵ Art. 1.2 LPACPAP y Art. 105 c) CE. STC 110/2018, de 17 de octubre.

³³⁶ A salvo de las vías de escape que contiene la DA. I de la LPACAP.

³³⁷ 1.2 en relación con la DFV LPACPAP. Huelga decir que a salvo de la LPSPV pocas CCAA se han preocupado de la regulación expresa del procedimiento administrativo sancionador de manera general. Madrid y CyL únicamente disponen de un reglamento (Decreto 189/1994, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Sancionador de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid). Ceuta y Melilla, Canarias, Cantabria e incluso Andalucía se encuentran sin regulación normativa. Y otro tanto de normativas autonómicas han regulado el régimen local, perdiendo la oportunidad de regular el sancionador. Entre ellas: La Ley 3/1991 de 14 marzo de Castilla la Mancha, la Ley 5/1997 de 22 de julio de Galicia, la Ley 6/1998 de 25 de agosto de Murcia, la Ley Foral 2/1990 de 2 de julio de Navarra o la Ley 8/2000 de 23 de junio de Valencia.

la exclusividad del PAC³³⁸. Por consiguiente, parece indiscutible que es con esta norma con la que debemos pelear el éxito del sancionador en nuestras pequeñas Corporaciones Locales.

4.1. ACTUACIONES PREVIAS Y DENUNCIA ADMINISTRATIVA.

Como la iniciación del procedimiento sancionador (momento, procedencia, órgano), siempre ha sido una materia convulsa y parece incuestionable su relación de causalidad ante la comisión de la infracción, cabe disputar en primer lugar y por no buscar la gallina antes que el huevo, cuándo se entiende cometida una infracción. Citando aquí a LOPEZ MENUDO³³⁹ deberemos diferenciar la tipificación de la infracción para averiguar así el momento de su comisión:

- Si tipifica una infracción que puede ser cometida o comprobada al instante, en ese mismo momento.
- Si se trata de una infracción por comisión de una acción, desde su acto inicial.
- Para el caso de infracciones que consistan en la producción de un resultado, desde el último acto que desencadene ese resultado.
- Y en el supuesto de una infracción permanente, en el último acto constitutivo de la conducta³⁴⁰.

Sin embargo, antes de iniciarse el procedimiento sancionador, por no poder incluirse en el mismo estas medidas al tener un claro carácter coadyuvador del comienzo o no del citado, el art. 55 de la LPACPAP regula de modo similar a lo que lo hiciera el art. 69 de la LRJPAC unas actuaciones administrativas previas para el conocimiento de las circunstancias que rodean la supuesta infracción administrativa.

Es por ello que más que actuaciones previas al sancionador parecen serlo al aparato inspector, que en este caso deberá actuar como eslabón inseparable del subsiguiente

³³⁸ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 82.

³³⁹ F. LOPEZ MENUDO (1982), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, Sevilla: Instituto García Oviedo, p. 171 y ss.

³⁴⁰ Artículo 30.2 LRJSP. “El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora. 63.3 LPACPAP. “No se podrán iniciar nuevos procedimientos de carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo”.

procedimiento sancionador³⁴¹. Se trata así de medidas inspectoras o de investigación que pudieran constatar la comisión de la infracción, los presuntos responsables, así como toda serie de principios que rodean la potestad.

De la dicción de este artículo, en dos matices parecen imperdonables al cumplimiento del Derecho administrativo local y que afectan al procedimiento inspector previo al sancionador³⁴².

En comienzo, la legitimación de la oportunidad en el procedimiento administrativo sancionador, abriendo la puerta a la arbitrariedad al mencionar la “*conveniencia*” o no del inicio del procedimiento sancionador y la ausencia de vinculación entre el previo procedimiento inspector y el ulterior sancionador.

Seguidamente respecto al órgano competente en la Administración local para llevar a cabo esta inspección. En nada se refiere a salvo de identificarlo por defecto con el competente para la incoación y resolución. Añadir además, que estas actuaciones previas podrán surgir bien en la actuación inspectora de oficio por el órgano municipal competente, o bien como consecuencia de la puesta en conocimiento de estas circunstancias por parte cualquier ciudadano (denuncia) a la Administración local.

4.1.1. ACTUACIONES PREVIAS INICIADAS DIRECTAMENTE POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN.

El inicio de estas actuaciones previas de oficio, se llevaría a cabo por el personal que en la plantilla o RPT del Ayuntamiento tuviera identificadas estas tareas inspectoras. Una vez se hubiera constatado o sospechado la comisión de una infracción, éste propondría al órgano competente el acuerdo de iniciación del sancionador en el mejor de los casos, o mediante orden del corporativo correspondiente en otro no tan provechoso para la eficacia de la norma³⁴³.

³⁴¹ Con esto pretendemos enlazar los medios de la actividad de policía que explicábamos al comienzo de la tesis, demostrar cómo van relacionándose entre sí, y el porqué del considerando al sancionador como eje principal de la línea argumental.

³⁴² Problemática desarrollada con detalle en el Capítulo relativo a la Inspección administrativa. (Capítulo IV).

³⁴³ El problema del órgano competente al ser parte de la inspección quedará desarrollado en el capítulo que lleva su nombre. Es en esa parte donde intentaremos aclarar si el personal municipal goza de la suficiente autonomía para girar inspección y levantar acta de manera automática o está sujeto a la orden del corporativo competente.

4.1.2. LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA³⁴⁴.

La palabra Denuncia³⁴⁵ tiene su origen etimológico en el latín. Así lo demuestra el hecho de que esté conformado por tres partes claramente diferenciadas: De- privación, Nunciare- hacer saber y el sufijo Ia-cualidad.

La actual definición de denuncia con arreglo a la normativa vigente, entiende por denuncia el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.

No obstante, esta concepción clásica de denuncia administrativa en la que la figura del denunciante es la de una persona que efectúa únicamente una mera comunicación de los hechos a la administración, parece superada ya a la luz del propio concepto contenido en el art. 11 REPEPOS y posterior art. 62 de la LPACAP, donde cabría distinguir dos tipos de denuncia:

- Denuncia deber: Cuando la persona administrada está obligada por ley a formular denuncia.
- Denuncia facultad: Cuando la persona administrada formula denuncia de manera voluntaria.

La denuncia administrativa aparece con suficiente regulación en el art. 69 de la LRJPAC, el art. 11 del REPEPOS, y en el art. 62 de la vigente LPACAP.

Lo que refiere a la vigente regulación, el grueso de la importancia de la denuncia viene dada por la transposición del derecho europeo en la nueva configuración del

³⁴⁴ M. NAVAJAS REBOLLAR (2018), “El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento administrativo sancionador”, en: A. HUERGO LORA (2018), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Iustel, p. 179. G. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2019), *La denuncia administrativa*, Pamplona: Aranzadi. E. COBREROS MENDAZONA (1995), “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista vasca de administración pública*, núm. 41, p. 761-794.

³⁴⁵ S. SEGURA MUNGUÍA (2013), *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Bilbao: Universidad de Deusto.

“whistleblowing” o denunciante colaborador³⁴⁶ a través de reducciones y facilidades que pongan en conocimiento de la administración los supuestos incumplimientos³⁴⁷.

4.1.3. LA RELACIÓN NORMATIVA ENTRE DENUNCIA E INICIO DEL PROCEDIMIENTO.

Dado el carácter reglado de potestad y habida cuenta del interés partidista que pudiera tener el ejercicio de esta modalidad del Derecho administrativo, parece conveniente que hubiera una conexión o vinculación al órgano que dicta el acuerdo de iniciación para con respecto de la denuncia.

Con todo, la denuncia nos vuelve al punto de partida de la inspección (actuaciones previas) porque tales hechos comunicados por los ciudadanos deberán ser constatados por el personal municipal antes de dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento³⁴⁸. Es por

³⁴⁶ Antecedentes en el ordenamiento jurídico desde el art. 21.4 del código penal. L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2014), “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, p. 135-167. Directiva (UE) 2019/1937 del parlamento europeo y del consejo de 23 de octubre de 2019 sobre el “Whistleblowing” y la protección del denunciante. Sobre la importancia de la denuncia y la participación de la Oficina Antifraude de Cataluña huelga mencionar que: “Siendo la corrupción un fenómeno elusivo, que se nutre de la ocultación deliberada, la denuncia resulta relevante para destapar las actividades ilícitas, especialmente cuando la información procede del seno de la propia organización”. L. PARRAMÓN BREGOLAT, Ó. ROCA SAFONT (2020), “Alertadores de la corrupción, canales de denuncia y cultura de la integridad”, en: S. SUBIRANA DE LA CRUZ, M. FORTUNY CENDRA (2020), *Compliance en el sector público*, Navarra: Aranzadi. Directiva pendiente de transposición: La Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, publicada en el DOUE el 26 de noviembre, relativa a la protección de las personas que informan sobre infracciones del Derecho de la Unión, establece los estándares mínimos ante una protección actualmente fragmentaria y desigual. En la mayoría de los países de la UE la protección concedida es parcial y se aplica únicamente a determinados sectores o categorías de empleados. En nuestro caso todavía no contamos con legislación específica e integral, ni en el Estado ni en la mayor parte de comunidades autónomas, si bien hay diversas iniciativas en marcha, entre las cuales sendas proposiciones en trámite en el Congreso de los Diputados y el Parlamento de Cataluña, auspiciadas por la plataforma X net. Frente a la atonía legislativa debe ponerse en valor el papel impulsor de las asociaciones de alertadores y de las organizaciones de la sociedad civil. L. PARRAMÓN BREGOLAT, Ó. ROCA SAFONT (2020), *Alertadores de la corrupción...*, *op.cit.*

³⁴⁷ Artículo. 62.4. “Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado. Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga. En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia”.

³⁴⁸ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 139.

ello que por prudencia hemos decidido extender esta conexión en el capítulo de la inspección.

Lo que sí mostraremos ahora es que, en el caso de la denuncia, se ha flexibilizado la poca rigidez que pudo haber en su momento respecto a la necesaria obligación de resolver la petición de inicio del procedimiento. Esto es en palabras de NIETO: *“La normativa viene a confirmar la vigencia del principio de oportunidad en la potestad sancionadora sin otro contrapeso que la mínima cortesía de comunicar al denunciante la decisión que haya adoptado, y para determinadas circunstancias³⁴⁹”*.

Ya el antiguo REPEPOS mencionaba la *“no vinculación de la denuncia al inicio del procedimiento sancionador”*, y las actuales actuaciones previas de manera tácita, condicionan el inicio del procedimiento a las actuaciones del órgano competente para iniciar el aparato inspector o sancionador al sujetarlo al principio de conveniencia³⁵⁰. Sin embargo, esta nueva norma va un paso más allá en la relajación de la obligación de resolver. Este hecho lo encontramos en que lejos de intentar solucionar esta situación, el legislador actual en el art. 62 de la LPACAP ha limitado los supuestos donde la administración deba dar una respuesta ante la denuncia del interesado. Con el nuevo art. 62 de la LPACAP, se han restringido los supuestos donde se debe resolver la petición de denuncia del particular explicándole por qué la administración no va a hacer nada tras la presentación de su escrito al presente supuesto: *“Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones Públicas la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento”*.

Dos son los principales puntos de ausencia de desarrollo normativo en esta fase previa del inicio del procedimiento:

- A pesar de establecer cierta diferenciación entre la denuncia deber y la denuncia informativa, no se establece una vinculación o tratamiento diferente legitimando

³⁴⁹ Muéstrese aquí al lector una doble discrecionalidad y/o oportunidad. La del posible procedimiento inspector tras comunicar la denuncia, y la del posible comienzo del procedimiento sancionador en el caso de que se llevaran a cabo las actuaciones inspectoras.

³⁵⁰ Art.11 REPEPOS. *“La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento. Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación”*.

al órgano competente para la iniciación del procedimiento a no iniciar actuaciones sin necesidad de motivar su posición.

- Se ha eliminado la petición de inicio del procedimiento³⁵¹. Esto refuerza más en la Administración local la parcialidad del Derecho administrativo sancionador. Se anula la posibilidad que tiene el ciudadano y/o interesado de solicitar a la administración el inicio de un procedimiento sancionador para la defensa de sus derechos³⁵².

³⁵¹ Sobre la posibilidad del ciudadano de solicitar el inicio de un procedimiento sancionador en vía judicial y los límites a la facultad discrecional de la Administración en la incoación de expedientes sancionadores. Merece la pena la íntegra lectura de la Sentencia del JCA nº1 de Lugo de 28 de diciembre de 2020 con citas de STJ Galicia de 16 de octubre de 2019 y de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª Sentencia de 28 de enero de 2010, Rec. 625/2007, 6 de marzo de 2000 y 28 de enero de 2019. La denunciante, usuaria del servicio de abastecimiento de agua potable de una entidad local gallega, advierte que el agua suministrada se encuentra en evidente mal estado, ante la denuncia de la ciudadana, la administración resuelve no iniciando el procedimiento, y la resolución de no incoación se recurre en alzada que es desestimada y frente a la que se interpone recurso Contencioso Administrativo. La sentencia del JCA nº1 de Lugo de 28 de diciembre de 2020 estima la existencia de legitimación activa y señala al respecto: *“Tal doctrina viene al caso porque eso ha sido lo que ha acontecido en el supuesto que nos ocupa: el expediente revela que la Conselleria de Sanidad admitió en vía administrativa la legitimación de la ciudadana recurrente, pues dictó la resolución originaria declarando la improcedencia de la incoación del expediente sancionador sin negarle interés legítimo en el procedimiento; y lo mismo aconteció con ocasión de la resolución del recurso de alzada. A mayor abundamiento, no puede dejar de observarse que el acto recurrido consiste en el archivo o la decisión de no incoar un expediente sancionador, es decir, nos hallamos ante la fase preliminar o previa de un procedimiento sancionador de modo que toda la argumentación que pivota sobre la inexistencia de un interés legítimo de la actora en cuanto a la imposición de una sanción, no viene al caso. En efecto, la demandante sí ostenta legitimación activa pues el interés que hace valer en la demanda, así como en la vía administrativa, se centra en la petición de la incoación de un procedimiento sancionador para que se lleve a cabo una actividad de investigación y comprobación a fin de determinar si los hechos denunciados merecen un reproche administrativo. En este sentido, la jurisprudencia, de forma reiterada, ha admitido la legitimación para impugnar el archivo de un procedimiento sancionador cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción sino que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación suficiente a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de las atribuciones que dicho órgano tiene encomendadas (por todas STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de febrero de 2007, Rec 146/2003). Y a lo anterior, cabe agregar algo más: la actora no actúa como una mera defensora de la legalidad, sino que su posición en este procedimiento viene derivada de unos acontecimientos ocurridos en su propio domicilio, de modo que esa circunstancia (perjudicada en particular) ha de añadirse a la posición de mera denunciante, reconociéndole algo más que un interés por la legalidad en materia de salud pública, y en consecuencia, un legítimo interés al menos en la continuación (más bien incoación) del expediente sancionador”*. Esta sentencia aunque clarifique la condición de denunciante-interesado, no resuelve nuestra tesis, pues en este caso la administración resuelve desestimando lo cual da al interesado pie al recurso administrativo correspondiente, la problemática se agrava tal y como veremos en el capítulo IX cuando tras la denuncia, la administración al no estar obligada, no resuelve ni incoando ni desestimando esa petición de inicio y la inactividad judicial tampoco asegura amparar al denunciante cayendo así en el abismo. Con todo, es cierto que de la jurisprudencia expuesta podemos concluir de manera indirecta y nunca reconocida por el legislador, que si queda acreditada la comisión de la infracción (fondo del asunto) así como la condición de interesado del denunciante (forma), la administración tiene obligación de incoar el procedimiento. R. ROSSI IZQUIERO (2021, 4 febrero), *Límites a la facultad discrecional de la Administración en la incoación de expedientes sancionadores*. <https://contenciosos.com/sancionador/limites-a-la-facultad-discrecional-de-la-administracion-en-la-incoacion-de-expedientes-sancionadores/>.

³⁵² Sobre el medieval concepto de denuncia extendido aun socialmente son destacables las siguientes líneas

Habida cuenta de que la administración únicamente está obligada a resolver en los casos que se invoque un perjuicio contra el patrimonio de las AAPP, debemos analizar este nuevo concepto puesto que sino no cabría siquiera recurso administrativo al carecer la administración de la obligación de resolver³⁵³.

La primera pregunta podría seguir la línea de qué entendemos por patrimonio de las AAPP lo que el art. 3º de la LPAP parece definir como el conjunto de bienes y derechos de las administraciones públicas, así como el conjunto de acciones que lo comportan.

La segunda, y atendiendo a esta hermenéutica, sería cuestionarse qué entendemos por perjuicio, respondiendo el diccionario español, como³⁵⁴ “*todo daño moral o material que*

*“Los factores socioculturales, en concreto las percepciones sociales negativas sobre la denuncia, profundamente arraigadas (especialmente en países con pasados autoritarios) contribuyen a la ausencia de denuncias. Es importante, por consiguiente, que cualquier política de protección tenga presente esta circunstancia y ponga en marcha medidas colaterales. La mayor parte de usos verbales que traducen la fórmula anglosajona original (whistleblower) tienen una connotación peyorativa, asociada a deslealtad y traición (chivato, soplón, delator, etc.). Son por ello preferibles las voces neutras (informante, informador), más aún cuando no inducen a confusión respecto a construcciones procesales preexistentes (denunciante), y las que incorporan un matiz positivo como «alertador» (del francés: lanceur d’alerte), un neologismo afortunado –a nuestro juicio– que ha calado con fuerza en la comunicación pública y en los instrumentos legales”. L. PARRAMÓN BREGOLAT, Ó. ROCA SAFONT (2020), *Alertadores de la corrupción...*, op.cit.*

³⁵³ Sobre la condición del denunciante, interesado o no al gozar de algún interés legítimo se ha pronunciado A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 107-108. y resulta ilustrativa la siguiente sentencia: STS 28 de enero de 2019. En el Fundamento de derecho segundo se viene realizar un completo resumen de la jurisprudencia anterior del propio TS: “...Específicamente, y por lo que respecta a la legitimación del denunciante, la jurisprudencia existente puede sintetizarse en los siguientes puntos: Como regla general, el denunciante, por el simple hecho de su denuncia, no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones, sean pecuniarias o de otro tipo. Así, se ha afirmado de forma reiterada que «ciertamente, de la condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues como se viene reiteradamente sosteniendo por la jurisprudencia el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada o titularidad de un derecho o interés legítimo en palabras del art. 19 de la LJCA. Este principio general no implica, sin embargo, que el denunciante carezca legitimación en todos los casos, pues la tendrá cuando, además de ser denunciante, sea titular de un interés legítimo. En este sentido, la STS de 24 de enero de 2000, sostiene que el denunciante puede tener legitimación activa cuando «la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado...”. Entendemos que sería en el caso de que el denunciante gozara de la condición de interesado cuando podría interponer recurso ante el acto administrativo expreso o tácito, así como dirigirse al Contencioso Administrativo. Sin embargo, no podrá hacerlo en el caso en que la administración no tenga propiamente una obligación de resolver. (Para la presente todos los supuestos a excepción del perjuicio en el patrimonio). J. R. CHAVES GARCÍA (2018), “Supremo tijejetazo al silencio administrativo positivo”, *Delajusticia.com*. <https://delajusticia.com/2018/12/04/supremo-tijejetazo-al-silencio-administrativo-positivo/>.

³⁵⁴ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 279. El patrimonio, o los daños contra los bienes de la administración, ya parecen resguardados por el derecho civil. De igual modo la LPAP también reserva como infracción los daños producidos a los bienes demaniales de las administraciones públicas, con la legitimación de la potestad sancionadora y la subsecuente facultad de reposición a la situación original. “Cuando el art 192 de la LPAP de 3 de noviembre de 2003 se considera infracción «la producción de daños en bienes de dominio público» o «las actuaciones sobre bienes afectos a un servicio público que impidan o dificulten gravemente la normal prestación de aquel» no se están remitiendo a un

*una persona o una cosa causa en el valor de algo o en la salud o el bienestar de alguien*³⁵⁵”.

Luego, en suma, ¿qué podemos entender por este semi-concepto jurídico indeterminado? Parece simple: Que la administración únicamente queda obligada a dar respuesta cuando el daño producido recaiga en sus bienes y derechos (patrimonio), tanto de carácter demanial como patrimonial³⁵⁶.

Vemos como la administración utiliza la potestad sancionadora para cuidar su patrimonio a pesar de gozar para ello de otras potestades³⁵⁷ y dejando a salvo toda aquella actuación que no afecte al mismo. Va escorando los derechos de los particulares a una ulterior jurisdicción civil de daños o perjuicios legalizando de este modo la inactividad. Esto no tiene ningún sentido desde una explicación teleológica del Derecho administrativo que lo que pretende, o el bien jurídico que desea proteger, son los intereses generales frente a los particulares. Así en palabras de SOSA WAGNER: *“Toda actuación superflua del Estado significa una ilegal intromisión en la esfera privada, por lo que aquel debe tener muy claro que constituye su misión limitarse a lo necesario y hacerlo siempre en beneficio de los más y no de grupos concretos o de individuos determinados*³⁵⁸”.

Entendemos que con esto el legislador pretenda no permitir una *“guerra de guerrillas”* en la Administración local a través de la sanción administrativa³⁵⁹, pero para ello resulta

precepto legal expreso que prohíba los daños a los bienes de dominio público sino a todo lo más a una norma en la que se cristaliza el sentido jurídico común de que no se deben dañar bienes de ninguna clase. Los daños de dominio público o las perturbaciones la normal prestación de servicio público se integran dentro de la institución genérica de la responsabilidad civil y en rigor no necesitaría de regulación punitiva alguna. Ahora bien, el código penal no se ha contentado con las reparaciones civil y ha creado para algunos supuestos especiales el delito de daños, de la misma manera que la ley citada ha decretado para otros supuestos especiales la infracción administrativa de daños al servicio público”.

³⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed.

³⁵⁶ Infracciones que afecten a los intereses financieros de la Unión, tal como se definen en el artículo 325 del Tratado y tal como se concretan en las correspondientes medidas de la Unión. A. GARRIDO JUNCAL (2019), “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *Reala*, núm. 12, p. 126-151.

³⁵⁷ 44 REBEL y 41 LPAP.

³⁵⁸ F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes...*, *op.cit.*

³⁵⁹ M. VIEJO (3 de marzo de 2018), “La venganza de Tristán, el jubilado que denunció a 800 vecinos de Salamanca”, *ElPaís*.

imprescindible crear una conciencia social de la potestad sancionadora igual que se ha creado con otro tipo de infracciones³⁶⁰.

4.2. MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORES Y CONCOMITANTES AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

Las medidas provisionales tienen por objeto garantizar la eficacia de la decisión que finalmente se adopte durante la tramitación del procedimiento. Asegurar la eficacia de la resolución y con esto la tutela judicial efectiva es el sino tanto de las medidas cautelares administrativas como de las procesales³⁶¹. Dejaremos fuera en este apartado lo dispuesto en el art. 117 LPACAP al referir únicamente a la suspensión del acto administrativo como medida cautelar a adoptar en el procedimiento administrativo para la resolución de los recursos administrativos y el art. 90.3 LPACAP que contempla la posibilidad de adoptar en la resolución que ponga fin a un procedimiento sancionador, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

Para refrescar su concepción citaremos la STS de 14 noviembre de 2007 (F.5) en la que se establece que *“constituyen, por tanto, acciones provisionales que se adoptan para proteger el interés general, ordinariamente en el seno de un procedimiento, pero también con carácter previo a su instrucción cuando hay razones de urgencia. Se trata de evitar que mientras se instruye y termina un procedimiento puedan mantenerse situaciones que mermen o eliminen la eficacia real de la decisión o resolución que finalmente fuere adoptada”*.

Por ello, antes de dictar el acuerdo de iniciación, la nueva LPACAP permite la adopción por el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento y en casos de urgencia

³⁶⁰ Ejemplo. Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (Vigente hasta el 31 de enero de 2016).

³⁶¹ El propio Tribunal Constitucional señaló en STC de 10 de febrero de 1992 que *“la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”*. Así, al señalar que la tutela judicial ha de ser efectiva, apunta que la efectividad está directamente relacionada con las potestades atribuidas a los órganos judiciales de salvaguarda de los derechos cuya protección se demanda. De hecho, en este sentido se pronuncia la misma Exposición de Motivos de la LJCA a que *“se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva”* (129 a 135 LJCA).

inaplazable, medidas provisionales condicionadas al acuerdo de iniciación del procedimiento³⁶².

Dichas medidas presentan las siguientes características y están sujetas a las siguientes condiciones:

- Podrán iniciarse tanto de oficio como consecuencia de una denuncia presentada por un ciudadano.
- Deben estar motivadas por una urgencia inaplazable.
- Únicamente se extenderán por el motivo y durante el tiempo necesario para la protección provisional de los intereses implicados, y siendo en todo caso proporcionadas.
- Si en el posterior acuerdo de iniciación no se ratifican quedarán extinguidas.
- No se podrán imponer medidas provisionales que causen perjuicios de difícil o imposible reparación o que supongan la violación de derechos fundamentales garantizados por las leyes
- Estas medidas se extinguirán automáticamente al dictar la resolución que ponga fin al procedimiento.

Sin embargo, esta serie de medidas con carácter previo al inicio del procedimiento que no suponen una excesiva novedad para la legislación sectorial³⁶³, si parecen suponerlo en lo que refiere al administrativo común. Por cuanto, ¿qué cauce sino es el procedimiento administrativo habilita al órgano competente a dictar una resolución limitativa de derechos? Hablamos de cauce porque en la precedente regulación, las medidas

³⁶² Artículo. 56. Medidas provisionales. *“Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas”.*

³⁶³ El supuesto más utilizado es la orden de paralización en las normas urbanísticas y ambientales cuando se tienen conocimiento de la ejecución de alguna obra o instalación sin autorización previa para evitar causar perjuicios que de continuar la misma, se convirtieran de difícil o imposible reparación. Art. 113 LUCYL. Art. 113. ejecución. *“Cuando se esté ejecutando algún acto que requiera licencia urbanística, sin que haya sido otorgada dicha licencia o en su caso una orden de ejecución, o bien sin respetar las condiciones de la licencia u orden, el Ayuntamiento dispondrá: a) La paralización de los actos en ejecución, con carácter inmediatamente ejecutivo) La incoación de procedimiento sancionador de la infracción urbanística y de restauración de la legalidad”.* De igual modo Art. 193 LSCM.

provisionales quedaban habilitadas únicamente en aquellos supuestos en los que estuvieran previstas en una norma con rango de ley (art. 72.2 LRJPAC.) Produciéndose ahora no sólo un descenso notable de las garantías de los interesados sino una habilitación genérica extra procedimental, eliminando la reserva legal del caso concreto. Dicha limitación garantista desaparece y es sustituida por la única exigencia de que las medidas provisionales así adoptadas lo sean con la correspondiente motivación y que resulten necesarias y proporcionadas.

No hablaremos de los medios, medidas y resto de condiciones, por haber sido tratadas ya con suficiente entereza³⁶⁴ y exceder el ámbito de esta tesis. Sin embargo, no es desdeñable mencionar, que la presente ley habilita, con una previa remisión a la LEC³⁶⁵, una serie de medidas como “*numerus clausus*”, que podrá imponer el alcalde tanto de manera previa a la iniciación del sancionador como coetánea o posterior.

Sin embargo y pese a este breve análisis de la parte general, tanto monta tanto en lo que refiere a nuestro breve trabajo de investigación. Habilitado por esta norma, será el político competente para iniciar (que lo será también para resolver) el autorizado para la adopción de estas medidas antes o con el procedimiento administrativo y sujeto a la oportunidad y/o conveniencia de todo administrativo sancionador³⁶⁶ pues tal y como establece el art. 56.: “(…) El órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar de forma motivada las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas...”.

4.3. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

4.3.1. ÓRGANO COMPETENTE.

³⁶⁴ F. PONS CÁNOVAS (2002), *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Marcial Pons. P. SALA ATIENZA (2016), *Las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid: Aranzadi. C. CHINCHILLA MARÍN (1991), *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas. E. FUENTES CARA (2015), *Medidas cautelares y jurisdicción contencioso administrativa*, Málaga: Fundación Asesores Locales.

³⁶⁵ Apartado 3º del art. 56 de la LPACAP.

³⁶⁶ En el mejor de los casos, cuando existiere algún técnico en el Ayuntamiento, debiera hacer un informe previo, pero lo cierto es que si el Alcalde no lo ordena ese informe no se evacuará y las medidas carecerán de eficacia.

Parece prudente antes de delimitar el acuerdo de iniciación del sancionador y habiendo anunciado páginas atrás que se trata de uno de los asuntos prolijos en la Administración local, tratar de averiguar quién es el órgano encargado en la misma para anunciar oficialmente su comienzo.

A tenor literal de lo establecido en la actual LPACAP, los procedimientos sancionadores se ejercerán por el órgano que tenga atribuida la competencia u órgano competente citando el tenor literal del legislador. (Art. 63 LPACAP).

Rememorando el principio de legalidad en su modalidad atributiva, el órgano competente para “sancionar” en la Administración local es el alcalde si evocamos la dicción del art. 21. n): “Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos”.

Cuando este artículo nos habla de sancionar, podemos entender que se refiere propiamente a la fase de resolución de la sanción, pero en nada impide que sea fácilmente extensible al propio inicio del procedimiento. Esto es así, por cuanto lo que queda limitado por ley en aras a la independencia e imparcialidad que de los órganos judiciales penales debiera extenderse a los órganos administrativos, es únicamente la debida separación entre la instrucción y resolución³⁶⁷.

Este hecho además es manifestado de manera expresa por el derecho positivo sin reparo, no sólo en su modalidad negativa. Las medidas provisionales anteriormente desarrolladas debían ser impuestas por el órgano competente para la incoación y para la resolución, dejando entrever la propia normativa general que pudieran o debieran coincidir. En concreto el art. 56.1 habla del órgano competente para resolver, y el 56.2 para iniciar e instruir. Luego si es el órgano competente para sancionar parece coherente que lo sea también para dictar el acuerdo de iniciación³⁶⁸.

³⁶⁷ La normativa autonómica de desarrollo viene en la línea de lo expresado: Así el Decreto 189/1994, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento Sancionador de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Artículo 5. Órganos competentes. “Será órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador el que establezca la norma sustantiva sancionadora o el que tenga competencia por razón de la materia.3. Será órgano competente para resolver el procedimiento el que tenga competencia para imponer, en su caso, la sanción que figure en la propuesta de resolución”.

³⁶⁸ Pese a que la mayoría de la legislación no atribuye de modo específico esta competencia, la LOUA atribuye de manera específica al alcalde el ejercicio de la potestad sancionadora en dos de las tres fases del procedimiento: EL inicio y la resolución. Art. 195. Competencia para iniciar, instruir y resolver. Ley de

Es así como el legislador estatal no recae en que en nuestras EELL le tocará al presidente de la entidad o persona en quien delegue (dependiente en todo caso del mismo)³⁶⁹ la iniciación del procedimiento, rompiendo de este modo cualquier viso de semejanza con la apertura de un procedimiento judicial por el funcionario correspondiente o incluso con un procedimiento de sancionador de las restantes administraciones territoriales donde funcionarios independientes realizan las distintas fases del procedimiento y limitándose los órganos políticos a la firma de las resoluciones.

4.3.2. FORMA DE INICIACIÓN.

La normativa actual confina el inicio del procedimiento al acuerdo de iniciación que dictará de oficio el órgano competente: *“Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos”*.

Con esto queda fuera de duda que pese al valor que la nueva normativa quiera dotar a las actuaciones previas o a las denuncias realizadas por los interesados, el sancionador queda rigurosamente condicionado a que el corporativo o corporativos correspondientes reunidos en órgano colegiado, dicten el acuerdo de iniciación³⁷⁰.

Atrevida e innovadora hasta el punto de extralimitarse actualmente a lo dispuesto en la LPACPAP, es la LPSPV³⁷¹, pues regula las siguientes condiciones para el inicio del procedimiento sancionador:

Urbanismo de Andalucía. 1. *“La competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores corresponde: a) Al alcalde del correspondiente municipio o al concejal en quien delegue”*.

³⁶⁹ Art. 21.3 LBRL. Art. 43. ROF: Las delegaciones se realizarán en el conjunto de concejales de la JGL o a título particular en los Tenientes de alcalde cuando ésta no existiera. *“El alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los arts. 21.3 y 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en los términos previstos en este artículo y en los siguientes”*.

³⁷⁰ Referencia realizada a la Junta de Gobierno local, en la que se podrá delegar el ejercicio de esta potestad, y con atribución propia para los municipios del Título X de conformidad con el art. 127.I).

³⁷¹ Esta norma, de manera tímida y aunque sólo para una tenue actuación de las muchas que regulan el sancionador habilita, al funcionario inspector a acordar directamente las medidas provisionales. Artículo 32. Adopción excepcional de medidas cautelares por funcionarios inspectores. *“Excepcionalmente, cuando la consecución de alguno de los objetivos a que se refiere el artículo 31.1, salvo los enunciados en primer y segundo lugar, requiera la asunción inmediata de medidas cautelares, éstas podrán ser impuestas, sin audiencia”*.

- Por un lado, concibe el inicio del sancionador a “*solicitud del interesado*” aunque permite la posterior inadmisión de la solicitud por el órgano competente para la iniciación. (35.3 LPSPV)
- La solicitud de inicio del procedimiento, actualmente extinta en las LPACAP a salvo del perjuicio del patrimonio para las administraciones, se regula con todas las garantías para los ciudadanos, tasándose de manera positiva cuándo se inadmitirá dicha solicitud. (Art. 35.4 LPSPV).

Parece ser acorde a la jurisprudencia que se condicione la solicitud de inicio de un procedimiento a que el solicitante goce o sea titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo al disponer que: “*Con dicha solicitud podrán aportarse todos los documentos, instrumentos o pruebas en que el solicitante funde su condición de interesado y su pretensión*”. Habilitando así de manera directa al interesado a la interposición de recurso tanto en vía administrativa como en vía judicial por acto presunto ante la ausencia de respuesta.

Si en el apartado anterior tratamos de vislumbrar la importancia de la vinculación de las actuaciones previas con el inicio del procedimiento, con este apartado ponemos de manifiesto que lo previsto en la LPACAP se traduce en una superposición del órgano competente para el ejercicio de dicha potestad en distintos trámites consecutivos de difícil comunión con un procedimiento donde debiera prevalecer la independencia.

4.4. LA INSTRUCCIÓN. LA FIGURA DEL CONCEJAL INSTRUCTOR.

La instrucción probablemente sea la fase más característica o especial del procedimiento sancionador con respecto al administrativo común, entre otras cualidades, por su correlación al proceso penal³⁷². El órgano que inicia el procedimiento (Art. 64 LPACAP) a la vista de la infracción cometida, debe nombrar a un tercero ajeno al proceso que constate o compruebe el quebrantamiento del Derecho público y practique el oportuno

³⁷² Art. 299. LECRIM. “*Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”.

periodo de prueba de tal modo que la resolución se erija de manera fehaciente, firme, y sin contravenir los derechos del interesado.

La condición de instructor.

La actual LPACAP ha decidido, con retroceso frente a la más antigua, no pronunciarse acerca del estatuto del personal instructor³⁷³ a salvo de detallar ciertas actuaciones como el valor probatorio de las actas y su inexcusable presencia.

La importancia que evocamos respecto de la condición del inspector y de su independencia en relación a las otras dos fases (precedente y correlativa), deviene a que este órgano no sólo debe acreditar los hechos mediante la prueba pertinente proponiendo la sanción, sino que debiera ser el perro lazarillo inevitable del órgano resolutorio, y no a la inversa, que es la situación engendrada cuando existe dependencia³⁷⁴.

³⁷³ La Ley de procedimiento de 1958 ya regulaba que el instructor debiera ser funcionario o personal competente. “Art. 135. — Uno. En la misma providencia en que se acuerde la Incoación del expediente se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario, que se notificará al sujeto a expediente Dos. Si las disposiciones aplicables no exigiesen que en aquéllos concurren circunstancias especiales, el Instructor deberá ser, al menos, Jefe de Negociado y tener, en todo caso categoría superior a la de) presunto inculpado. Podrá ser Secretario cualquier funcionario del Ministerio respectivo. Artículo ciento treinta y seis. —Uno. El Instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción”.

³⁷⁴ El preámbulo de la LPSPV parece definir esta situación de un modo bastante pragmático: “Por un lado, la labor de instrucción es una labor técnico-jurídica. El instructor no sólo investiga y determina los hechos, sino que, se puede decir, prepara la decisión del órgano sancionador desarrollando una función de auténtico apoyo técnico; es una labor que, en consecuencia, debe realizarla un técnico. Además, el órgano sancionador no puede ser totalmente ajeno a la labor de instrucción, debe tener un cierto control sobre la misma, lo cual se dificultaría en gran medida si la instrucción y la resolución se atribuyese a distintos órganos. Por otro lado, en el procedimiento sancionador la imparcialidad no sólo requiere que el que instruye no decida y el que tiene que decidir no se implique en determinado grado en la instrucción (aspecto cuya garantía no tiene, en el marco de dicho procedimiento, demasiada dificultad), sino también que el que instruye no esté dirigido o condicionado en su función instructora por el que tiene la facultad de resolver. Éste es el problema importante, el que singulariza al procedimiento sancionador frente al proceso penal, en el cual tal problema no se da por la propia naturaleza de la organización judicial”.

LA FIGURA DEL CONCEJAL INSTRUCTOR.

Pues bien, por si nos pareciera poca merma de la integridad que el instructor fuera nombrado directamente por el alcalde³⁷⁵, la propia jurisprudencia ha avalado la designación de un concejal como instructor, actuando así en régimen de delegación.

La posibilidad de nombrar como instructores a corporativos en la Administración local, parece venir legitimada por dos descuidos del legislador. En primer lugar, porque a salvo de una atribución de la potestad sancionadora por fases, se regula de manera general en el alcalde (21.n LBRL), pudiendo de este modo desconcentrarse y delegarse como con el resto de atribuciones delegables de conformidad con el art. 21.3 LBRL.

En segundo término, al no haberse limitado el ejercicio de tal potestad a las autoridades políticas o gubernativas³⁷⁶ (y circunscribiendo únicamente la norma que la instrucción y la resolución recaigan en el mismo órgano), responde la jurisprudencia por el régimen de delegación precitado para el ejercicio de la instrucción.

La STS de 14 de octubre de 2002 no considera el motivo de indefensión alegada por la parte recurrente a consecuencia de la designación a un miembro de la corporación municipal como instructor del expediente sancionador. Esto se fundamenta al haberse cumplido con las garantías formales que establece la norma: *“La condición de concejal, alega, no puede ser una objeción en si misma a la participación en la instrucción del procedimiento”*³⁷⁷.

³⁷⁵ De conformidad con el art. 65 LPACAP en el propio acuerdo de iniciación, el órgano competente designará al instructor.

³⁷⁶ Extremo sí limitado para las relaciones de especial sujeción, en concreto arts. 30 y ss. Del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

³⁷⁷ *“... La queja es claramente inconsistente en cuanto a la invocación del art. 24.1 CE ya que ninguna indefensión ha sufrido el recurrente en un proceso que se ha seguido con todas las garantías y se ha resuelto razonadamente sobre el fondo de las pretensiones formuladas. Del expediente administrativo se desprende que la recusación formulada contra el instructor el 21 Mar. 1995 fue tramitada y resuelta con todas las garantías, sin que resulte del mismo - ni siquiera se haya llegado a afirmar - otra objeción que la de la condición misma de concejal del instructor del expediente. El artículo 19 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) establece que el gobierno y administración municipal corresponde al Ayuntamiento integrado por el alcalde y los Concejales, por lo que los miembros de las corporaciones locales pueden ser titulares de los derechos y deberes precisos para el desarrollo de la función administrativa municipal, con la objetividad necesaria (artículo 73.2 LRBRL) y con la obligación de abstenerse en los casos previstos en la legislación de procedimiento (artículo 76 LRBRL).*

Distinto parece ser, cuando la legislación sectorial ha delimitado el estatuto del personal instructor atribuyéndole la condición de funcionario. En este caso la jurisprudencia no puede avalar o garantizar algo que es contrario a la Ley. Por ello, la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada, de 28 de septiembre de 2015, considera improcedente el nombramiento de una concejala como instructora en un procedimiento de infracción urbanística por exigir la LOUA dicha condición en el art. 195.2: *“La instrucción de los procedimientos sancionadores corresponde a funcionarios que ocupen puestos de trabajo en las unidades administrativas dedicadas al ejercicio de las funciones de inspección”*³⁷⁸.

Sin embargo, esta sentencia va más allá, e invocando el art. 150.2 del TRRL y el art. 9.2 del TREBEP con la problemática actual que tratará de explicarse en el Capítulo de la inspección³⁷⁹, presupone la condición de funcionario al personal instructor por el ejercicio de potestades públicas abriendo la posibilidad de una regulación general en la LPACAP.

Fuera de estas tesis formalistas, en alguna ocasión la jurisprudencia más conocedora de la situación local, ha ido un paso más allá dejando a un lado los aspectos juiciosos del derecho positivo acreditando la *“contaminación”* que produce en el procedimiento sancionador local las anomalías atributivas previstas. En esta línea, la STSJ de Castilla la Mancha de 17 de marzo de 2010 considera la importancia de la estricta separación de fases y órganos en el procedimiento sancionador, revelando uno de los problemas presentes en esta tesis como es la ausencia de independencia de la fase instructora

Ninguna norma impide que puedan ser designados individualmente como instructores de un expediente sancionador como el que se contempla, actuando por delegación del alcalde...”

³⁷⁸ El tribunal indica que: *“En cuanto a la ausencia de la condición de funcionario, son claras las exigencias de la ley urbanística autonómica así como las del artículo 150.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, así como que el instructor de un expediente sancionador ejerce potestades públicas propias de dicha condición -artículo 9.2 del EBEP -y el interesado puede aducir tal infracción, como motivo de nulidad en cualquier momento sin que deba articularla por el procedimiento de la recusación establecido en la Ley 30/1992”*. En la misma línea, la Sentencia TSJ Canarias 1 de diciembre de 2011. El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en sesión de 28 de mayo de 2015, indicaba a este respecto que *“si bien con carácter general y preferente debe atribuirse las funciones propias de la instrucción de un procedimiento sancionador o de cualquier procedimiento, en el ámbito de la Administración local, a los funcionarios de la Escala de Administración General, Subescala Técnica de Administración General, la preparación e idoneidad de los funcionarios que integran el cuerpo de Policía Local, y la posibilidad legal de atribuirles tareas o funciones administrativas relacionadas con sus funciones, permitiría, cuando así lo exijan las necesidades de organización de la Administración local, que se designase como instructores de procedimientos en materias relacionadas con sus funciones, a funcionarios del cuerpo de la Policía Local”*.

³⁷⁹ Funcionarios de carrera vs funcionarios interinos para el ejercicio de potestades públicas. Vid. Capítulo IV.

respecto a la resolutoria en la Administración local aun llevándose a cabo estas tareas por personal funcionario. Esgrime dos párrafos que consideramos de especial atención: *“Uno de los principios clásicos del Derecho procesal penal consistió en la separación orgánica entre el instructor del procedimiento y quien después debe dictar la sentencia. Con esta separación pretende lograrse el mayor nivel de imparcialidad del órgano decisorio, por cuanto la instrucción de cualquier procedimiento penal (y ello es perfectamente extrapolable a la de un expediente sancionador) crea en el instructor un conjunto de prejuicios sobre el fondo, «contaminando» al mismo (en la terminología usada por el TEDH). Este principio fue elevado a rango constitucional por las SSTC 145/1988; 164/1988; 11/1989; 98/1990 y 151/1991. La cuestión es quién es competente para instruir en la Administración local. No debemos olvidar que, en el ámbito de la Administración, y especialmente en la Administración local, la separación entre órgano instructor y decisor deja bastante que desear desde el punto de vista de la imparcialidad. En los supuestos normales, la instrucción del procedimiento la llevan a cabo los funcionarios profesionales encuadrados en las unidades administrativas, mientras que la emisión del acto sancionador corresponde a los órganos de confianza política. Los primeros dependen jerárquicamente de los segundos, con lo cual difícilmente se puede hablar de independencia. La única independencia es la que garantiza el Poder Judicial. Pero es que en el caso que nos ocupa, el instructor fue el propio concejal, es decir, una persona encuadrada en la cúpula política del Ayuntamiento de Talavera, en el vértice del propio Gobierno Local, difuminando con ello la debida separación que debe existir entre instructor y resolutor y contraviniendo el principio «nemoiudex una causa sua»”.*

En el mejor de los casos, habiéndose iniciado el procedimiento y nombrando instructor a un funcionario de la corporación, los miedos a represalias, enemistades y el riesgo de tener que convivir día a día con la persona a la que se propone la sanción en la administración más cercana al ciudadano³⁸⁰, dan lugar a una eterna recusación y/o abstención del funcionario instructor alegando casi siempre las mismas causas³⁸¹.

³⁸⁰ Nuestras primeras prácticas como Secretario-Interventor en un pequeño municipio de la provincia de León en agosto de 2016, dieron a conocer un expediente sancionador en el que conjugada la cercanía de la población con el escaso personal del Ayuntamiento, las eternas recusaciones hacían imposible encontrar el instructor idóneo e impulsar así el procedimiento.

³⁸¹ 23) b y 23) c LRJSP. Parentesco, consanguinidad y amistad y enemistad manifiesta. Sobre éstas últimas resultan ilustrativas la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2001, Sala Contencioso-Administrativo, sección 6ª), hay que decir que *“para que la enemistad pueda reputarse como «manifiesta», debe tener una representación externa de suma contundencia”*. Lo que presupone, se puede añadir, que esta enemistad

Finalizar diciendo que la figura del Secretario parece haber quedado vacía de regulación a salvo de un parco desarrollo reglamentario. Habida cuenta de la ardua tarea de encontrar a un instructor del procedimiento, esta figura ha quedado semi extinta en los pequeños municipios. El derecho positivo y la doctrina han comenzado a considerar su presencia únicamente necesaria para procedimientos especiales y/o de especial complejidad³⁸².

Además, no existe, a salvo del sentido común y de lo dispuesto en una norma con rango de ley, una prohibición expresa de que coincidan instructor y Secretario en el mismo órgano y que dichas funciones sean desempeñadas por corporativos³⁸³.

4.5. PROPUESTA Y RESOLUCIÓN.

Llegados a este punto van diluyéndose las cortapisas que existen en las EELL para culminar con éxito su poder represivo. Hemos salvado los principales obstáculos para impulsar el procedimiento, y ya en capilla, al desdichado interesado sólo le resta aguardar la suerte³⁸⁴. Aún con todo, dos apuntes jurisprudenciales, juegan en contra por la

debe ser palmaria, ostensible, evidente y hasta pública, En cambio, no existe enemistad manifiesta, o *“carece de trascendencia que un miembro haya sometido al demandante a un interrogatorio a lo largo de un procedimiento sancionador”* (STS de 29 de enero de 2003, Sala 3ª, Sección 3ª).

³⁸² La LPACAP hace una breve referencia, (Art. 64) la LPSPV prescinde del mismo (art. 36), y las normas sectoriales evitan la regulación de este órgano. Art. 7. RPSCYL. *“El nombramiento del Secretario se llevará a cabo en los supuestos de expedientes complejos por su dificultad o volumen, o cuando una norma así lo prevea”*.

³⁸³ Pese a la extensión de los principios de la potestad sancionadora al régimen disciplinario de los empleados públicos por mandato de la LRJSP con la pretendida homogeneización del régimen jurídico para las relaciones de especial sujeción, la figura del instructor y del Secretario en los procedimientos disciplinarios queda reservada a funcionarios de carrera de conformidad con el art. 30 del RD. 33/1986 de 10 de enero: Art. 30. *“En la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará Instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado, de los establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. En el caso de que dependa de otro Departamento, se requerirá la previa autorización del Subsecretario de éste. Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija, se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario”*.

³⁸⁴ Pese a que la mayoría de la normativa autonómica establece que le corresponde resolver al *“órgano competente”*. Ya hemos visto que el reglamento de CyL menciona que resolverá el órgano que imponga la sanción. Preámbulo LPSPV. *“No creemos que la separación entre órgano que inicia y órgano que resuelve sirva en nada a la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de este último, ya que la iniciación del procedimiento no conlleva acusación ni investigación, ni supone, por ende, un contacto con los hechos suficiente como para sostener una apariencia de parcialidad, máxime cuando en esta ley se obvia el trámite de actuaciones previas. Por contra, dicha separación produce distorsiones organizativas”*. Obsérvese como el legislador vasco no repara en la realidad municipal negando la falta de imparcialidad en las fases mencionadas.

dependencia de los órganos locales que pasamos a exponer en los siguientes subapartados.

4.5.1. EL CRITERIO DEL ÓRGANO RESOLUTORIO FRENTE AL INSTRUCTOR.

Tanto el REPEPOS como la LPACAP (Art.20 y Art. 90.2 respectivamente) mantienen que *“en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días³⁸⁵”*.

Con ello, salvando las distancias de la contaminación del sancionar en el ámbito local, se pretenden tutorizar las actuaciones del órgano resolutorio, únicamente pudiendo modificar la propuesta *“in peius”* bajo un trámite de audiencia³⁸⁶.

4.5.2. LA FIRMEZA EN VÍA ADMINISTRATIVA.

Por lo que refiere a este punto, la LPACAP ha optado por un término medio tras lustros de pelea jurisprudencial acerca de cuándo debe ser ejecutiva una sanción administrativa lo que todo ello y brevemente pasamos a sintetizar.

La regla general de la autotutela ejecutiva extendida en todo el ordenamiento jurídico administrativo, es que los actos administrativos producen efectos desde el momento en que se dictan. Sin embargo, el TC permitió divisar que pudiera existir cierta excepción de

³⁸⁵ La ausencia de un nuevo trámite de audiencia vulneraría de manera directa el art. 135 de la LRJPAC pero no de forma tan clara el art. 53 de la LPACAP, puesto que remite al derecho general a formular alegaciones antes del trámite de audiencia, siendo pertinentes en este caso en la última fase del procedimiento a través una doble última resolución.

³⁸⁶ Esto es confirmado por la STS de 21 de octubre de 2014 donde el TS considera que se ha producido la vulneración del art. 135 de la LRJPAC ya que la resolución sancionadora le ha producido indefensión al elevar, sin posibilidad de defenderse sobre esa cuestión, la sanción de 5 años de inhabilitación (contenida en la propuesta de resolución) a la de 7 años finalmente impuesta. En el presente caso, el factor de agravación de la sanción constituye un juicio de valor sobre las consecuencias de un hecho (la no abstención), no un juicio jurídico, sino un juicio producto de la aplicación a un hecho de las normas de la experiencia; un juicio y una conclusión que no se encontraban en la propuesta de resolución y que sirvió al órgano decisor para agravar la sanción propuesta sin que sobre ello hubiera tenido oportunidad la expedientada de hacer alegaciones.

este principio para las penas, al entrar en conflicto la ejecución inmediata de éstas con la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE).

Así, en una primera etapa, las STS de 17 y 21 de julio de 1982 declararon que era contrario al derecho constitucional del art. 24.1 ejecutar sanciones administrativas antes de que hubieran ganado firmeza, tanto en vía administrativa como jurisdiccional³⁸⁷.

Un nuevo quiebro lo predica la STC 66/1984, de 6 de junio negando la excepción general al principio de ejecución inmediata en aplicación de sanciones administrativas. Arguye éste, que la directa ejecución pudiera vulnerar la tutela judicial efectiva, pero que no en todo caso y por norma, sino que la premisa mayor debiera ser la contraria. Esto es, la no suspensión de la ejecutividad de las sanciones habida cuenta de dejar abierta la vía judicial y la incidental de la suspensión de la sanción³⁸⁸.

Es a partir de aquí donde se baten las aguas del mar de una oscilante jurisprudencia. Por un lado, existía una corriente (representada por la STS de 29 de noviembre de 1986, entre otras) que acogía la doctrina reflejada en la STC 66/1984, de 6 de junio y frente a ésta la opuesta que proclama la no ejecutividad de las sanciones hasta su firmeza³⁸⁹.

La polémica jurisprudencial fue amainando al irse generalizando un criterio intermedio entre la regla general de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos, por un lado, y la necesaria confirmación de la resolución sancionadora a medio de resolución judicial firme por otro. Este criterio consistía en que los actos sancionadores no eran ejecutivos hasta que no ganaran firmeza en la vía administrativa, pero que sin embargo no tuvo una exacta traslación al ámbito legislativo por cuanto la LRJPAC adoptó la

³⁸⁷ De este modo si el acto sancionador se ejecuta antes de agotar todas las instancias impugnatorias administrativas o jurisdiccionales, la sanción se estaría haciendo efectiva antes de conocer si será confirmada o dejada sin efecto, lo que podría provocar unos daños morales y personales irreparables derivados de la imposibilidad de total reintegración a la situación jurídica que se disfrutaba.

³⁸⁸ D. CUADRADO ZULOAGA (2010), *Ejecutividad de las sanciones administrativas*, Madrid: Wolters Kluwer.

³⁸⁹ Es cierto que buen número de esta línea jurisprudencial refiere a las sanciones por materias disciplinarias que generan efectos irreversibles de manera automática y no tan discutibles como el caso de las sanciones no sujetas a un régimen especial.

solución de que “*las resoluciones sancionadoras serán ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa*”³⁹⁰”.

La STS de 9 de febrero de 2010 recoge el Estado de la jurisprudencia en esta materia con carácter previo a dictar la LPACAP a través de un sistema mixto, debiendo destacar los siguientes extremos:

- La ejecución inmediata de las sanciones administrativas no es “*per se*” contraria al art. 24 de la CE.
- Con base en la doctrina contenida en la STC 66/1984, de 6 de junio la tutela judicial se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida al control jurisdiccional. Conforme a la STC 78/1996, de 20 de mayo, si la pretensión de suspensión de la ejecución del acto se formula en la vía administrativa, debe permitirse la impugnación de su denegación.
- Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando en relación a los mismos se inician actos materiales de ejecución sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar judicialmente la suspensión de esa ejecutividad.

Parecía indiscutible que el criterio seguido por la LRJPAC había de modificarse. Realmente no se había conseguido plasmar en la norma la evolución y situación jurisprudencial, confundiendo la autotutela ejecutiva con la firmeza en vía administrativa.

La resulta de esta investigación parece resumirse en la negativa a la iniciación de actos materiales de ejecución de la sanción hasta que el interesado tenga ocasión de acudir al Poder Judicial para que pueda éste pronunciarse al respecto de si debe o no suspenderse la ejecución material. Es así como la indefensión no viene dada tanto por la imposibilidad de recurrir o defenderse (algo que nunca se ha privado), sino por la posibilidad de

³⁹⁰ Lo dispuesto en el art. 138 de la LRJPAC parece haberse apartado por la doctrina jurisprudencial precedida, pues no deben confundirse ambos conceptos. Lo que refiere a agotar la vía administrativa es que no existirá órgano superior jerárquico que resuelva el recurso, siendo únicamente atacables en reposición y directamente ante la vía judicial. Para el ámbito de la Administración local, las resoluciones de todos los órganos, salvo ligeras excepciones. (art. 52 LBRL). La firmeza en vía administrativa a tenor de lo dispuesto en la STS de 24 de octubre de 2000, concurre cuando el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el potestativo de reposición. Pese a lo citado en la LRJPAC, muchas sentencias han seguido la línea de la firmeza administrativa. Así la STSJ del País Vasco de 30 de octubre de 1996, la de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2000, o la de Andalucía (Granada) de 28 de mayo de 2001, declaran improcedente la ejecución de sanciones que no han adquirido firmeza administrativa por estar pendiente de resolución el recurso de reposición que se había formulado contra ellas.

paralizar la eficacia de la misma un órgano externo (jurisdiccional) que es lo que a esta parte interesa.

El viraje en esta norma es asombroso estableciendo tres supuestos que merece la pena diferenciar. De una parte, proclama la ejecutividad de las sanciones cuando adquieran firmeza en vía administrativa, pero habilita al órgano competente a dictar las medidas provisionales necesarias que no permitan que decaiga su eficacia en el lapso de tiempo que dure la interposición y resolución del recurso administrativo³⁹¹.

Por otra, para mayor garantía del interesado, dicha ejecutividad podrá demorarse hasta la firmeza judicial. El art. 90 prevé la posibilidad de suspender cautelarmente la ejecutividad de la sanción en aquellos supuestos en el que el interesado manifieste la simple intención de la ulterior interposición de recurso Contencioso Administrativo (art. 117 y art. 90.4).

Por último, prevé la eficacia inmediata a la resolución del expediente por el que se fijan los daños y perjuicios causados a la administración de manera independiente a la sanción cometida. Esta resolución viene legitimada por el expediente “*ad hoc*” que puede acompañar al procedimiento sancionador sobre los daños y perjuicios causados previsto en el art. 28.2. Para que la administración goce de esta potestad en vía administrativa, éste expediente debe ir íntimamente conectado con el expediente sancionador³⁹² pues de lo contrario sólo podríamos dirigirnos a la vía civil para resarcirnos de nuestros perjuicios. En concreto es ilustrativo al respecto, para el caso de daños producidos en el patrimonio municipal (tanto de bienes demaniales como patrimoniales), lo establecido por el Tribunal Superior de justicia de Navarra en su Sentencia de 4 de julio de 2002³⁹³. En este pronunciamiento se enjuiciaba la reclamación a un particular del pago de una cantidad por daños causados en el patrimonio municipal cuestionándose el límite de las potestades

³⁹¹ STS de 9 de febrero de 2010, lo contrario permitiría una excepción a la norma general de autotutela ejecutiva. Artículo.39. Presunción de validez y eficacia del acto administrativo.

³⁹² LRJSP. Art. 28.2. “*Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”.

³⁹³ Sólo podemos estar de acuerdo en esta sentencia en cuanto a los daños producidos en el patrimonio privado de las administraciones públicas por cuanto la LPAP tipifica en el art. 192 como infracción administrativa la producción de daños en el dominio público, entendiéndose por tanto pudiera incoarse el correlativo expediente de reposición a la situación original.

administrativas en la autodefensa de sus bienes en relación con el expediente del art. 28.2 precitado³⁹⁴; “*El acto impugnado pudiera no constituir propiamente un acto administrativo, ya que la Administración lo que está efectuando es una reclamación de daños a un particular, revistiendo esta reclamación de una apariencia de acto administrativo que pudiera no coincidir con la realidad en cuanto que la Administración pudiera carecer de potestad para ejercitar en régimen de autotutela una potestad como la propugnada. Al efectuar tal reclamación, la Administración está intentando resarcirse de un daño efectuado a un elemento de su patrimonio, más no está ejercitando ninguna potestad administrativa*”.

4.5.3. INTERRUPCIÓN, SUSPENSIÓN Y RETROACCIÓN DE ACTUACIONES.

Para cerrar el Capítulo, trataremos de hacer un compendio del cómputo de plazos de prescripción y caducidad, deteniéndonos en la resolución del recurso de reposición por razones de forma ante el alcalde como broche final del procedimiento administrativo.

En primer lugar, las infracciones y sanciones administrativas están sujetas a un plazo de prescripción que, al tratarse de uno de los principios del ejercicio de la potestad

³⁹⁴ Sobre las relaciones entre Derecho administrativo y Derecho privado a nivel procesal: La Sala Tercera del Tribunal Supremo aclara la supletoriedad del derecho civil. STS de 22 de enero de 2020. “*En general, en el Derecho Privado son supletoriamente aplicables en cualquier situación regida por el Derecho Administrativo en que no haya una norma legal o reglamentaria que contemple el correspondiente supuesto de hecho. Y semejante automatismo en el carácter supletorio del Derecho Privado, sin valorar las posibles peculiaridades y exigencias de cada tipo de relación jurídico-administrativa, es problemático. Es verdad que el apartado tercero del art. 4 del Código Civil establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por leyes especiales»; pero ello se refiere primariamente a la legislación civil y mercantil, no a la legislación administrativa. Tan es así que cuando en materias administrativas quiere el legislador que el Derecho Privado opere como supletorio lo dispone expresamente. Véanse, en este sentido, el art. 19 de la Ley de Contratos del Sector Público o el art. 7 de la Ley General Tributaria*”. Y añade la explicación: “*En este orden de ideas, no hay que olvidar que el Derecho Administrativo corresponde a un orden jurisdiccional diferenciado y que se funda en determinados principios que son nítidamente distintos de los propios del Derecho Privado. La razón de ser del Derecho Administrativo se encuentra precisamente en la búsqueda de un marco normativo que garantice simultáneamente la defensa de los derechos de los particulares y la consecución de los intereses generales. La sentencia apoya esta precisión en la cita de una sentencia anterior que se alza en «leading case» de la naturaleza del Derecho administrativo: Así, en nuestra sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2012 (rec. núm. 3088/2008) se dice: «Ciertamente, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil al proceso Contencioso-Administrativo no puede afirmarse de manera acrítica y automática, sino que ha de cohonestarse con el orden de principios que vertebran este Orden Jurisdiccional, resultante de su peculiar estructura institucional y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento: el Derecho Público, configurado según unos principios cualitativamente diferenciados del Privado, que determinan que la relación jurídico-administrativa, tanto en su vertiente sustantiva como en la procedimental, no pueda caracterizarse del mismo modo que las relaciones jurídico-privadas»*”. J. R. CHAVES GARCÍA (2020), “La Sala Tercera del Tribunal Supremo aclara la supletoriedad del derecho civil”, *delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2020/01/27/la-sala-tercera-del-tribunal-supremo-aclara-la-supletoriedad-del-derecho-civil/>.

dimanantes del Derecho penal, queda regulado en el art. 30.2 LRJSP³⁹⁵. Por otra parte, al articularse las mismas en un procedimiento administrativo común, éste está sometido a la institución de la caducidad.

Pese a que el precitado artículo parece clarificarnos el “*dies a quo*” de la prescripción, no parece aclararnos los conceptos de interrupción y suspensión. Respecto a la interrupción, que generalmente viene aparejada a la prescripción³⁹⁶, el plazo vuelve al punto inicial restándonos el plazo total para el ejercicio de la acción. Como nos explica la STS de 21 de febrero de 2012 : “*La distinción entre una y otra se trata en las SSTs de 10 de junio de 1985 y 13 de mayo de 2008, pero es especialmente clara en la STS de 16 de marzo de 2006, dictada por la Sala Primera, al señalar que la interrupción de la prescripción está recogida en el artículo 1973 del Código civil y es el acto –uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales- que evita la consumación de la prescripción y su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción- La interrupción, pues, es acto obstativo de la prescripción, que revigora el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta*”³⁹⁷.

b) Por el contrario, y predicable habitualmente respecto de la caducidad, en la suspensión, el plazo se paraliza volviendo a reanudarse en el momento inmediatamente posterior a aquel en el que se produjo la suspensión. En esta línea puede recordarse la STS de 7 de

³⁹⁵ V. AGUADO Y CUDOLÁ (1999), *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativa*, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya. L. A. DE DIEGO DíEZ (2009), *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, Barcelona: Bosch. Sobre el “*dies a quo*” de la prescripción de la sanción huelga decir que de conformidad con el art. 30.3 remite al plazo en el que sea “*ejecutable*” tal y como hemos desarrollado en el apartado anterior. Y respecto a la infracción computará desde el momento en el que se cometa la infracción hasta que se interrumpa mediante la recepción del acuerdo de iniciación del procedimiento por parte del interesado. La interposición del Recurso Contencioso Administrativo interrumpe la prescripción de la infracción. A. ROSELLÓ VILA (10 de enero de 2020), “La interposición del Recurso Contencioso Administrativo interrumpe la prescripción de la infracción”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-interposicion-del-recurso-Contencioso-Administrativo-interrumpe-la-prescripcion-de-la-infraccion/>.

³⁹⁶ Por lo que refiere a la suspensión de la prescripción, la STS de 26 de marzo de 2006 aclara que “*el Código Civil no la admite y han desaparecido antiguos supuestos en que se daba. Tan sólo existe cuando alguna específica y excepcional norma la ha establecido*”.

³⁹⁷ Sobre la interrupción de la prescripción el art. 30.3 de la LRJSP afirma que la notificación con conocimiento del interesado del acuerdo de iniciación interrumpe la prescripción: “*Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable*”.

diciembre de 2011 en la que de manera expeditiva señala que: *“En consecuencia es evidente que aun admitiendo que el expediente permaneció en suspenso desde el 3 de septiembre de 2001, una vez dictada sentencia por la Jurisdicción Penal y firme la misma desde el 18 de mayo de 2006, el expediente debió de seguir tramitándose debiendo notificarse la resolución que en el recayera en el tiempo que quedaba hasta el plazo de seis meses previsto para su tramitación³⁹⁸”*.

En cuanto a cómo distinguir el plazo de prescripción del de caducidad en un procedimiento sancionador, huelga decir que la prescripción es el plazo que tiene la administración para ejercitar la acción de sancionar desde que se cometió la infracción, y la caducidad es el lapso de tiempo con el que cuenta la administración para resolver el procedimiento, cauce mediante el que ejercita dicha acción. Este último plazo, si bien no interrumpe la prescripción, podrá reanudarse las veces que fuera necesario siempre y cuando no prescriba la acción.

La caducidad en el procedimiento sancionador no tiene fiel reflejo en el art. 95 de la LPACAP debiendo dirigirnos a la regulación del silencio para encontrar en ella la ficción legal que produce la ausencia de resolución habiendo transcurrido el plazo máximo previsto³⁹⁹.

Retroacción. Más complicado parece modular este extremo respecto a la retroacción de actuaciones. Encaminados en este caso al plazo de caducidad y no al de prescripción (se trata de redirigirnos a un momento del procedimiento ya iniciado) la actual LPACAP permite al órgano competente pronunciarse en la resolución de un recurso sobre la retroacción del procedimiento, sin aclarar propiamente acerca del cómputo de los

³⁹⁸ Por la contemporaneidad de la situación, la DA 3º Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 aclarado por la abogacía del Estado en informe de 20 de marzo que: *“Los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el periodo que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero”*.

³⁹⁹ En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 95. No obstante, una vez caduque el procedimiento por esta causa volverá a reanudarse el plazo de prescripción como también se reanudará en el caso de la paralización del expediente sancionador durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

plazos⁴⁰⁰. El Tribunal Supremo ha aclarado y limitado los plazos de que dispone la Administración para dictar una nueva resolución en caso de anulación con retroacción de actuaciones en un procedimiento tributario⁴⁰¹. La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2017, ha sido dictada como consecuencia de un recurso de casación interpuesto tras la anulación de una liquidación con retroacción de actuaciones, por falta de motivación en la comprobación de valores.

El TS aclaró que los plazos de que dispone la administración para decretar una nueva resolución en caso de anulación con retroacción de actuaciones, son de caducidad. En este caso, la administración inició trámites para corregir el defecto apreciado y resolver una segunda liquidación, pero la administración tardó varios meses en dictar y notificar esa segunda liquidación. El Tribunal Supremo ha considerado que en los supuestos de retroacción de actuaciones, la Administración está obligada a reiterar parte del procedimiento en el que se apreciaron los vicios de anulabilidad como consecuencia precisamente de la retroacción de actuaciones y determinando el incumplimiento del plazo la caducidad del procedimiento. La sentencia, al aclarar que los plazos son de caducidad, mantiene que están sujetos al plazo máximo para resolver con el que contara dicho procedimiento (art. 21 LPACAP) cuyo “*dies a quo*” se inició al dictar el acuerdo de iniciación.

Si bien el fallo ha establecido que el plazo del que dispone la administración en estos casos será el plazo general para la resolución del procedimiento, matiza que será necesario descontar de dicho plazo el tiempo transcurrido en el primer procedimiento hasta que la administración cometió la actuación invalidante. La administración deberá restar el tiempo transcurrido entre el acuerdo de iniciación (inicio del procedimiento sancionador) y la última actuación emitida que fuera válida en derecho, empezando a computar el plazo en todo caso desde que el órgano resolutorio notifica la anulación con retroacción de actuaciones. Así, por ejemplo, si la causa de anulación es la no observación de las alegaciones la iniciación del procedimiento y por tanto la propuesta de resolución adolece

⁴⁰⁰ Huelga mencionar respecto a la retroacción el Art. 119 de la LPACAP al establecer que: “*Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, sin perjuicio de que eventualmente pueda acordarse la convalidación de actuaciones por el órgano competente para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52*”.

⁴⁰¹ Pese a la reserva por razón de la especialidad prevista en la DAI de la LPACAP, la sentencia refiere a la institución general de la retroacción en vía administrativa reflejada ya en los arts. 150, 236 y 268 de la LGT.

de invalidez, se descontará el plazo desde que dictó el acuerdo de iniciación hasta dictar la propuesta de resolución⁴⁰².

5. EL BUEN GOBIERNO EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

Enunciando nuevamente la falta de preocupación del legislador por las peculiaridades locales, y en lo que pudiera ser un supuesto de relaciones de “*especial sujeción*”, cabe destacar el procedimiento que intentó implementar el Estado en aras a salvaguardar la integridad de los corporativos a través de la LTBG⁴⁰³.

Pese a esta nueva normativa, el ROF, ya habilitaba cierto control a través de multas al margen de la potestad sancionadora, y la LBRL permitía por parte del presidente sancionar a los concejales en el caso de incumplimientos reiterados de sus obligaciones en el ámbito de la organización municipal como recuerda el art. 78.4. LBRL: “*Los presidentes de las Corporaciones locales podrán sancionar con multa a los miembros de las mismas, por falta no justificada de asistencia a las sesiones o incumplimiento*”.

⁴⁰² No resulta del todo convincente esta explicación al entender que el último acto administrativo válido en derecho sería el acuerdo de iniciación y no la propuesta de resolución al adolecer ya esta última de invalidez por no haber tenido en cuenta las alegaciones presentadas. Por otro camino, sobre la retroacción como medio de subsanar defectos. Vid. la Sala tercera de 22 de diciembre de 2020 (rec. 2931/2018). “*Ahora bien, no cabe olvidar que en nuestro sistema jurídico la eventual retroacción de las actuaciones constituye un instrumento previsto para reparar quiebras procedimentales que hayan causado indefensión al obligado tributario reclamante, de modo que resulte menester desandar el camino para practicarlo de nuevo, reparando la lesión;(…) La retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar «marcha atrás». Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas exclusivamente imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión»”.*

⁴⁰³ En esta Ley, si bien es cierto que se implementaron novedades, los grandes conceptos jurídicos ya quedaban integrados en el derecho estatal. La transparencia no deja de ser un concepto que suma la publicidad activa y derecho de acceso a la información, y la idea de buen gobierno deviene de extender los principios éticos y códigos de conducta de todos los empleados públicos a los miembros del gobierno. Ha sido desarrollada por la mayoría de las normas autonómicas, entre otras Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León o la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. O. J. GONZÁLEZ DE UÑA (2020), *El reto de la innovación abierta como instrumento público para desarrollar nuevas soluciones TIC en territorios mediterráneos*, Madrid: Inap. I. MARTÍN DELGADO (2019), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Madrid: Iustel. A. ALMANSA MORALES (2017), *Transparencia y datos abiertos en la Administración pública*, Madrid: Inap.

reiterado de sus obligaciones, en los términos que determine la Ley de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la del Estado”.

El problema formal que se planteaba en ese momento y lejos del real, era cuestionarse si la simple previsión en esta norma con rango legal de la sanción por inasistencia a las sesiones era propiamente la tipificación de una infracción, o por el contrario se limitaba a determinar el órgano competente remitiendo a la normativa autonómica o supletoria estatal. Por su parte, el art. 73 del TRRL señala que los límites de las sanciones que podrán imponer los presidentes de las Corporaciones Locales a los miembros de las mismas serán los establecidos en el art. 59 de esta Ley sin perjuicio de lo que determinen las Leyes de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el art. 78.4 de la LBRL.

Con esta nueva norma (LTBG) de aplicación a todos los altos cargos de las EELL, se tipifican una serie de infracciones generales y disciplinarias con sus correlativas sanciones, a las que tal y como expone su preámbulo se muestran todos los responsables públicos que por las funciones que les encomienda la ciudadanía debieran ser un modelo de ejemplaridad en su conducta. Así se dirime el problema formal de cobertura legal que citamos inicialmente, pero de facto no se resuelve la problemática del control de los corporativos como veremos a continuación.

En este contexto es el alcalde, o persona en quien delegue como órgano que dirige el Gobierno y la Administración local, al que se le atribuye el velar por el cumplimiento y funcionamiento interno también de todos los miembros del Pleno. En cuanto al ámbito procedimental el art. 31 traslada las mismas reglas del procedimiento sancionador común, siendo competente el alcalde para incoar y sancionar⁴⁰⁴. En lo que no parece que recaiga

⁴⁰⁴ Recordemos en esta línea que el Artículo. 31 establece que: *“El órgano competente para ordenar la incoación será: c) Cuando los presuntos responsables sean personas al servicio de la Administración autonómica o local, la orden de incoación del procedimiento se dará por los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento. 4. La competencia para la imposición de sanciones corresponderá cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate”.* Todo ello sin perjuicio del control que pueden ejercer el resto de grupos políticos en el plenario (art. 97 del ROF), así como la normativa de lucha contra el fraude de la Unión Europea (OLAF). Para la desdicha de nuestros pequeños municipios la directiva de protección del denunciante (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión) exime a todo municipio menor de 10.000 habitantes: *“9. El apartado 1 se aplicará a todas las entidades jurídicas del sector público, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de dichas entidades. Los Estados miembros podrán eximir de la obligación prevista en el apartado 1 a los municipios de menos de 10 000 habitantes o con menos de 50 trabajadores, u otras*

el legislador es que los futuribles sancionados son el propio equipo de Gobierno del presidente que ha nombrado directamente para tratar los asuntos municipales y que si les sanciona públicamente la oposición no perdonará una infracción manifiesta exigiendo su dimisión y haciendo tambalear el Gobierno local. Además, goza aquí el alcalde de una atribución magnánima, la inviolabilidad o inimputabilidad. No es posible materialmente sancionar al alcalde, salvo que en un delirio de arrepentimiento e invocando el “*mea culpa*” delegue esta atribución al efecto de que puedan sancionarle, quedando de lo contrario exento de la purga. Analícese con detalle la redundancia de este artículo y culmen de la contaminación en el cumplimiento del derecho local. Para salvaguardar la integridad de los políticos es el alcalde (alto cargo) el que debe controlar los principios de buen gobierno de sus compañeros de la JGL, y demás altos cargos. Un vigilante más es quién vigila al resto, en aras a la probidad y entereza del Gobierno local⁴⁰⁵.

entidades mencionadas en el párrafo primero del presente apartado con menos de 50 trabajadores”. Destacable de otra parte es también el papel de la OLAF Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF, en francés, *Office Européen de Lutte Anti-Fraude*), creada por las instituciones comunitarias de la Unión Europea (UE), como entidad que protege los intereses financieros de la UE. Entre 2010 y 2019, la OLAF: Llevó a término más de 2.000 investigaciones. Recomendó la recuperación de más de 7.300 millones de euros para el presupuesto de la UE, más de 2.700 recomendaciones para que las autoridades competentes de los Estados miembros y la UE tomaran medidas judiciales, financieras, disciplinarias y administrativas. R. M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (2020), “Sistemas de compliance y canales de denuncias en la administración pública. Una referencia al Ayuntamiento de Barcelona y su buzón ético y de buen gobierno”, *La Ley. Compliance Penal*, núm. 2. M. FUERTES LÓPEZ (2015), *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons. Son igualmente descriptibles en este extremo los Organismos Autónomos de las CCAA de Valencia y Andalucía para combatir la corrupción. (Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, Agencia Valenciana Antifraude).

⁴⁰⁵ Sobre el régimen disciplinario de los funcionarios locales y Habilitados Nacionales. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública*, Madrid: Tecnos, p. 340 y ss. Aunque algún partido minoritario, como Unión, Progreso y Democracia llevaba tiempo denunciando la corrupción y planteando propuestas legislativas concretas para tratar de atajarla, por ejemplo la proposición de Ley sobre Transparencia y Lucha Contra la Corrupción presentada por UPyD (B.O. de las Cortes de 5 de enero de 2012) Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. Posteriormente otras iniciativas y legislación autonómica Vid. Capítulo V.

6. SÍNTESIS.

Lo referido a la técnica y a la norma.

Diferenciamos dos grandes partes en la función de policía, la técnica y la norma. Las normas no han parado de proliferar en los últimos años, sobre todo por esa terrible obcecación desde la crisis económica de querer regularlo o controlarlo todo para minimizar los riesgos en esta sociedad del “*perpetuum mobile*”. Sin embargo, de la técnica nos hemos preocupado menos.

La situación es realmente paradójica, pues las infracciones administrativas han llenado el común de la legislación sectorial estatal y autonómica de aplicación directa, pero la ausencia de su aplicación, y la ineficiencia de su técnica o su procedimiento, no han preocupado correlativamente al legislador. En una era donde la eficacia y la eficiencia se señalan como principios básicos de actuación en el funcionamiento de la actividad de toda administración, parecen predicarse estos únicamente respecto al ámbito económico, olvidando la eficacia en el cumplimiento jurídico de la norma y desvirtuando⁴⁰⁶ el aparato represivo de la Administración local haciendo caer en el olvido su cumplimiento⁴⁰⁷.

El legislador ha confiado en que unas especialidades dentro del PAC, han de servir por igual al heterogéneo sector público⁴⁰⁸, sin ser necesarias unas directrices para las normas

⁴⁰⁶ Recordamos los principios del art. 3º LPACAP. “h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados. i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales. j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

⁴⁰⁷ Acerca de los fines del Estado y su doble concepción formal y material. “Una descripción real de la actividad del Estado, en orden a la realización de su fin: el bien común, ese fin en blanco planteado al Estado que en cada época recibe su contenido y sentido de las características sociológicas y de orientación política del momento, nos presenta fundamentalmente dos actividades. Una, legislar, determinar en abstracto conductas humanas, encasillaren preceptos obligatorios la vida de relación de un grupo social. Y otra, actuar, desarrollar, modo operativo, una actividad. Legislación y actuación son el marco, la estructura funcional de la gestión pública”. A. MONCADA LORENZO (1959), “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, *Revista de administración pública*, núm. 28, p. 51-118. Visto también en L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR (2003), *La eficacia de las normas...*, op.cit.

⁴⁰⁸ Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población. “El Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública, Francisco Hernández Spínola, ha presentado el informe sobre el anteproyecto de Ley del Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población, cuya aprobación comportaría la adición de un nuevo Título a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (LRBRL) y el cumplimiento del compromiso asumido por el Gobierno en este punto dentro del Plan Normativo Anual 2020, aprobado en el Consejo de Ministros del 8 de septiembre. El Estatuto afectará a los municipios hasta 5.000 habitantes, que son el 84% del total de municipios pero en los que reside solo el 12,12% de la población española y para los que la nueva Ley fija como objetivos contribuir a fijar la población en el territorio, establecer mecanismos que garanticen el funcionamiento democrático de sus instituciones y

autonómicas o para el resto de EELL en cuyas autonomías no se desarrolle el ámbito sancionador.

En cuanto a la forma, no debiera haber tenido problema el legislador estatal al ostentar una competencia exclusiva como es el PAC, de haber incorporado ciertas directrices o especialidades sobre la Administración local, del mismo modo al que lo hace de manera siempre timorata la LCSP⁴⁰⁹. Ello podría haber provocado una solución de “*lege ferenda*” que complementara el capítulo de la LBRL relativo a la potestad sancionadora.

La traslación de los principios.

Al hablar de los principios de la potestad y la modulación del Derecho penal, hemos de aclarar que esa modulación de principios, al final ha conllevado a la misma inflexión respecto del cumplimiento del Derecho administrativo sancionador.

La modulación ha consentido una “*flojera*” en su observancia que es la causa de que haya tenido que ser el “*hermano mayor*” esto es, el Derecho penal, el que haya tomado cartas con los graves incumplimientos del Derecho administrativo en la Administración local, generalmente iniciados como meras irregularidades que el tiempo fue normalizando⁴¹⁰.

*facilitar la prestación de servicios públicos de calidad. Carácter básico: La reforma tiene una vocación limitada en cuanto a su alcance, en su condición de “normativa básica” del Estado. Principios informadores de esta reforma serán el servicio efectivo a la ciudadanía; simplificación organizativa y procedimental; cogobernanza multinivel; diferenciación (trato diferenciado en el ámbito competencial en favor de estos municipios por exigencias del principio de equidad); y colaboración en la asistencia a estos municipios. Medidas de actuación: revisión periódica de procedimientos para su simplificación y disminución de las cargas burocráticas; refuerzo de la colaboración interadministrativa; y colaboración en la potenciación de la Administración electrónica. Se incorporan instrumentos de cogobernanza y se garantiza la prestación de servicios públicos de calidad en estos municipios. Empleo Local. Propuestas para garantizar el desempeño adecuado de las funciones reservadas del personal funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional, creación de agrupaciones de municipios para sostener en común puestos o agrupaciones de personal con sede administrativa común, uso de medios electrónicos y telemáticos, posibilidad de que las entidades locales puedan encomendar la selección de sus funcionarios propios y se abre la posibilidad de articular Planes de Empleo para mejorar la eficiencia la garantía del empleo público y de calidad”. CNAL (16 de noviembre de 2020), “Avanza en el Estatuto básico de pequeños municipios, en la Estrategia frente al Reto Demográfico y en los fondos europeos para proyectos de modernización de las entidades locales”, [lamoncloa.gob.es, https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2020/161120-entidades-locales.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2020/161120-entidades-locales.aspx). Vid. Capítulo VIII. Vid. CARBONELL PORRAS, E. (2021), *¿Un estatuto básico...*, op.cit.*

⁴⁰⁹ Disposiciones adicionales II y III de la LCSP.

⁴¹⁰ Utilización de la prevaricación omisiva y criminalización del Derecho administrativo en ausencia de mecanismos de control administrativos y de la responsabilidad personal administrativa que veíamos en el Capítulo precedente.

Los tradicionales problemas del “*Ius Puniendi*” local no parecen haberse solventado con la habilitación reglamentaria. La pasividad municipal actual ya no es cuestión de una carencia de normativa y/o de una habilitación legal específica para el ejercicio de la potestad sancionadora, y aún con todo, persiste la falta de ejecución. Incluso la tipificación de infracciones por las ordenanzas, pareció ser una comunión con ruedas de molino para “*no romper una tradición milenaria ni que quedaran inermes las Corporaciones Locales frente a los infractores de sus ordenanzas*”⁴¹¹. Esto es, el actual derecho sancionador local pretende adaptarse al constitucionalismo, pero bebe de las fuentes de la Edad Media.

Pese a que la parte general del Derecho administrativo sancionador no es prioritariamente objeto de nuestro estudio, pueden observarse ciertos pilares de arena en la traslación al ámbito administrativo de los principios penales. En concreto, con la desaparición de la “*mera inobservancia*” en la culpabilidad. ¿Cuántas sanciones que recayeran en el Poder judicial no quedarían anuladas al no haber conseguido acreditarse el dolo o la imprudencia?⁴¹² ¿Qué ocurre con todas aquellas infracciones administrativas que tipifican propiamente una conducta cuasi objetiva y es difícil sancionar a título de culpabilidad?⁴¹³ Con esta nueva ley decae la explicación ontológica de la protección del peligro abstracto por parte del administrativo sancionador, en una sociedad del riesgo donde éste parece ser el principal bien jurídico a proteger.

El principio de responsabilidad que bebe de las fuentes de la culpabilidad del ámbito penal, ha olvidado la regulación de un concepto de autor o figura equiparable dejando un asimétrico sistema. Es cierto que parte de la legislación sectorial ha regulado la figura del responsable o de quién pudiera serlo en relación a la infracción, pero no queda regulado el ámbito subjetivo de este término puesto que a lo que refieren propiamente es a posibles autores en caso de declararse su responsabilidad.

⁴¹¹ La Sentencia del TS de 16 de julio de 1998 parece seguir nuestra tesis de que la explicación de este poder en manos de las EELL no es otra que “*porque siempre se hizo así*”.

⁴¹² A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 335 y ss.

⁴¹³ Fíjese por ejemplo las infracciones del tipo a desarrollar, que a riesgo ya de incumplir el principio de tipicidad, no es posible acreditar una negligencia en el cumplimiento de las obligaciones que encaje en el principio de culpabilidad. Art. 74 LPA. “*b) Cualesquiera acciones u omisiones que vulneren lo dispuesto en la presente ley o en las normas y reglamentos que la desarrollen, cuando no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves*”.

Medidas provisionales.

Respecto a estas medidas previas y una vez ya iniciado el procedimiento, debemos esgrimir que para realmente asegurar la eficacia y garantizar la resolución, deberían ser adoptadas también por personal independiente tal y como habilita el art. 32 de la LPSPV y no por el mismo órgano que inicie, instruye y resuelve.

El inicio e instrucción del procedimiento.

Bien de oficio mediante la inspección, o bien a través de la denuncia, debiera existir un sistema que extirpara el procedimiento o estuviera obligado a notificar el por qué no se inicia de manera motivada al igual que lo hace el ordenamiento jurídico penal. Es el juez instructor, el que de conformidad con los arts. 312 y ss. de la LECRIM⁴¹⁴, admite o inadmite la querrela únicamente cuando los hechos no fueran constitutivos de delitos o éste fuera el órgano incompetente en la tramitación del procedimiento.

Esto es, el sometimiento a los principios de oportunidad en el administrativo sancionador, no es algo aprendido ni modulado por el Derecho penal. Las razones son claras para no castigar al ciudadano y no abiertas y/o arbitrarias como en nuestro caso. El que admite o inadmite es un funcionario imparcial al que difícilmente puede atribuírsele un principio de oportunidad, discrecionalidad o arbitrariedad en el ejercicio de unas funciones con estricta vinculación a la legalidad. En todo proceso judicial no participan los miembros electos y en los pequeños municipios casi lo copan por monopolio siendo las figuras claves en su inicio y en su resolución. A mayor abundamiento vemos como se ha limitado la respuesta o se ha condicionado el inicio del procedimiento sancionador a los daños producidos en el patrimonio público y no tanto a las infracciones generales por parte de los particulares.

El problema de que la administración sea juez y parte ya ha sido reseñado por diversos autores entre ellos Cerezo Mir⁴¹⁵ tratando de profundizar la subordinación del funcionario

⁴¹⁴ Observamos que en el tenor del art. 312 de la LECRIM es el funcionario independiente el que decide o no la apertura del procedimiento, dándose la paradoja en nuestros pequeños municipios de poder desarrollarse un procedimiento sancionador con arreglo a derecho sin que participe un solo funcionario en el mismo: *“Desestimaré en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma contra el auto al que se refiere este artículo procederá el recurso de apelación, que será admisible en ambos efectos”*.

⁴¹⁵ *“Las diferencias son muchas y pueden agruparse en dos grandes bloques. Por un lado, las relativas a las garantías formales o procedimentales y, por otro, las de carácter material. Empezando por el bloque procedimental, una primera diferencia evidente para todos, y que no es siquiera necesario desarrollar, es en relación con el órgano responsable de imponer la sanción. En el caso del Derecho administrativo*

al poder político. Esta subordinación es tanto más problemática cuanto más descendemos en la Administración local y más pequeño es el municipio. La relación entre el político y el funcionario es peligrosamente estrecha y entre el vecino y el corporativo también. Tanto es así, que en ocasiones parecen poder despacharse los asuntos sin dejar hueco al reducto de la administración que es para quién están reservadas todas estas garantías⁴¹⁶. Ni las actuaciones previas ni la denuncia vinculan en ningún caso al órgano competente quedando suspendido a lo que decida el órgano de iniciación.

El Whistleblowing, como principal novedad de la regulación actual de la denuncia administrativa, no parece dar gran solución a nuestra problemática local descontada ya su inaplicación a los pequeños municipios. No suele ser el desconocimiento de las infracciones lo que provoca la paralización de los procedimientos y el nulo respeto a la institución municipal, sino la puesta en marcha de un procedimiento que; de forma imparcial, equitativa y proporcionada, consiga garantizar el libre ejercicio de los derechos y deberes de los vecinos. El Whistleblowing⁴¹⁷ es una manera de acreditar nuestra tesis,

sancionador es la propia Administración quien juega un doble papel de juez y parte en el procedimiento administrativo sancionador. Los funcionarios que conforman las unidades administrativas responsables de tramitar los expedientes administrativos sancionadores además se rigen por el principio de subordinación, por mucho que el art. 103 CE propugne la imparcialidad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, tal como ha sido reconocido por el propio TC". J. CEREZO MIR (1975), Límites entre el Derecho penal..., op.cit.

⁴¹⁶ Repararnos en que un maestro como NIETO GARCÍA, defendiendo el principio de legalidad no traslada estrictamente sus palabras a la Administración local y presupone que la potestad sancionadora se aplica exclusivamente por funcionarios: "*Pues bien pese a estas diferencias notorias, con el principio objetivo de legalidad queda asimilado el funcionario sancionador al juez en cuanto que se pretende que aquél también aplique la ley «objetivamente» esto es, desconectándola de la gestión que previa o simultáneamente venía realizando. la potestad sancionadora se corporeiza y gana autonomía al quedar separada de la referencia matriz de la gestión administrativa. fíjese el fallo que compara jueces con funcionarios sancionadores, no pudiendo encontrar en la admón. local una sanción impuesta por alguien que no sea un político, y en el peor de los casos iniciada e instruida por el mismo*". A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p.163.

⁴¹⁷ "*Los elementos básicos de un programa de cumplimiento normativo, de un programa de compliance son: - Códigos éticos, pues el objetivo es crear no sólo una gestión (empresarial o pública) legal sino también ética. - Canales de denuncia y sistemas de gestión de alertas. Al respecto, significativa resulta la reseñada la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado: «...uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (Whistleblowing), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias...».* - *Oficial de cumplimiento o/y Comité de ética (condición segunda del apartado 2 del art. 31 bis del Código Penal (LA LEY 3996/1995)). - Mapas de Riesgos. - Políticas y programas de detección, prevención y actuación, seguimiento, vigilancia y control en base a los riesgos detectados. - Previsión de un sistema disciplinario o reactivo*". R. M. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (2020), *Sistemas de compliance y canales...*, op.cit.

por cuanto cuando la administración no es capaz de ejercer una función represora ni de control o inspección, y de manera confesa traslada la carga al ciudadano.

La potestad sancionadora en la pequeña extensa Administración local (si se permite el oxímoron) no funciona por todos los argumentos que estamos intentando exponer, y casi todos los fundamentos desembocan en la no iniciación del procedimiento sancionador o en la paralización y archivo de las actuaciones a medio camino. No es tanto una cuestión jurisprudencial ni de parte general, sino de que la parcialidad de la estructura de la Administración local y su parco desarrollo procedimental hace que su inicio y fructuosa resolución queden limitados a una peligrosa discrecionalidad fácilmente alterable en arbitrariedad.

El órgano que dicta el acuerdo de iniciación no puede tener un control absoluto sobre la instrucción y lo va a tener tanto directo nombrando al concejal, como indirecto por la dependencia de los funcionarios, pues no abundan las normas sectoriales autonómicas que han regulado al instructor funcionario.

Por más que se haya pretendido aislar la fase de instrucción de la resolución, esto no lo asemeja al proceso penal⁴¹⁸. Siempre son las formalidades las que han intentado solventarse para la Administración local (tipificación, buen gobierno) pero nunca se ha hecho frente a la problemática de la estructura.

Entendiendo como clave de todo el poder sancionador de la administración “*administrar sancionando*” o cuando falla el aparato represivo del ordenamiento jurídico, falla el ordenamiento jurídico de cabeza. Cuando no hay consecuencias ante el incumplimiento de infracciones, los pilares parecen tambalearse. Un ordenamiento jurídico es respetado y consolidado y una administración es plenamente autónoma, cuanto dispone de los medios y garantías suficientes para el cumplimiento normativo. Nadie habla de temer los Ayuntamientos ni al Derecho administrativo, sino de respetarlo salvando su estructura territorial vocación para la que fue concebida la autonomía local.

⁴¹⁸ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 84.

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL DESDE LA PREVENCIÓN. LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS ENTES LOCALES.

1. LA IMPORTANCIA DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS ENTES LOCALES. SOBRE LO QUE SE TRATA EN ESTE CAPÍTULO.

Tal y como explicáramos en líneas anteriores, partimos del procedimiento sancionador para tratar de exponer los flancos por donde se desbanda el cumplimiento del Derecho administrativo en las EELL. Pero no es la intención de esta tesis un estudio exclusivo del Derecho administrativo sancionador como ya lo hicieron otros; sino aprovechar las a nuestro juicio carencias descritas por los grandes maestros de la materia, para reivindicar su mala y homogénea extensión hacia la Administración local en lo que a su técnica o parte especial se refiere en un intento más de actualizar la función de policía a la época actual.

Pues bien, en el hilo de continuar con estas lagunas procedimentales a lo largo de las manifestaciones en el Derecho administrativo para su cumplimiento, no viene siendo común tratar la inspección de manera conjunta con la sanción, sino como una facultad independiente.

Lejos de ser una novedad el tratamiento de los presentes problemas desde la parte especial del procedimiento administrativo, consideramos la inspección administrativa la sanción, y la ejecución subsidiaria⁴¹⁹, como tres medios fundamentales para la eficacia en el cumplimiento del Derecho administrativo e imprescindibles para el “*triunfo*”⁴²⁰ en la

⁴¹⁹ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 22.

⁴²⁰ Referencia adivinada ya en el Contexto de la tesis.

Administración local, todos ellos con encaje en la antigua actividad de policía, hoy intervención de las EELL en la actividad de los administrados.

Tienden a considerarse medios⁴²¹ de la actividad de policía tanto la sanción como la ejecución subsidiaria; pero no siempre la inspección, más razonada como técnica previa necesaria para el ejercicio de esta forma de acción administrativa que como medio de la misma. Sin embargo, pese a este carácter independiente y autónomo de la inspección respecto a la represión, no quiere decir que no sea fundamental un estudio conjunto de la segunda para con la primera; esto es, quizá no resulte imprescindible para la inspección el futuro ejercicio de la potestad sancionadora por el objeto de ciertas inspecciones, pero viceversa es imprescindible⁴²².

Si defendemos con tal ahínco la importancia de la actividad de inspección es porque la consideramos como una actividad previa y principal para la garantía del resto de actividades de la Administración local, pues en palabras de REBOLLO: *“Siempre se le ha reconocido la importancia para la eficacia en el cumplimiento del derecho y de los intereses generales⁴²³”*.

Las actividades inspectoras de la administración tienen un efecto intimidatorio en los sujetos previniendo la comisión de infracciones y asegurando el respeto del ordenamiento, porque la sola posibilidad de las inspecciones administrativas puede disuadir a los ciudadanos de la comisión de ilícitos. El objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario; no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo es activo y honesto⁴²⁴. La razón de ser de la inspección, pasa por

⁴²¹ F. GARRIDO FALLA (1953), *Las transformaciones del concepto...*, *op.cit.*

⁴²² Este hecho se agudiza aún más en la Administración local para la detección de las infracciones y para el impulso de un ulterior procedimiento de cumplimiento forzoso del Derecho administrativo, donde tal y como trataremos de exponer en el Capítulo VI, la esfera política parece invadir la administrativa.

⁴²³ Sobre los fines de la inspección y lo que pretende proteger. M. REBOLLO PUIG (1999), “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, núm. 54, p. 247-282. J. TEJEDOR BIELSA (2013), “La función inspectora”, en J. J. Díez Sánchez, *Función Inspectora*, Madrid: Inap, p. 130. “La inspección es distinta dependiendo para qué se utiliza: Para el inicio de una denuncia, para comprobar las condiciones de una licencia, limita distintos derechos y su sentido es diferente”. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 27. Sobre las finalidades. Preventivas, instructivas e informativas: “Como una de las potestades o poderes de la administración puede ir dirigida a la consecución de todo interés general. (Derechos fundamentales conceptos jurídicos, igualdad, bien común...)”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.*, p. 79.

⁴²⁴ Los trabajos de la Unión Europea han conducido a la adopción de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental

encauzar las conductas de los sujetos a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico intentando que el ser se convierta en el deber ser preestablecido, independientemente de las distintas fórmulas que adopte⁴²⁵.

La inspección es el control de la aplicación y cumplimiento de la norma desde la prevención y la sanción desde la represión. Es pues definida la inspección administrativa por el grueso doctrinal como *“la actividad de la Administración en la que se examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso, preparar la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten”*⁴²⁶.

De la anterior definición observamos que esta facultad o potestad de la administración, es el punto de arranque de la mayoría de los medios o manifestaciones que prevé la ley para el ejercicio de la actividad de policía. Ergo, no sólo es el presupuesto habilitante inicial para el ejercicio de tal forma de acción, sino que también actúa como control concomitante y posterior de la verificación del cumplimiento ante las órdenes o requerimientos ya emitidos⁴²⁷.

La función inspectora, como medio para un fin más que un fin en sí mismo, es la que pone de manifiesto hechos o actuaciones antijurídicas para que se activen los oportunos

(“Directiva sobre Ruido Ambiental”). Disposición adicional sexta de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. Tasas por la prestación de servicios de inspección. “De conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 20 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, las Entidades Locales podrán establecer tasas por la prestación de servicios de inspección que realicen para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley”.

⁴²⁵ Obsérvese la similitud de esta definición con la expuesta por RIVERO en la potestad de policía como *“reconducir la actividad de los particulares a fines previstos en el ordenamiento jurídico”*. Pues la diferencia obstina en el fin de una u otra función, si para fines autoritarios o para la defensa de los derechos fundamentales. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 86. Alusión a lo establecido también por SCHMIDT-ASSMANN sobre las relaciones entre el derecho constitucional y el Derecho administrativo. E. SCHMIDT-ASSMANN (2003), *Teoría general del derecho...*, *op.cit.*, p. 15. Sobre este extremo nos viene a la mente la colaboración de DAVID GONZALEZ GIL al mencionar que: *“En el seno del Estado social y democrático de Derecho cualquier explicación del Derecho administrativo debe efectuarse en el marco constitucional. Su definición sólo es posible a partir de la constitucional”*. D. GONZÁLEZ GIL (2021), “El interés general, presupuesto de...”, *op.cit.*, p. 154.

⁴²⁶ M. REBOLLO PUIG (2013), “La actividad inspectora”, en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *Función Inspectora*, Madrid: Inap.

⁴²⁷ *“Queda dentro de esta materia, por el contrario, la vigilancia de cualesquiera deberes de los administrados, no sólo en los propios de la actividad administrativa de limitación (policía o intervención, supervisión o regulación...). Sino también los tributarios y los de beneficiarios de servicios públicos o de la acción de fomento o los de los titulares de aprovechamientos especiales del demanio o los contratistas y colaboradores de la administración”*. M. REBOLLO PUIG (2013), *La actividad inspectora...*, *op.cit.*, p. 55.

procedimientos de control (sanción, ejecución subsidiaria, requerimientos, contratación)⁴²⁸.

Los que han optado por incluir la inspección en la parte general del Derecho administrativo nos explican perfectamente el uso de esta potestad no solo de manera complementaria a las sanciones, sino con un carácter informador, estadístico o de servicio público.

Si bien es cierto que por sí misma esta inspección no obliga directamente al inicio de procedimiento alguno⁴²⁹, ello no hace que no lo añoremos. La continua recurrencia al ordenamiento jurídico penal para el cumplimiento del Derecho administrativo independientemente de las teorías iusnaturalistas, no ponen en evidencia sino la imposibilidad de llegar a tiempo la inspección y la sanción administrativa a fin de evitar el incumplimiento del ordenamiento jurídico, que en muchos casos y de manera reiterada, deriva en ilícitos penales por el enquistamiento de determinadas irregularidades administrativas.

Este apartado pretende reseñar la importancia de recobrar la inspección como una técnica no obsoleta dentro de los medios de los que disponen las EELL para garantizar la eficacia en el cumplimiento del derecho a través de la nueva “*potestad de intervención*” y así de este modo no tener que recurrir constantemente al Poder Judicial y principalmente al ordenamiento jurídico penal para la garantía de su cumplimiento.

Del mismo modo se incide en poner de manifiesto la importancia de dotar de un aparato inspector adecuado a las EELL, tanto por sus particularidades como por la pérdida de peso que acompaña a esta actividad, al no tener la fuerza por sí misma de iniciar un procedimiento ante posibles incumplimientos normativos.

⁴²⁸ *Ibídem*, p. 58. “Como quiera que la finalidad de la inspección es preparar la reacción administrativa ante eventuales incumplimientos, puede decirse que la inspección- aunque por sí sola cumple una función de prevención general-es siempre auxiliar o instrumental de otras. Pero importa hacer desde ahora dos aclaraciones. La primera que esa eventual reacción frente a los incumplimientos (potestad sancionadora) ya no forma parte de la inspección. Y es que, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de ellas y no incluida en el seno de los procedimientos encaminados al ejercicio de potestades de reacción; porque con la inspección la administración observa, examina, se informa, en suma, conoce la realidad, pero todavía no reacciona frente a eventuales ilegalidades. La segunda que la actividad de inspección no es sólo auxiliar de la sancionadora. Antes y más que para sancionar sirve a muy diversas potestades, de prevención de riesgos, de restablecimiento de la legalidad y de aseguramiento de los intereses generales...”.

⁴²⁹ J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, *op.cit.*, p. 161.

Permítase la anomalía para el presente Capítulo de haber incorporado las conclusiones al término de cada epígrafe y no al final del Capítulo como se hace en los restantes. La explicación, bien sencilla, la responsabilizamos a que desde este Capítulo hemos encontrado conexión con distintas ramas y problemas de la tesis que obligan a tratar cada epígrafe como parte de un todo.

2. HISTORIA Y CONTEXTO.

Independientemente de los roles adoptados por el Estado (policial totalitario, liberal garantista o social prestacional), la vigilancia en el cumplimiento de la norma ha sido siempre la primera razón del mismo. Es cierto que el actual vincula a la realización de tareas del tipo redistributiva, prestacional o asistencial, sin embargo, el intervencionismo del legislador para el cumplimiento de la normativa es apabullante. Este extremo no debiera ser excluyente; el advenimiento del Estado social no puede arrojar la antigua idea de policía, sino que ambos han de convivir y no sólo con los preceptos de la legislación, sino de facto, con medios de ejecución material que le fueran adecuados a cada administración⁴³⁰.

El leviatán de HOBBS⁴³¹ proclama como fundamento original evitar que el hombre dañe al hombre, y siendo el Derecho administrativo la rama del ordenamiento jurídico que protege los intereses generales, no debiera descuidarse su cumplimiento al lesionar los derechos individuales de los particulares de modo conjunto.

⁴³⁰ Para el caso de las EELL como meras prestadoras de servicios (Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León. Mancomunidades de Interés General) en lo que nos atrevemos a denominar una “*fusión de municipios encubierto*”, observamos cómo se va eliminando su fuerza de policía con la consecuente pérdida de autonomía, concebida en origen como uno de los poderes más antiguos de estos entes. Vid. Capítulo IX. Mencionado a ALFONSO GARCÍA DE POSADA. “*El Estado es capaz de ordenar su vida, de autodeterminarse, de autolimitarse, de auto obligarse*”. “*Como el Estado tiene conciencia, esa conciencia le impulsará a cumplir el Derecho, porque el Estado no es la expresión del poder y de la fuerza, sino el cumplimiento del derecho*”. F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República...*, *op.cit.* Sobre el uso de la policía y de la fuerza proclama que “*nos hallamos en un contexto sociológico muy particular, en el que la fuerza con carácter general es considerada por un amplio sector de la sociedad como una cuestión a evitar, propia de regímenes totalitarios. No son pocos los políticos con responsabilidades de gobierno que censuran las actuaciones policiales basadas en la fuerza y que posiblemente piensen que a un delincuente agresivo y armado se le puede reducir con palabras amables*”. F. J. BAUZA MARTORELL (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: Iustel, p. 18.

⁴³¹ T. HOBBS DE MALMESBURY (2018), *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial.

Esta función de observancia y garantía del cumplimiento de la ley debe además encomendarse al Poder Ejecutivo. La ejecución de la normativa ha de llevar intrínseca el centinela de su cumplimiento. Y no sólo del ejecutivo, sino del más cercano al ciudadano. Así en palabras de RICARDO RIVERO⁴³²: *“La actividad de inspección es cabalmente parte de la función ejecutiva, y aunque existan importantes competencias inspectoras en determinados ámbitos en manos del Estado (hacienda, trabajo), la gran mayoría de las funciones inspectoras parece que deberían corresponder a los niveles más próximos al ciudadano, lo que no implica que el Estado se desentienda del cumplimiento de su derecho, pero sí que atribuya su comprobación a quién se halle en mejores condiciones de realizarla⁴³³”*.

Estas técnicas del cumplimiento del derecho pueden simplificarse a riesgo de incurrir en maniqueísmo en dos vías. La prevención con la potestad inspectora y la represión con la potestad sancionadora.

2.1. ORÍGENES.

Ya en la época clásica encontramos vestigios de funciones inspectoras a cargo de burócratas. Son los “Agoranomoí” griegos encargados del cumplimiento de las determinaciones en el mercado, o el “Praefectus Urbis” y “Procurator Annonae” romanos, los que ora controlaban el suministro de víveres a la ciudad ora el aprovechamiento de aguas públicas. En la antigua Roma, además, el Pretor se servía de la ayuda de ediles o auxiliares que en palabras de VALERIOLA⁴³⁴ eran los *“encargados en vigilar sobre todo lo perteneciente a la disciplina exterior de la religión y cuidar perpetuamente que no se introdujera novedad alguna en el culto autorizado por las leyes”*.

En las partidas de Alfonso X siendo su reinado de 1252 a 1284 encontramos ya a los Pesquisidores y las pesquisas como encargados de la persecución de los delitos, y controlados por los veedores creados por las Cortes de Alcalá en 1345⁴³⁵.

⁴³² R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante...*, op.cit.

⁴³³ He aquí el conflicto. Pues, ¿están todas las EELL en las mejores condiciones para realizar esa actividad inspectora tal y como suele suponerse?

⁴³⁴ T. VALERIOLA RIMBAUD (1977), *Idea general de la policía o tratado de Policía*, Madrid: IEA.

⁴³⁵ Las Cortes de Alcalá recentralizan la situación. *“Aparte de a éstos, los Reyes suelen encomendar dicha actividad a unos agentes extraordinarios con facultades específicas de inspección de los oficiales, que*

Con la instaurada recentralización, es la figura del Corregidor con las atribuciones reseñadas en la nueva recopilación⁴³⁶, donde a través del poder regio se va a vertebrar el control y la eficacia de este digesto en forma de pócima público-privada que había sido recopilado⁴³⁷. Durante el siglo XVIII y la primera mitad del S. XIX y en concreto a partir de la Ordenanza de 13 de octubre de 1749, los intendentes ejercen las competencias de policía reguladas en sus capítulos XIX a XXXVIII entre las que se encontraba la visita ordinaria a platerías y tiendas⁴³⁸.

A lo largo del siglo XIX arranca con fuerza la centralización en la figura del Gobernador Civil la cual será explicada con mayor detalle en el Capítulo que particulariza el control de la Administración local por parte de otras administraciones.

En 1893 el “*Alcubilla*” definirá la figura del inspector administrativo, como “*oficial público o agente del Gobierno que revestido de algún poder especial tiene el cuidado habitual o momentáneo de velar sobre la gestión o desempeño de las diferentes partes de la administración pública que nos ocupa del siguiente modo. Hay en nuestra administración pública varias clases de inspectores; los hay de Hacienda, Gobernación, Fomento, etc.*”.

En igual época tenemos ya una parca regulación del inspector en el mundo local, si bien olvidando ya los pequeños municipios, pues de conformidad con el art. 54 de la Instrucción General de Sanidad Pública de 12 de enero de 1904: “*En los municipios de mayor número de habitantes se ordena la presencia de los inspectores municipales que además de supervisar los proyectos de obras de establecimientos públicos y de visitar las escuelas visitaran los mercados, tiendas, puestos y demás lugares de venta o*

reúnen además una función sancionadora o disciplinaria. Se trata del «pesquisidor», del «veedor» y del «visitador». Todos ellos pueden actuar de oficio enviados por el Rey o a instancia de parte afectada por la actuación del oficial. Son tres figuras muy similares que a veces se confunden, siendo tal vez el «pesquisidor» el que tiene unas competencias más amplias”. M. TORRES AGILAR (1992), “El control de los oficiales públicos en la castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del derecho romano”, *RAP*, núm.128, p. 171-184.

⁴³⁶ *La Recopilación de Leyes de estos Reinos, o Nueva Recopilación de Leyes de Castilla* (1567).

⁴³⁷ Título XIII del Libro VIII de la Novísima recopilación: “*Mandamos que las boticas se visiten en dos años en nuestra corte y en su distrito, y en un año en cualesquier otras villas y ciudades de estos reinos como los suelen hacer los Corregidores con los médicos de ellas, sin que haya orden ni días señalados para hacer las dichas visitas, sino que dentro del término dichas las visiten todas cómo y por la orden que quisieran, y que puedan volver a visitar las que hubieren visitado si les pareciera que conviene...*”. *Novísima recopilación de las leyes de España* (1831), *op.cit.*

⁴³⁸ E. ORDUÑA REBOLLO (1997), *Intendentes e intendencias*, Madrid: Tres Américas.

almacenamiento de sustancias alimenticias y con especial cuidado reconocerá o dispondrá periódicamente el reconocimiento de aguas potables⁴³⁹”.

2.2. LA PROLIFERACIÓN DE LOS FINES ADMINISTRATIVOS. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y TRIBUTOS.

Con el arraigo de la legislación administrativa en simbiosis con la ampliación de los fines del orden público, la inspección administrativa va acompañar a estas nuevas materias con una certera regulación.

Vanguardistas en la regulación de la inspección administrativa son la ley de Minas de 1859 y la Ley de 28 de noviembre de 1855 del Servicio General de Sanidad a la que ya refiere la Ley 44/2003 de 21 de noviembre de Profesiones sanitarias. La primera ya establecía en su disposición general segunda que *“en todas las minas y establecimientos mineros ejercerá el gobierno por medio del cuerpo de ingenieros, la vigilancia o inspección necesarias al cumplimiento de esta ley, con sujeción a los reglamentos. Para en el caso de la segunda y a tenor de su preámbulo: “Se instituyeron los Jurados Médicos Provinciales de Calificación, que tenían por objeto prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran los profesionales en el ejercicio de sus facultades, así como regularizar sus honorarios, reprimir los abusos y establecer una severa moral médica”*.

Sin perjuicio de la legislación sanitaria y de minas precitada, parecen ser estas dos grandes materias (trabajo y tributos) las que abren cuerpo y solidifican la inspección administrativa local⁴⁴⁰.

La consolidación del Derecho administrativo y la creación de una administración independiente y especializada entorno a mediados del siglo XIX⁴⁴¹, traerá consigo la

⁴³⁹ Sobre la situación actual, o evolución de este cuerpo de inspectores en la actual Administración local. Vid. Conclusiones.

⁴⁴⁰ *“La inspección de trabajo constituye una manifestación típica del intervencionismo. Pero es una manifestación necesaria. Tanto, que históricamente aquélla y éste aparecen unidos. La expresión intervencionista del Estado se manifestará por una de sus vertientes y como muy principal en la creación de organismos de inspección encargados de vigilar el cumplimiento y hacer cumplir las disposiciones dictadas en materia de trabajo”*. M. GARCÍA ALONSO (1975) *“Curso de derecho del trabajo”*. Barcelona. Ariel, p. 884 y ss.

⁴⁴¹ C. SCHMITT (2006), *Teoría de la constitución*, España: Alianza. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de lo político*, España: Alianza. O. MAYER (1904), *Derecho administrativo alemán*, trad. H. H. Heredia y E. E. SCHMIDT-ASSMANN (2003), *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons. J. POSADA HERRERA (1995), *Estudios sobre beneficencia pública*, Universidad de Oviedo: Servicio de publicaciones, p. 24. A. OLIVÁN (1954), *De la administración pública con relación*

regulación y el desarrollo de la inspección administrativa a través de diversas normas: La Ley Benot 1873 sobre el trabajo en los talleres e instrucción en las escuelas de los niños menores, la Ley de 26 de Julio de 1873 sobre trabajos peligrosos de los niños, el Real Decreto de 9 de agosto de 1894 sobre el servicio especial de estadística del trabajo, Real Decreto de 23 de abril de 1903 que crea el Instituto de Reformas Sociales, la Ley de 13 de Marzo de 1900 por la que se establecen las condiciones de trabajo de las mujeres y niños de ambos sexos o la ley de 3 de Marzo de 1904 relativa al descanso dominical. Son, en efecto, la inspección de trabajo y la inspección fiscal las que van a sentar las bases de esta potestad administrativa.

Otros hitos en la evolución de la inspección de trabajo en España son la Ley de 13 de mayo de 1932 y su reglamento de 23 de Julio, la Ley de 15 de diciembre de 1939, el RD de 13 de Julio de 1940 y el RD de 21 de diciembre de 1943 así como la ley de 21 de Julio de 1962.

Y por lo que refiere la inspección fiscal, el origen de la Inspección de Hacienda se ubica en el RD de 21 enero de 1871, que crea el Cuerpo General de Inspectores de Hacienda, aunque desde 1824 se aprobarán sucesivos reglamentos del servicio de investigación de la Hacienda pública (1888, 1892, 1893, 1895, 1899 y 1903) hasta el RD Ley de 30 de marzo de 1965 que distinguirá la inspección técnica de la administrativa.

La Segunda República implantó por Ley de 20 de diciembre de 1932 la contribución general sobre la renta, sufriendo este servicio de constantes reorganizaciones hasta que el 1 de enero de 1967 comienza a aplicarse el Impuesto General sobre la Renta de las Personas físicas⁴⁴². La reforma fiscal de 1977 que trae causa de los Pactos de la Moncloa, supone un hito en este proceso, pues es a partir de ese momento cuando comienzan a sentarse las bases de una Inspección de Hacienda realmente eficaz, adaptada a la creciente importancia de los procedimientos en masa, a la generalización del impuesto sobre la renta, y dirigida a la imprescindible lucha contra el fraude fiscal (Ley de 14 de noviembre de 1977 de medidas urgentes de reforma fiscal). Aquí se pone de relieve la conexión entre

a España, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado y del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

⁴⁴² C. A. GARCÍA QUINTANA (1974), “La inspección de los tributos: una evolución significativa”, *REDF*. Madrid: Civitas.

función inspectora y Estado Social, pues de la correcta articulación de una inspección tributaria que reprima el fraude fiscal depende la realización del art. 1.1 CE⁴⁴³.

Vemos aquí una vez más la utilización del Derecho administrativo para la garantía de los derechos fundamentales. Es el Derecho administrativo el que regula las materias para la garantía del derecho, es al ejecutivo al que le corresponde el cumplimiento de la normativa (administración), y regular esas relaciones con el ciudadano o entre la administración. Es por ello, por lo que parece considerarse esta inspección en manos de la doctrina, como uno de los presupuestos necesarios para la consolidación del Estado social.

En el ámbito comunitario también se ha puesto de manifiesto la finalidad preventiva de la potestad inspectora y su necesario ejercicio de manera continuada para evitar la represión mediante la sanción. En el caso del derecho de la competencia, en el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, y en materia ambiental, huelga destacar la Recomendación 2001/331 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de abril de 2001 sobre criterios mínimos de las inspecciones medioambientales en los Estados miembros⁴⁴⁴.

Conclusiones:

Que las contravenciones serán mejor contrastables por la administración más cercana a la infracción parece incuestionable, lo que difiere de esa intocabilidad es que sea esa administración más próxima la que de manera autónoma y homogénea sea capaz de reprender tal transgresión. Es en municipios de mayor número de habitantes donde se regula o cabe algo de sitio para la inspección, sin apenas preocuparnos del resto.

En resumen, vemos como la inspección ha sido siempre regulada a través de cuerpos, estratificada y no aislada o desconocida, y ocupando gran importancia en los textos normativos. Por el contrario, actualmente la gran mayoría de las materias que ocuparon

⁴⁴³ La inspección puede encuadrarse entre las técnicas de realización del mandato del art. 9.2 CE de “promoción de las condiciones que garanticen la igualdad entre los individuos y grupos también en el plano económico”.

⁴⁴⁴ Ratificando lo expresado en el preámbulo: “El hecho de que existan sistemas de inspección y que las inspecciones se lleven a cabo de una manera eficaz sirve de disuasión para que no se produzcan infracciones medioambientales, ya que permite a las autoridades descubrirlas y hacer cumplir la legislación merced a cadenas regulatorias y otros medios por lo que tales inspecciones constituyen un eslabón indispensable de la cadena regulatoria y un instrumento eficaz para contribuir a que la legislación comunitaria en materia de medio ambiente se aplique de forma más coherente y se haga cumplir en toda la comunidad y para evitar falseamientos de la competencia”.

otrora la normación inspectora del Estado quedan relegadas a la pequeña e inermes mayoritaria Administración local sin apenas instrumentos ni regulación.

3. POTESTAD, FACULTAD O ATRIBUCIÓN ADMINISTRATIVA.

Potestad.

Una de las primeras reflexiones de las que partimos es la naturaleza o carácter jurídico de la inspección. La inspección, la encontramos definida de manera indistinta bien como potestad pública, como atribución, como actividad, incluso como una mera función a lo largo de la profusa legislación sectorial y la parca legislación básica en la materia⁴⁴⁵.

Por lo que refiere a la posibilidad de su encaje dentro del elenco de potestades administrativas, conviene comparar el tradicional concepto de potestad con las características del conjunto de las actividades inspectoras.

En el concepto esgrimido por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ RODRIGUEZ⁴⁴⁶, para definir la potestad emplean que ésta “*articula un poder de actuar frente a círculos genéricos de sometidos, que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que tales sometidos han de soportar; y dichos efectos jurídicos pueden ser con normalidad efectos de gravamen, de cuyo ejercicio concreto surjan obligaciones, deberes, cargas, vínculos y restricciones. Constituye así el instrumento adecuado para efectuar la conversión del poder público en técnicas jurídicas precisas*”.

La doctrina ha definido el concepto de potestad como “*un poder abstracto y genérico, ordinariamente derivado de status legales y no originable por convenciones negociables, cuyo efecto consiste en las modificaciones de las situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o innovarlas; no tiene un objeto concreto; no supone, como el derecho subjetivo especificidad de objeto dominado, sino que existen en*

⁴⁴⁵ E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.* Esperemos que este aspecto quede suficientemente aclarado a lo largo del texto concretando la función de autoridad en el empleo público y el interesante criterio de que no todo ejercicio de potestad administrativa conlleva la función de autoridad.

⁴⁴⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. FERNANDEZ RODRÍGUEZ (1977), *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Madrid: Civitas, p. 436.

relación a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente obligaciones singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien «sujeciones» vinculación puramente pasiva de soportar la realización de sus efectos propios⁴⁴⁷».

De estos abstractos del concepto de potestad parece asomar un atisbo en el reflejo que esboza la normativa estatal cuando en la LPACAP remite a la colaboración ciudadana con la subsecuente obligación de soportar. Pues las potestades de las administraciones públicas se caracterizan por proyectar efectos sobre terceros con independencia de su voluntad, y en palabras de DE LA CUÉTARA: *“El primer y principal carácter de toda potestad es que produce un cambio en la esfera jurídica de sujetos distintos de quién la ejecuta, cambio que es totalmente independiente de la voluntad de dichos sujetos⁴⁴⁸”.*

Función o facultad.

Sin embargo, a menudo ha sido considerada bajo el paraguas de la potestad función⁴⁴⁹ incluyendo dentro de la misma las funciones o actividades de investigación, supervisión y control. Empero, entendemos que la función encaja aún en un concepto más amplio y bajo el resguardo de una de las formas típicas de actividad de los EELL que es la actividad

⁴⁴⁷ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 28

⁴⁴⁸ También parece asentir a su catalogación como potestad, al describir una serie de rasgos de la misma que acredita su rango. *“Origen normativo, poder público, irrenunciable e inalienable, servicio al interés público, dirija al cumplimiento del ordenamiento jurídico...”*. J. M. DE LA CUÉTARA (1986), *Las potestades administrativas*, Tecnos: Madrid. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 29.

⁴⁴⁹ *“Las potestades administrativas, cuya significación política y jurídica hemos analizado, pertenecen a la categoría de las potestades-función. Pueden definirse como los poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que atribuyen las normas a la Administración y que implican sujeción jurídica para los ciudadanos destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de esas potestades”*. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo*, *op.cit.*, p. 363. EDUARDO GAMERO defiende la redundancia de la yuxtaposición de este segundo sustantivo habida cuenta que el ejercicio de potestades administrativas únicamente queda legitimado para un asunto, o materias concretas a riesgo de incurrir en el vicio de desviación de poder. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.* Sobre el deslinde entre los conceptos *“potestad, atribución y competencia”* resultan sugerentes las líneas de ROCÍO NAVARRO: *“Dentro del marco estructural de cada Administración Pública se asignarán las atribuciones que ostentará cada uno de sus órganos, es decir, se delimitarán sus competencias. Sin entrar a descender en la teoría general de la competencia, nos basta con aceptar la competencia como «la medida de la potestad que corresponde a cada órgano».* Dicho título competencial define el campo de actuación de cada órgano confiriéndole legitimación para actuar y es considerado, a su vez, de forma global, como el haz de posibilidades de actuar que tiene un órgano, las cuales se proyectan en un ámbito material determinado. Serán necesarias, por tanto, para las concretas posibilidades de actuación las atribuciones correspondientes a las personas físicas titulares de los órganos, así, por ejemplo, no todos los órganos de la AGE están investidos de la potestad reglamentaria, sino sólo unos órganos concretos y determinados a los que de forma específica se les atribuye la titularidad ordinaria de dicha potestad...”. R. NAVARRO GONZÁLEZ (2021), *“La atribución de las potestades administrativas...”*, *op.cit.*, p. 235.

de policía. Esta actividad o forma de acción es la que legitima la potestad inspectora, que a su vez se materializa a través de distintas actividades como la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y la verificación del desarrollo. De ello deducimos que no en todas las manifestaciones del ejercicio de la potestad de inspección tiene presencia el concepto de potestad, y que ésta puede ser la razón de no encontrarse siempre con este prefijo⁴⁵⁰.

Partimos de esta primera meditación al encontrar aquí una de las lagunas de este complejo entramado, pues la falta de una regulación sistemática e integradora de la inspección al no quedar definido su régimen jurídico⁴⁵¹, genera una primera inseguridad jurídica fácilmente demostrable en el ámbito procedimental que provoca la cojera del sistema⁴⁵².

Bien es cierto que en numerosa normativa la encontramos con el sobrenombre de potestad; sin embargo, independientemente de los argumentos que esgrimamos tanto a favor como en contra de esta teoría, lo cierto es que casualidad o no, no parece quedar reflejada en el elenco de poderes públicos que le atribuye la legislación básica estatal a las EELL por mandato del art. 4 de la LBRL.

La jurisprudencia ha avalado esta potestad en ciertas ocasiones⁴⁵³ sin embargo, sigue pronunciándose acerca de actividad, función, o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento⁴⁵⁴ para identificar unas actuaciones, más o menos

⁴⁵⁰ “Debemos distinguir entre la realización de una actividad puramente material o técnica de reconocimiento de una verdadera potestad administrativa, como la de inspección. En la encomienda de funciones inspectoras a sujetos privados no siempre está clara esta distinción lo que complica su régimen jurídico. Por eso es importante deslindar el concepto de inspección y de su potestad como sujeción al ciudadano obligado a soportar y a colaborar con la inspección que es el principal dato característico”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 155.

⁴⁵¹ J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora..., op.cit.*, p. 167.

⁴⁵² La doctrina acaba reduciendo al concepto de potestad-función enunciado por SANTI ROMAO como indica R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 76-77. Desde esta perspectiva es posible detectar gran imprecisión en muchas normas urbanísticas autonómicas que, partiendo del concepto de potestad asignan a la inspección funciones o partiendo de los de función o actividad le atribuyen lo que denominamos potestades. Ej. Artículo 326. Ley 4/2017 de Canarias de 13 de julio del Suelo y de los Espacios Naturales protegidos de Canarias. Aquí la inspección queda configurada como la potestad instrumental para el ejercicio de la intervención administrativa en la garantía de la legalidad urbanística y la dota de medios como, asesoramiento, información al ciudadano, comprobación e inspección de los terrenos etc.

⁴⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, acerca del control de la discrecionalidad ante el planeamiento urbanístico.

⁴⁵⁴ Acerca de la complejidad e imprecisión de la normativa autonómica. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora..., op.cit.*, p. 135.

genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico que habilitan a las Administraciones Públicas a llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente en su sentido más amplio.

El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad interpretada en términos generales. Así, respecto del primer debate iniciado entre función o potestad, podríamos encajar la inspección en una primigenia potestad inspectora genérica de las EELL materializada a través de diversas funciones y actividades tales como la vigilancia, la comprobación, las visitas de inspección y desde la irrupción de la estabilidad presupuestaria, el suministro de información. Su finalidad unida a la seguridad tiende más al carácter preventivo que al represivo, pero esto no es novedad ni respecto al Derecho administrativo sancionador ni respecto si quiera al carácter general del Derecho administrativo y al acreditado principio de minimización del riesgo⁴⁵⁵. Además, su pertenencia o no a la actividad de intervención de las EELL, parece quedar acreditada en el art. 84 de la LBRL cuando en su letra d) se predica sobre *“el sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma”*⁴⁵⁶.

Tiene todos los rasgos del concepto, sin embargo, desconocemos por qué no quiso incluirla el legislador en su art. 4 LBRL. Anacrónicamente inexplicable, pues parece tanto o más necesaria como el resto del *numerus clausus* previsto⁴⁵⁷.

Podemos comprender que no todas las actividades inspectoras se ejercitan en el marco de una verdadera potestad porque la mera observación que no tiene sometimiento a terceros no se antoja potestad, pero el legislador ha perdido en numerosas ocasiones el oportuno

⁴⁵⁵ El orden público en términos de seguridad fue el primer bien jurídico que trató de proteger la policía al desligarse de la justicia.

⁴⁵⁶ Sin embargo, regula una parte de la inspección, que es la de la verificación o comprobación posterior, esto es, no como primer hito o actuación previa administrativa, sino como un control concomitante o seguimiento de una actividad.

⁴⁵⁷ *“Tan urgente como el deslinde y el tratamiento jurídico de las distintas técnicas de la actividad administrativa informativa, es fijar los contornos jurídicos de las intervenciones inspectoras de la administración, sus necesidades de habilitación formal y material, y sus criterios de actuación, temas todos los que se analizarán en este trabajo”*. Aún con todo, ninguna modificación de la LBRL ha optado por engrosar el elenco del art. 4. Una hipótesis parece apuntar en que en aquellos años la *“inspección”* se entendía como una facultad incluida en otras potestades, sin el desarrollo posterior que ha tenido (función o atribución). R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 78. *“Como ocurre con las demás potestades administrativas, éstas deben estar expresamente previstas en el ordenamiento jurídico, con carácter general o singular, con el alcance más o menos definido...”*. J. BERMEJO VERA (1996), *Derecho administrativo*, Madrid: Civitas.

tren de una regulación más o menos completa en una norma, máxime desde la aprobación de las llamadas “*leyes gemelas*”⁴⁵⁸”.

4. DISCRECIONALIDAD.

Ahora bien, si llegáramos a decidirnos por la potestad como primer encaje de la inspección administrativa, deberíamos someterla a continuación al idéntico filtro de su compañera la sancionadora sobre su carácter reglado o discrecional. No cabe duda que inspeccionar es un deber de la administración y sin embargo su ejercicio suele quedar limitado a un tenue “*podrá*” (LPACAP). A mayor abundamiento no queda regulada en el art. 84 LBRL, ni tampoco en el art. 4, pese a prever el primero actuaciones de verificación o comprobación posterior.

Que todas las potestades administrativas han de ser atribuidas por Ley es notorio, por tanto, en palabras de GARCÍA URETA sería mucho más correcto hablar de elementos discrecionales en las potestades administrativas más que de potestades regladas o discrecionales⁴⁵⁹, pues no es sino la predeterminación de la ejecución de una situación determinada el reglado o discrecional de la potestad.

Encontramos aquí el símil con la potestad sancionadora en que, si bien existe un deber genérico de inspeccionar por parte de la administración, no le cabe inspeccionar todo ni permanentemente a todos. Y, ante ello, la determinación del número y periodicidad de las inspecciones es en principio discrecional, como discrecional es también decidir los medios humanos y materiales adscritos a cada rama de la inspección.

En cuanto a la duda respecto a su carácter reglado o discrecional, debemos responder afirmativamente para con la segunda respecto a su ejercicio, pues no nos encontramos en el caso de la potestad sancionadora, cuya atribución debiera ser en todo caso reglada. La función inspectora es una manifestación de la policía preventiva, por lo que las leyes

⁴⁵⁸ Vid. LPACAP y LRJSP.

⁴⁵⁹ “*Se abre así y en ciertos casos, un espectro de posibilidades todas igualmente legítimas, basadas en que el ordenamiento permite, al aplicado de la norma atributiva de competencia establecer de qué modo se atenderá debidamente el interés público teniendo en consideración las circunstancias existentes, a efectos de dilucidar el caso puesto a su disposición*”. J. I. TRABAGLIA (2020), *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., p. 31.

deberían fijar un amplio margen de apreciación a la administración en cuanto a su ejercicio, pues de lo contrario la política preventiva se volvería rígida y previsible, perdiendo su eficacia.

La discrecionalidad administrativa es perfectamente comprensible y necesaria en el Estado social y democrático de derecho. En el ejercicio de algunas potestades, la Ley debe dejar a la administración la opción sobre el cuándo y el dónde decidiendo el legislador sobre el cómo y sobre el sí. De hecho, cohonestamos que la prevención debe ser el principal objetivo del cumplimiento del Derecho administrativo⁴⁶⁰.

Tras el cruce de argumentos por ambos autores (AGUSTÍN GARCÍA y RICARDO RIVERO), por nuestra parte queremos manifestar que la discrecionalidad de la potestad sancionadora y el resto de actividades enmarcadas en la “*policía*” dependen de la discrecionalidad de la inspección⁴⁶¹. Esto es así, porque en tanto exista un acta de inspección notificada al órgano competente para el acuerdo del procedimiento, la autoridad deberá dictar el acuerdo de iniciación aquí so pena del mazo de la “*prevaricación*”.

Propuestas.

Lo que a nuestro juicio sería correcto es graduar el intervencionismo en la actividad inspectora, que podría ir en escala desde un leve apercibimiento, escrito, pequeña sanción, hasta el acuerdo de iniciación de la sanción que sucedería tras el levantamiento de la correspondiente acta de inspección de la infracción

Esta discrecionalidad, que no arbitrariedad en el ejercicio de una actividad reglada que es inspeccionar, debe limitarse y reducirse al máximo para la consecución de la eficacia y para evitar el fraude rellenándose a través de actuaciones administrativas, lo cual adelantamos sólo parece conseguirse a través de controles externos. Inspectores externos que inicien el procedimiento desde fuera de la administración. Observemos una serie de

⁴⁶⁰ “*La preponderancia del principio de prevención, que subyace en la potestad inspectora, es plenamente coherente con la situación actual, en la que el Estado deja de intervenir directamente en los factores económicos del mercado y se concentra en aquellos que involucran la seguridad y la salubridad*”. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit. p.31. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit.

⁴⁶¹ Difícilmente ejerceremos una eficaz potestad administrativa sancionadora como broche del cumplimiento si partimos de las elevadas carencias de su compañera inspectora.

medidas que contemplan algunas normas, que suelen pasar por la planificación⁴⁶² y la inspección externa:

- Prever la inspección al menos una vez y en cierto tiempo.
- Planes de inspección al que tienen que someterse cada materia y administración Art. 117 LGT.
- La actuación inspectora previa denuncia.

En relación a lo expuesto prestemos atención a estas palabras de ESTEVE PARDO⁴⁶³ en su libro riesgo y derecho: *“Los riesgos para el principio de igualdad⁴⁶⁴ que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras deben ser compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección, mediante medidas internas de organización y procedimiento que aseguren la objetividad de la decisión (planes o fijación de objetivos de las unidades de inspección) y gracias a la valoración de la proporcionalidad de la medida por parte de los tribunales, teniendo en cuenta muy especialmente su necesidad y su oportunidad. Si realmente una de las funciones del principio de legalidad es la creación de la seguridad jurídica, el derecho material debe definir los estándares del control de la administración, para que los sujetos conozcan por anticipado los criterios que van a utilizarse a la hora de controlar sus actividades”*.

En resumidas cuentas, el vano y la discrecionalidad de esta potestad intervencionista deben necesariamente compensarse para su equilibrio con un eficaz aparato burocrático (personal y material) de considerable carestía en nuestros pequeños municipios.

⁴⁶² *“La atribución de potestades discrecionales, aunque la extensión de la potestad y el ámbito material depende, en un principio, de la programación normativa de la decisión administrativa realizada por el legislador, éste debe determinar el alcance y las modalidades de ejercicio de dicha facultad con suficiente claridad teniendo en cuenta la finalidad que persigue. La previsibilidad y certeza de las atribuciones de potestades discrecionales es una exigencia ineludible derivada del principio de seguridad jurídica que opera sobre todas las materias, máxime en aquellas que afecten derechos y libertades, como se deriva de la jurisprudencia del TEDH y, en general, en todas las reservadas a la ley; las condiciones del ejercicio de la potestad discrecional deben quedar suficientemente constatada (...). A pesar del silencio jurisprudencial, opiniones doctrinales señalan que existen amplias parcelas de actividad administrativa como el medio ambiente o el ámbito sancionador en las que las especificaciones y concreciones resultan imprescindibles”*. R. NAVARRO GONZÁLEZ (2021), *La atribución de las potestades administrativas*, op.cit., p. 269.

⁴⁶³ J. ESTEVE PARDO (1999), *Técnica riesgo y derecho*, Barcelona: Ariel, p. 36.

⁴⁶⁴ Sobre la desigualdad que genera la aplicación poco uniforme de las potestades preventivas y represivas locales. Vid. Capítulo IX.

5. EL RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL.

De ciertos preceptos del Título I de la CE se infiere implícito para ciertas materias el poder de inspección⁴⁶⁵. Es el caso de los arts. 43, 45 y 51.1 que predicán que, para la sanción, organización y control, o para la garantía de un sistema con la seguridad necesaria, irreparablemente habrá de realizar la Administración competente alguna actuación inspectora previa. Más explícito parece ser el art. 27.8 en materia de educación cuando establece que *“los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes”*⁴⁶⁶.

El legislador básico estatal, de la mano del art. 149.1.18 de la CE y al amparo del Tribunal Constitucional⁴⁶⁷, ha regulado tímidamente la inspección del siguiente modo. En primer lugar, el derogado art. 39 bis de la LRJPAC parece definirnos unos *“principios generales”* de las actuaciones inspectoras, a modo de ítem para la ejecución de las mismas. Con carácter prioritario y antes del ejercicio, establece su carácter excepcional siempre que se limiten los derechos de los particulares, la necesaria ponderación del interés público, así como la conexión con el objeto de la acción.

⁴⁶⁵ En palabras de R. RIVERO: *“Parece claro no obstante que no es preciso hallar un anclaje constitucional concreto y determinado de cada una de las inspecciones administrativas pues éstas pueden ir dirigidas a la protección de valores constitucionales (derechos fundamentales como la seguridad, integridad física o la salud) e intereses cualificados constitucionalmente sostenimiento de los gastos públicos, protección del dominio público, del urbanismo...”*. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 88-89.

⁴⁶⁶ DA 3ª del Real Decreto 1045/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

⁴⁶⁷ STC 55/2018, de 24 de mayo y STC 110/2018, de 17 de octubre. En concreto la segunda refuerza el papel del título competencial precitado en el afamado procedimiento administrativo único al establecer en su FJ 2º y en aras a la simplificación del procedimiento administrativo que *“con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades «ratione materiae» o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones públicas y respecto a todas sus actuaciones. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que la regulación del procedimiento administrativo común por el Estado no obsta a que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, siempre que se respeten las reglas que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de procedimiento administrativo común con carácter básico”*.

En su segundo párrafo y dejando margen de igual modo a la “*discrecionalidad*” de estas potestades a las que venimos acostumbrados, sugiere diciendo que “*podrán*” investigar o inspeccionar actos, elementos o actividades.

De manera paralela a esta potestad de la administración vinculada al poder como institución, surge el deber ciudadano sometido a la ley y al derecho reflejado en el artículo previo de igual ordinal; pues si el requerimiento de inspección como acabamos de ver se tipifica en la normativa, el ciudadano estará obligado a facilitar a la administración este tipo de actividades inspectoras⁴⁶⁸.

No ha sido especialmente diferente su regulación en las leyes gemelas que tienen a bien regular en una los principios generales (LRJSP) y en la otra la colaboración del ciudadano en el ejercicio de la potestad (LPACAP), sin ahondar en todo caso en el procedimiento.

Es el art. 4 de la LRJSP el que nos define el ejercicio de la inspección, proponiendo como límite positivo a las actuaciones previas investigadoras⁴⁶⁹ los derechos fundamentales del honor e intimidad personal, además de la tradicional inviolabilidad de domicilio (art. 100.3 y art. 18.3 LPACAP). Este artículo parece actuar como el símil de una habilitación genérica donde se abre la posibilidad (que no deber) de las administraciones públicas (entre las que se encuentra la Administración local como territorial), a la vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico en el marco de sus competencias y en su respectivo término municipal⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ “*El art. 39 de la LRJPAC consagra un deber general de colaboración activa. No obstante, la carga que puede implicar la inspección también puede revestir caracteres modales, ya que constituye una fase por la que es necesario pasar a los efectos de poder ejercer una situación jurídica positiva*”. Entiéndase por ejemplo la concesión de una licencia o el ejercicio de una actividad sujeta a autorización previa. Es de este modo bien expresivo al respecto el artículo 39 de la norma al establecer que los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*

⁴⁶⁹ S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002), *La actividad administrativa inspectora*, Granada: Comares.

⁴⁷⁰ Las potestades y funciones se ejercen en la Administración local en el estricto ámbito de sus competencias tal y como repetimos a lo largo de la tesis por mandato del art. 4 de la LBRL, pero no debemos olvidar que esas competencias, únicamente pueden predicarse respecto de su territorio, puesto que es únicamente donde pueden ejercerse por mandato del art. 12.1 de esta misma norma. Para refuerzo de este extremo cabe citar la Sentencia nº 1019 procedimiento: Ap. recurso de Apelación 0000546 /2018 del TSJ de CyL. Este pronunciamiento manifiesta que el Ayuntamiento de Mieres (Asturias) no puede ejercer competencias en el puerto de Pinos, en plena comarca de Babia, (León) porque las competencias de un Ayuntamiento se deben circunscribir a su término municipal a pesar de ser titular de distintos predios en ese paraje.

La configuración de la inspección como deber implica considerar otra característica habitual de la misma, su carácter unilateral. Éste responde a la esencia de la noción del deber al negar la existencia de bilateralidad o reciprocidad. Se trata de una potestad que el ordenamiento atribuye a la administración para la efectividad del cumplimiento del deber⁴⁷¹, deber del ciudadano a someterse a esa inspección, por la propia definición de potestad que queda tipificado en el art. 18 de la LPACAP como derecho, y como deber del administrado⁴⁷².

El artículo precitado⁴⁷³ parece revelar unas obligaciones ciudadanas ante unas genéricas actuaciones de las administraciones públicas que sean necesarias para la comprobación y la reconducción de los vecinos al cumplimiento de la norma. Sin embargo, este débil precepto parece referirse únicamente a supuestos de vigilancia pasiva, puesto que para una inspección más ceñida donde fuera necesaria la ejecución de obligaciones de hacer o soportar, sería necesaria una habilitación legal superior concreta. Ello parece ser consecuencia de la extensión del principio de legalidad a la inspección administrativa. La inspección contempla multitud de actividades y funciones que por su carácter limitativo de derechos ha de estar recogido en una norma con rango de ley donde no cabría para su ejercicio la anterior cláusula de inspecciones genéricas⁴⁷⁴.

No quedan de otra parte delimitados en el texto, ni el ámbito objetivo de actuación ni las líneas positivas de recorrido, sino más bien los límites o trazos negativos para prohibir la

⁴⁷¹ Observemos el tenor literal del art. 4 de la LRJSP y un tenue “*podrán*” que acusa la peligrosa vaguedad de una potestad discrecionalidad. “*En efecto, será una curiosidad normativa hallar una regla jurídica atributiva de competencia que exprese se otorgan potestades discrecionales las más de las veces se utilizarán giros como la administración o el órgano público de que se trate podrá, estará habilitado, etc.*”. J. I. TRABAGLIA (2020), *Discrecionalidad administrativa...*, *op.cit.*, p.16. Véase que tanto inspección y sanción, pese a la discrecionalidad de su ejercicio, no constan apenas conceptos jurídicos indeterminados que puedan servir de sometimiento a control. *Ibíd.*, p. 35.

⁴⁷² Frente a la parca regulación de su antecesor (39 LRJPAC) con el límite positivo de “*sólo en los supuestos previstos por ley*” el en el art. 18 se establece una habilitación genérica en caso de que la normativa de desarrollo no regule esta potestad detallando esta colaboración ciudadana en “*los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable, y a falta de previsión expresa, facilitarán a la Administración los informes, inspecciones y otros actos de investigación que requieran para el ejercicio de sus competencias...*”.

⁴⁷³ “*El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas*”. L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2014), *Los confines de las sanciones...*, *op.cit.*, p. 199.

⁴⁷⁴ “*La existencia de un deber general de sujeción a las inspecciones, como el que se consagra en el art. 39 de la LRJPAC, no implica ninguna restricción del ámbito de libertad del ciudadano. Tal deber es genérico. Sin embargo, la inspección concreta y singular sí implica tal restricción, para lo que ha de tener una habilitación específica*”. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 54.

inspección. Es más, se da por supuesto que toda administración (incluyendo aquí a nuestros pequeños municipios) en el ámbito de su potestad de autoorganización y su autonomía (ordenación de los recursos humanos, relaciones de puestos de trabajo), desarrollan las actuaciones necesarias para “*velar por el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación que resulte aplicable*”, por lo que el legislador básico únicamente se preocupa principalmente de no complicar con la actuación comprobatoria de la administración, los derechos fundamentales del ciudadano.

El mayor desarrollo de las actuales leyes administrativas respecto de la LRJPAC no proviene sino de la introducción del derecho al honor como límite en las facultades inspectoras de la administración. No se ha modulado ni repensado en el operable ámbito del “*Ius Puniendi*”, sino que ha sido la ley de protección de datos, la que con el repetido principio de la finalidad del tratamiento vincula la posibilidad de la inspección a la ponderación de este derecho fundamental de amparo constitucional⁴⁷⁵.

Conclusión.

Pues bien, flaco favor o poca importancia predica el legislador básico estatal respecto del ejercicio de la inspección, configurándolo como un deber de actuación condicionado a una discrecionalidad en su ejercicio y preocupándose tanto o más de que la administración no vulnere la protección de datos a que la actividad administrativa objeto de inspección sea acorde a derecho y efectiva. Tampoco encontramos mayor mención en la norma principal básica de Régimen local a salvo de sus genéricas actuaciones de “*verificación o comprobación posterior*”.

Así y cerrando con lo introducido, quedará en manos de la legislación sectorial que, atendiendo a la materia en concreto, regule y desarrolle las funciones y órganos de las actuaciones inspectoras en las EELL⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ El artículo 5.1.b del RGPD. Indica: “*Los datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines (...)*”. Asimismo, estos fines explícitos y legítimos deberán determinarse en el momento de su recogida.

⁴⁷⁶ Desarrollo de la línea de investigación aquí introducida a lo largo del Capítulo V.

6. INSPECCIÓN Y SANCIÓN. BREVE ESTUDIO EN CONJUNTO DE AMBAS POTESTADES.

Partiendo de las disposiciones generales del procedimiento administrativo, observamos que la inspección podría configurarse como un paso previo al acuerdo de iniciación del procedimiento, por lo que no es habitual encontrarla procedimentada⁴⁷⁷. Las órdenes de suministro de información, la inspección laboral o la Agencia Estatal de Protección de datos⁴⁷⁸ parecen regularla con carácter accesorio al procedimiento al efecto.

Siendo cierto que el legislador ha sometido algunas inspecciones a formalidades especiales y severas, y hasta podría decirse que las ha procedimentado en algunos sectores, la relatividad de esta forma de articular el procedimiento hace que podamos tratarlas de excepciones legales que no niegan que con carácter general la inspección no tiene por qué estar ni está sometida a los principios y reglas de un procedimiento administrativo en sentido estricto, ni forma parte del procedimiento administrativo común⁴⁷⁹.

La inspección aparece generalmente relatada como un deber general de la administración e intrínseco a la misma en la labor necesaria de hacer cumplir el derecho, no estando así sujeta a procedimiento o regulación concreta. Estas funciones o actividades únicamente vienen reguladas con todas sus vicisitudes en supuestos de inspecciones específicas en

⁴⁷⁷ Parece una excepción el art. 145 de la LGT, que configura un procedimiento de inspección con objeto de descubrir las posibles irregularidades de un procedimiento tributario. *“El procedimiento de inspección tendrá por objeto comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procederá, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones”*. T. CANO CAMPOS (2009), *La actividad de inspección*, Madrid: Iustel.

⁴⁷⁸ Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Art. 53 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Orden HAP/2082/2014, de 7 de noviembre, por la que se modifica la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

⁴⁷⁹ Añorando la sistematización de la inspección, resultan contemporáneas estas antiguas palabras en lo que a la inspección por parte de las pequeñas EELL refiere: *“La mayor parte de la doctrina administrativista se ocupa de determinadas inspecciones (tributos, fiscales servicios...) pero toca sólo aspectos particulares de la inspección. Los tratadistas de Derecho administrativo se refieren a este tema, pero solo de soslayo, dando por supuesto el contenido genérico de la actividad de inspección que ni se define ni se estudia. por ello y en atención a sus múltiples manifestaciones específicas es por lo que tiene interés el intento de esbozo de una teoría general de la inspección encuadrándola en la sistemática general del Derecho administrativo”*. J. A. MARTÍ BAGUÉ (1977), *Inspección, op.cit.*

los que se ha desarrollado de manera reglamentaria. A todo ello presta aval el TS cuando consiente a las EELL realizar las actividades inspectoras sin la previa motivación de los requerimientos⁴⁸⁰ de inspección quedando esta argumentación relegada a supuestos excepcionales o a la ulterior colisión con derechos constitucionales⁴⁸¹.

Como de los antecedentes expuestos hemos manifestado que no queda regulado un procedimiento administrativo común para la inspección pero que sí aparecen remilgos en el administrativo sancionador, trataremos de integrar el inspector a medio de auxilio insustituible al sancionador⁴⁸².

Ya la exposición de motivos del RD de 9 de marzo de 1872 de reforma del Cuerpo de Inspectores de Hacienda transcribe “*que la inspección, para que produzca sus efectos, ha de ser un acto siempre esperado y nunca previsto, que llega, sorprende, corrige y desaparece para reaparecer de nuevo al cabo del tiempo ni periodo ni personas físicas*”. Por ello, y no negando que toda inspección concreta debiera tener un procedimiento al efecto tal y como se ha hecho en las grandes materias (educación, tributos, trabajo), la inspección que aborda a nuestras EELL, carece de una regulación específica en la mayoría de materias objeto de su competencia, y el procedimiento administrativo común no puede dar una solución unívoca ni supletoria a esta potestad.

Y aún más lejos parece ir GOMEZ REINO facilitando así nuestra búsqueda investigadora y la relación entre sendas facultades, incrementando el contenido que hemos tratado de desmembrar en el capítulo procedimental del art. 25 de la CE. Sin reparos, este autor

⁴⁸⁰ J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 51-52.

⁴⁸¹ Así estableció la STS de 16 de octubre de 1999 (art. 8641): Basta citar las normas que facultan el requerimiento, pero no hay que “*explicitar los motivos mediatos y el fin concreto que pretende lograr una vez conseguidos tales datos, pues ello significaría tanto como descubrir la estrategia que guía el quehacer de la inspección...*”. Y ello se reitera en la STS de 3 de noviembre de 2011 (art. 1842 de 2012, rec. casación 2117/2009), 21 de junio de 2012 (art. 7488) y 5 de julio de 2012 (art. 7738), exigiendo como máximo “*junto con la simple cita del precepto en que se ampara, la afirmación de la trascendencia de la información, ello frecuentemente con el argumento discutible de que el requerimiento de inspección no es un acto limitativo de derechos, sino que establece una obligación de hacer*”. En la misma línea el art. 18 de la LPACAP tipifica una “*cobertura legal*” genérica en la inspección siempre y a salvo de vulnerar derechos concretos.

⁴⁸² GARCÍA URETA, Y RIVERO ya han expuesto como hemos relatado previamente, la razón de la autonomía de sendas facultades. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit.

afirma que toda habilitación para sancionar debiera llevar implícita una potestad de inspeccionar⁴⁸³.

Hasta ahora hemos tratado con carácter autónomo e independiente la inspección administrativa separándola de la potestad sancionadora⁴⁸⁴; pero por más que queramos independizarla, su carácter autónomo va en detrimento en los supuestos de inspecciones desfavorables que ultiman en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Si bien es indudable que la inspección es una potestad independiente y necesaria para el cumplimiento de la normativa de seguimiento, control, asesoramiento y con unos fines diferentes al poder represivo⁴⁸⁵, no podemos obviar la importancia del nexo de unión entre una y otra que vendría, en las ocasiones previstas por la normativa⁴⁸⁶, con la constatación de la contravención administrativa. Es ese flanco, brecha o laguna el que nos preocupa en este punto.

6.1. VINCULACIÓN E INTEGRACIÓN.

Aunque no por olvido, pocas veces se ha profundizado en la línea roja del fin de la inspección para el comienzo del procedimiento sancionador, sino que la misma acostumbra a ser tratada como una facultad autónoma e independiente⁴⁸⁷. Una de las

⁴⁸³ Los arts. 179 y 180 de la Ley 7/2002 Artículo 179. Naturaleza y funciones de la inspección. Igualmente tratan de manera conjunta la inspección y la sanción administrativa. E. GÓMEZ-REINO Y CARNOTA (1987), “*Las facultades de investigación de la Administración y los derechos fundamentales con especial referencia al Derecho de la competencia*”. ICE: Revista de economía, núm. 650, p. 33-41.

⁴⁸⁴ D. CUADRADO ZULOAGA (2008), “El principio de individualización de las sanciones administrativas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, p. 3.

⁴⁸⁵ El criterio aplicable a las sanciones difiere del que subyace en la potestad inspectora en la que prima la idea del control de la legalidad. Aquí se persigue la prevención (de tal manera que no se produzca una sanción), o el restablecimiento de la situación legal y la restauración del orden normal alterado. El principio represivo fundamental de la potestad sancionadora es no tener que sancionar o, dicho de otro modo, que la sanción es la última ratio del Estado quien sólo debe acudir a ella cuando no se pueden utilizar otros medios más convincentes para que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 36-40.

⁴⁸⁶ Nos referimos aquí al principio de tipicidad que debe contener inexorablemente el ejercicio de la potestad sancionadora.

⁴⁸⁷ El carácter independiente de la facultad inspectora parece también quedar desarrollado en la STS de 17 de noviembre de 1993, según la cual: “*No cabe considerar que las actuaciones de inspección sean diligencias preparatorias esa calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio pre ordenado a un expediente sancionador*”; por el contrario afirma que “*el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección. Incluso es posible que la inspección sirva, no ya para que la Administración ejerza sus potestades, sino para preparar sus actuaciones procesales civiles*”. A. GARCÍA

razones que motivan esta senda es que la inspección no tiene por qué venir ligada esencialmente a la sanción administrativa, sino que simplemente puede ser objeto de verificaciones de control ulterior o concomitante⁴⁸⁸.

Ya hemos visto que las denominadas procedimentalmente actuaciones previas (art. 55 LPACAP) no condicionan al órgano sancionador para dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento. Recordando lo esgrimido para este artículo en el ámbito procedimental, su carácter discrecional de una parte al estar sujeto a la conveniencia o no del órgano encargado de iniciar el procedimiento, y la traslación del sujeto al que encargan la inspección a la Administración local de la otra, no facilitan la actividad coercitiva en manos de los Ayuntamientos.

Resulta ilustrativa en este punto la STS de 17 de febrero de 2004 en la que se señala respecto de las actas de inspección que no son, aunque pudieran serlo, un elemento de un procedimiento sancionador. Según el Tribunal: *“El acta está dotada de sustantividad y esencia propia, así como de una finalidad concreta cual es la constatación de hechos, que podrán o no ser utilizados con posterioridad en otro tipo de procedimiento”*.

Lo cierto es que para nuestra desdicha no ha sido habitual conectar con demasiada avidez por parte del legislador la inspección con la sanción, alternando un deber más potestativo que inexcusable⁴⁸⁹. Empero por razones materiales, las actas de inspección en ocasiones quedan propiamente integradas en un procedimiento sancionador lo que nos obliga a tratarlas dentro del procedimiento administrativo común, por cuanto debemos deducir que las actuaciones previas inspectoras no formarán parte de la potestad sancionadora salvo que queden integradas en el procedimiento sancionador.

La precedente afirmación la confirma el TS, así la STS de 18 de octubre de 1989 expone que *“la actividad inspectora constituye frecuentemente presupuesto y antecedente*

URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit., p. 35. Vid. también D. BLANQUER CRIADO (2007), *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo*, Barcelona: Tirant lo Blanch.

⁴⁸⁸ El control financiero no deja de ser una inspección concomitante o a posteriori de la actividad económica financiera de las EELL, Art. 220 TRLRHL. Título III Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

⁴⁸⁹ Nos referimos por excepción entre otros no abundantes al art. 29.4 del Reglamento Andaluz de organización y funciones de inspección y al art. 47 del reglamento castellano manchego de disciplina urbanística. Sin embargo, estos supuestos donde se establezca *“conexión”* entre la inspección y la sanción, no son habituales, desarrollándose generalmente en compartimentos estancos y de manera autónoma. Vid. Capítulo V.

inmediato de la sancionadora, exige la extensión de determinados derechos de defensa propios del segundo a las primeras. Por ello la cuestión debe dirimirse atendiendo a un adecuado equilibrio entre la defensa del inspeccionado y la eficacia de la actuación inspectora. y en todo caso, deberán respetarse estos derechos cuando los resultados de la inspección se acomoden al procedimiento sancionador⁴⁹⁰”.

Para buscar el razonamiento de esta extensión del sancionador al inspector debemos elevarnos de plano hasta el nexo común de “*Ius Puniendi*” único, invocado por la STC 18/1981 de 8 de junio y mencionado en precedentes Capítulos. Para el supuesto en que estemos hablando de actuaciones inspectoras que sirvan de base en el inicio e instrucción de un procedimiento sancionador es aplicable lo dispuesto a la “*modulación*” del Derecho penal en cuanto a los derechos y principios del procedimiento. Por ello, pese a la inspección no formar parte de un procedimiento administrativo y estar separada del procedimiento sancionador, como indirectamente pueden sus documentos formar parte de las actuaciones que sean básicas para la conclusión con éxito del procedimiento sancionador, le serán directamente aplicables por la citada conexión al “*Ius Puniendi*” único⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, *op.cit.*, p. 149.

⁴⁹¹ Modulación del Derecho penal y aplicación de los límites del Derecho administrativo sancionador. L. ALARCÓN SOTOMAYOR (2013), “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *Función Inspectora*, Madrid: Inap, p. 199. Secreto bancario e intimidad. Y como extensión al proceso penal. A. HUERGO LORA (2018), *Problemas actuales del derecho...*, *op.cit.*, p. 35. M. REBOLLO PUIG (2013), *La actividad inspectora...*, *op.cit.*, p. 95. Si bien mantenemos la regla general de que los principios del derecho sancionador y la subsecuente modulación del Derecho penal no deben extenderse a la inspección salvo que formen parte del procedimiento sancionador, existen ciertos derechos constitucionales que deben respetarse de manera inexorable. Estos límites hacen referencia a la garantía de algunos derechos constitucionales, admitiéndose entre otros el derecho a no auto inculparse, la presunción de inocencia y el derecho a la asistencia letrada para las actuaciones realizadas en la información previa. El respeto y observación, independientemente de su pertenencia a un procedimiento sancionador, no puede descuidarse en lo que respecta al principio de legalidad. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.*, p. 195. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 64. Puesto que, como cualquier potestad administrativa, en un Estado de Derecho la potestad inspectora deberá estar sometida al principio de reserva legal. “*El principio de legalidad exige que no se autorice a la administración para perseguir libremente sus fines, que no se le concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa*”. De igual modo entendemos que se prevé la colaboración reglamentaria, lo cual es constitucionalmente legítimo, pues la CE de 1978 consagra el ejercicio de la potestad reglamentaria, como nos muestra la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, que precisa la importancia del principio de reserva de Ley reconociendo que no proscribía la colaboración reglamentaria. El principio de proporcionalidad también debe predicarse en esta potestad, no sólo como principio general del derecho, como ha reconocido el Tribunal Constitucional. (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1985, de 10 de mayo), sino que es un principio que vincula al Legislador, que debe tenerlo en cuenta al habilitar las actuaciones. La eficacia como principio lesionado no es sino lo invocado en esta tesis, con la subsiguiente indefensión del ciudadano. El principio de eficacia de la administración, cuestionado como principio, después calificado como gran desconocido, y últimamente

6.2. INICIO.

“*Ab initio*” cabe preguntarnos a quién va dirigido el procedimiento o a quién podemos dotar de un derecho subjetivo o interés legítimo ocupando la figura del interesado. En este sentido diremos que son interesados en el procedimiento de inspección los afectados directamente por el mismo, esto es, aquellos sujetos que realizan una actividad sujeta a licencia, autorización o control de la administración. Sin perjuicio de la posibilidad de interesados “*indirectos*” (asociaciones, grupos de interés), los interesados directos serán en todo caso los sujetos en cuya actividad recaiga la actividad de inspección⁴⁹².

Acta de inspección- informe de los servicios técnicos- denuncia de la autoridad.

Es notorio que es a la administración a la que le corresponde aportar los documentos suficientes o el material probatorio pertinente con el objeto de atestiguar la comisión de la infracción, así como la participación con dolo o culpa del sujeto infractor desde el propio inicio del procedimiento⁴⁹³. En este orden de asuntos, uno de los principales modos de desvirtuar esta presunción, son las actuaciones inspectoras formalizadas en documento administrativo⁴⁹⁴.

Es en este primer momento del procedimiento donde podemos incluir ciertos actos ya de inspección y traer a colación las actuaciones inspectoras en unión al procedimiento sancionador, puesto que el inicio de este procedimiento suele venir precedido (no siempre que hay acta de inspección se inicia el procedimiento sancionador, pero siempre que se inicia el procedimiento sancionador hay acto previo de inspección) de actos

considerado un reto dogmático, es un decisivo factor de legitimación de nuestras administraciones públicas y uno de los componentes del estatuto constitucional de la administración. Relacionado con el principio de eficacia argumentaba POSADA HERRERA en sus lecciones citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*, que “*las leyes son por sí misma inertes... si no hubiese más que escribir las leyes para que ellas se ejecutasen, sin duda que no habría nación más feliz que la española porque no nos faltan leyes ni nos han faltado nunca, lo que ha faltado es quien las ejecutase*”. A. HUERGO LORA (2018), *Problemas actuales del derecho...*, *op.cit.*, p. 35. Sobre la limitación de ciertos medios de obtención de pruebas a la persecución de delitos.

⁴⁹² Independientemente que, para la sanción, tal y como hemos visto, haya de concurrir la culpabilidad.

⁴⁹³ Así lo muestra el art. 53 de la LPACAP al describir como derecho del interesado en el procedimiento administrativo “*la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario*”.

⁴⁹⁴ El propio contenido del acuerdo de iniciación en el art. 64 de la LPACAP ya exige la constatación de unos hechos, que, a tenor de la jurisprudencia citada, le compete a la administración acreditar la prueba en contrario que generalmente realizará con la presentación de este acta o informe denuncia.

comprobatorios llevados a cabo por funcionarios competentes en virtud de los cuales se constatan directamente hechos susceptibles de sanción y que actúan como un principio de prueba a partir del cual el Ayuntamiento puede motivar la incoación del procedimiento.

Este primer ítem donde se constatan los hechos que motivan la infracción, es una inspección por el órgano competente de la Administración local que más que la forma de acta de inspección para las administraciones destinatarias de nuestro estudio, suele adoptar la forma del informe de los servicios técnicos.

La primera duda surge si esas primeras inspecciones que adopten la forma de informe, boletín o denuncia⁴⁹⁵ y no sean propiamente actas de inspección definidas y reguladas por la legislación sectorial, gozan de valor probatorio y de las garantías esenciales antes previstas.

Como aval a esta tesis podemos citar la Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1979 , que ya sostiene que las denuncias de infracciones, o actos de comprobación directa de las mismas por parte de los agentes de la autoridad especialmente encargados del servicio deben gozar de un cierto valor probatorio dada la presunción de legalidad y veracidad que acompaña a todo obrar de los órganos administrativos⁴⁹⁶. Extendiendo esta prerrogativa a sus agentes y constituyendo una esencial garantía de una acción administrativa eficaz sin la cual no es concebible una buena Administración Pública.

En disonancia, el TS, tiene declarado que la inspección inicial no es un acto de investigación a manera de atestado con valor de denuncia, sino un documento al que las normas reguladoras de un procedimiento especial sólo le otorgan una presunción “*iuris*

⁴⁹⁵ Se enumeran y presentan la apariencia de diligencias, actas, informes, donde se distingue en virtud de su apariencia o no de documento público y de su calificación por la doctrina como acta. Como ejemplos tipificados de acta de inspección, el artículo 14 del Real Decreto 928/98 por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y el artículo 153 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Sobre cuándo un documento es o no público, esta terminología ha desaparecido de la LPACAP. El artículo 1216 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil (CC) establece que “*son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Para que un documento sea elevado jurídicamente a la categoría de público deben concurrir por tanto los siguientes requisitos: que sea otorgado por funcionario público o notario, Que tal otorgamiento no sea cualquiera sino dentro de los límites de su competencia, que contenga las formalidades prescritas por la Ley*”.

⁴⁹⁶ Presunción de legalidad en oposición a presunción de veracidad.

tantum”, pero no “*iuris et de iure*” tal y como expone la STS de 2 de noviembre de 1990 lo cual se ha ratificado en la STS de 11 de julio de 1997⁴⁹⁷.

Y como generalmente el derecho no suele ser una cuestión maniqueísta; en término medio para que todos esos actos previos, informes, denuncias, gocen de un valor probatorio y garantías del acta de inspección; será requisito indispensable además de que las mismas gocen de los requisitos legales y jurisprudenciales ya expuestos: la ratificación del funcionario competente siempre que el expedientado niegue o contradiga los hechos denunciados. Así, la STS de 31 de julio de 2000⁴⁹⁸ explica como la ratificación complementaria convierte a la inicial denuncia o informe, en una indudable prueba testifical de cargo objetiva y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

6.3. INSTRUCCIÓN.

Lo que podríamos denominar como instrucción viene dado por la indagación de los hechos, averiguación y acreditación de los mismos, practica de pruebas y solicitud de información⁴⁹⁹. De todo este elenco de actividades rara vez se indican plazos, habiéndose predicado de manera unánime que la realización de actividades inspectoras no interrumpe el plazo de prescripción y caducidad siempre y cuando no lleguen a iniciar un procedimiento⁵⁰⁰.

La LRJSP no contempla el deber de ratificación del funcionario que haya constatado los hechos que niegue el ciudadano, que sin embargo si se contempla por la LOPSC. De

⁴⁹⁷ También RIVERO ORTEGA distingue las actas de inspección de las simples denuncias. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 208.

⁴⁹⁸ Tal y como recuerda la sentencia, es necesario que la ratificación la efectúe el mismo órgano que formuló la denuncia y plasmó directamente los hechos. De ahí que en toda denuncia o informe de los servicios técnicos ha de identificarse técnico firmante, a fin de que pueda ser posteriormente citado en el procedimiento para en su caso, ratificar la denuncia. La ratificación de los hechos denunciados ha de hacerse en el seno del propio procedimiento sancionador instruido al efecto pues en otro caso, la resolución sancionadora que se adopte si no se funda en otro medio de comprobación, no hará prueba suficiente. A modo de ejemplo huelga mencionar el artículo 52 de la LOPSC sobre la necesaria ratificación para el valor probatorio de las declaraciones de los agentes de la autoridad.

⁴⁹⁹ Son actos de instrucción de conformidad con la LPACAP “*los necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuáles deba pronunciarse la resolución*”.

⁵⁰⁰ Para el ámbito tributario, y uno de los pocos donde se detalla la inspección. Art. 68 LGT. Al respecto conviene aclarar que sólo interrumpen el plazo de prescripción de las obligaciones tributarias, los actos que inician un procedimiento, nunca la resolución del mismo, o en palabras de la Ley 58/2003, las acciones, las actuaciones o los recursos interpuestos por los interesados. Los procedimientos, ya estén caducados o terminados, en ningún caso interrumpen la prescripción. (SSTS 11 y 25 de febrero de 2008 y 6 de noviembre de 2008).

hecho, la mayoría de normas dejan a discrecionalidad de los instructores del procedimiento el solicitar de los inspectores la ratificación de las actas o diligencias formalizadas por éstos, no siendo éste un requisito que se haya exigido de manera reiterada en la jurisprudencia.

Con todo hay que señalar que, desde un aspecto práctico, la ratificación es necesaria sobre todo si el presunto responsable niega los hechos. Éste será el único modo de garantizar la presunción de inocencia. Para ese caso se abrirá un periodo probatorio donde posiblemente no sea suficiente la ratificación del funcionario, sino que deberá incluirse la práctica de la prueba solicitada. Ergo podemos expresar que ese primer informe de los servicios técnicos y que utilizamos como base para manifestar los hechos en el acuerdo de iniciación en el sancionador, ya tendrá un primer valor probatorio que se habrá de contrastar y reforzar con las alegaciones presentadas por los interesados en el procedimiento⁵⁰¹.

Por consiguiente, a la vista de las alegaciones de los mismos, de la solicitud de prueba, y de la admisión o no del órgano instructor, podrán practicarse otras que contradigan o valoren lo indicado inicialmente por la administración, que para el caso anterior habrá de solucionarse mediante la ratificación.

Sin embargo, si la primera inspección fundamento del acuerdo de iniciación no es objetada por el ciudadano presunto responsable, ésta devendrá firme en la propuesta de resolución como prueba cierta para dictar la resolución administrativa. En este caso nos encontraríamos con que el acta de inspección o primer informe denuncia, es el que define el inicio del procedimiento sancionador y además aporta prueba en la instrucción de los hechos condicionando así la propuesta y la resolución del procedimiento.

⁵⁰¹ Sobre la práctica de la prueba sorprende el ATS dictado el 25 de enero de 2021 (REC. 155/2020) que deniega el recibimiento a prueba, aduciendo que: *“Sin perjuicio de tener por aportado el expediente administrativo, no procede recibir el procedimiento a prueba porque considera la Sala que con los elementos presentes en los autos está en condiciones de pronunciarse sobre la legalidad del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 13 de febrero de 2020 objeto de impugnación”* Nuestra sorpresa aduce que la LEC a la que remite la LPACAP sólo establece tres supuestos en los que es posible la denegación de la prueba: impertinente, inútil o ilegal.

Conclusiones.

Como las actuaciones previas no suelen quedar vinculadas al inicio del procedimiento sancionador pese a estar estrechamente relacionadas, a mi juicio entiendo necesario que ese aparato inspector vaya un poco más lejos, esto es, que tenga la fuerza e independencia⁵⁰² adecuada para vincular el inicio del procedimiento administrativo. Es este el único modo de dotar de sustantividad propia a la potestad y que no queden archivadas e inobservadas de manera sistemática un sinnúmero de denuncias administrativas⁵⁰³.

Este es uno de los sintagmas que no debieran ser dúctiles en la transposición de los principios del Derecho penal. Un funcionario inspector (en el mejor de los casos), no conecta su actuación con la eventual reacción de la corporación municipal ante tales incumplimientos.

Modulaciones o no aparte, la inspección administrativa es una potestad fundamental para la eficacia en el cumplimiento del derecho y por ello la necesidad de potenciarla. No podemos permitir traducir la modulación en una graduación del cumplimiento de este derecho en función de la administración donde se aplica.

Haber entendido la inspección como un “*prius*” de la potestad sancionadora o a esta segunda como cláusula de cierre o garantía de la primera, puede difuminar las líneas

⁵⁰² Sobre el responsable del cumplimiento normativo o compliance officer, establece la doctrina que en todo caso sería necesario dotar al compliance officer de las características necesarias para que pueda cumplir con su función. De lo contrario estaremos una vez más, ante la superposición de nuevos (e inútiles) órganos de control. Esas características son: 1. La independencia en el ejercicio de su función. Parece lógico, sin embargo, en muchas ocasiones, tanto por el sistema de nombramiento como por la dependencia orgánica y jerárquica el órgano de control nace limitado en su eficacia. 2. La dotación de los medios necesarios para cumplir con su finalidad, medios personales y materiales que se convierten en el combustible para funcionar. 3. Poder coercitivo. Es preciso dotar al compliance officer de los mecanismos necesarios para incentivar la colaboración en el ejercicio de sus funciones de seguimiento y control, pero también para articular un sistema de sanción frente a los incumplimientos que se detecten en el ejercicio de su función de control, pues sin sanción no hay control efectivo. C. CAMPOS ACUÑA (2019), *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*, Madrid: Aranzadi. Nuestro ordenamiento jurídico está plagado de ejemplos de este tipo de órganos que se limitan a informar y recomendar, el más reciente y precisamente en una materia tan sensible a la corrupción como es la contratación, el novedoso Órgano Independiente de Supervisión y Regulación de la Contra.

⁵⁰³ La no vinculación de las inspecciones al procedimiento sancionador viene definida además de por su propia definición y garantía, por la discrecionalidad habilitada en el art. 55 de la LPACAP acerca de la conveniencia o no de iniciar el oportuno procedimiento. Vemos como una modulación de principio se ha traducido en una modulación de procedimientos, pues paremos un momento a pensar la traslación que se ha producido en el conjunto procedimental respecto del “*Ius Puniendi*” que representa el Derecho penal: (Denuncia Guardia civil o ciudadano independiente, diligencias y puesta en conocimiento del juzgado, acusación, e imposición de pena).

divisorias existentes entre ellas. De hecho la sanción, si bien necesaria, constituye la manifestación de que la prevención ha fallado y que sólo cabe castigar la infracción cometida⁵⁰⁴.

Esta falta de eficacia sólo puede combatirse con organización y planificación⁵⁰⁵, pues “*la vigencia del principio de eficacia depende de los medios materiales y personales*”, como reconocía SAN MIGUEL⁵⁰⁶ en su estudio sobre la inspección de trabajo: “*Eficacia y para ello, funcionarios preparados, con vocación y cualidades psicológicas muy particulares dotados de energía y sentido de independencia; prudentes en sus iniciativas y resoluciones, pero constantes en la acción. Eficacia en la vigilancia y eficacia en el asesoramiento, y para conseguirlo se precisa la unidad de mando y la unidad de criterio*”.

6.4. LA RESOLUCIÓN. LAS ACTAS DE INSPECCIÓN.

En el derecho positivo básico.

La resolución o conclusión de las actividades inspectoras vendrá ultimada por el levantamiento de la correspondiente acta donde podrá dejarse constancia de la legalidad de la actuación inspeccionada, de las posibles infracciones que hubieran podido cometerse, o específicamente de la obstrucción a la actividad inspectora. Es esta última materialización del “*procedimiento*” inspector la que viene a desarrollarse en el presente Capítulo⁵⁰⁷. Pasaremos por tanto a analizar propiamente las formalidades de este documento del que sí parece ocuparse el legislador, para posteriormente tratar de encajarlo o darle cabida en el administrativo sancionador.

Las actas de inspección, a excepción del procedimiento y de la potestad, no han lamentado la inobservancia por parte del legislador básico estatal. En la derogada LRJPAC ya se dictaminaba que “*los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la*

⁵⁰⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (2009), *Principios del del Derecho administrativo General*, Madrid: Iustel, p. 380. A. CARRETERO PÉREZ, A. CARRETERO SANCHEZ (1992), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Edersa, p. 154. Derogado el art. 309 por la disposición derogatoria única.1 de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre.

⁵⁰⁵ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 133-136.

⁵⁰⁶ L. SAN MIGUEL ARRIBAS (1952), *La inspección del trabajo*, Tomo III, Madrid: Centro de estudios constitucionales.

⁵⁰⁷ V. MANTECA VALDELANDE (2008), “Las actas de inspección de las administraciones públicas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, Madrid: La Ley.

condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”. Poca variación parece haber sufrido respecto al actual art. 77.5 de la LPACAP, aunque omite el concepto “documento público⁵⁰⁸”, modifica el “valor probatorio” por “harán prueba de éstos” y resume el “sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados” por un simple “salvo que se acredite lo contrario”. Cambios, que lejos de ser baladís, parecen acomodarse más a la interpretación del TC y del TS respecto a su valor en un procedimiento contradictorio, que a la regulación formal y material de las mismas.

En la jurisprudencia.

Aprovechando el carácter auxiliar que a las actas de inspección les otorga el legislador estatal para el procedimiento administrativo común, encontramos numerosas referencias al valor probatorio de las mismas aún con distinta denominación⁵⁰⁹.

Conforme a lo citado por CANO CAMPOS⁵¹⁰, la normativa parece aducir en ocasiones de modo indistinto a la presunción de veracidad y al valor probatorio de las actas de inspección. La dicción literal de la actual LPACAP, así como la de su antecesora, coincide

⁵⁰⁸ Esta omisión a documento público podría por oposición al concepto de prueba plena del art. 319 de la LEC. En primer lugar, con carácter general y corolario del carácter instrumental de esta potestad (información para el órgano decisor), los actos de inspección se consideran “actos administrativos de trámite” (internos), por lo que no son recurribles separadamente del acto decisorio (o también su oposición en fase de alegaciones), salvo que se trate de los llamados “actos de trámite cualificados” de los arts. 112.1 LPC y 25.1 LJCA: “Deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos” entonces susceptibles de recurso administrativo ordinario: de alzada o potestativo de reposición, o recurso judicial Contencioso-Administrativo, según agoten o no la vía administrativa (también silencio).

⁵⁰⁹ Ley 10 de enero de 1922 de los accidentes de trabajo sancionada por Alfonso XII como oriunda norma que atribuye fuerza probatoria a las actas de inspección, así como el procedimiento de obstrucción de la inspección. Art. 7. “El patrono que no diere a las Autoridades o a los funcionarios de la Inspección de Trabajo los partes o informaciones que los reglamentos determinen, con relación a los accidentes ocurridos en sus obras, explotaciones o industrias, o lo diere fuera de los plazos que aquéllos señalen, será castigado con las multas que en dichos Reglamentos se fije. Para que proceda la imposición de la multa deberá acreditarse en caso de accidente leve, que el obrero o sus derechohabientes han dado parte del mismo al patrono. Cuando se trate de accidente grave, el obrero queda relevado de cumplir este requisito, y su omisión no exime al patrono de la penalidad establecida en el párrafo anterior”.

⁵¹⁰ T. CANO CAMPOS (2013), “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la administración”, en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *Función Inspector*, Madrid: Inap.

en el valor probatorio de las actas siempre que los hechos sean constatados por funcionarios públicos.

Lo primero que debe preocuparnos es si realmente debemos entender lo mismo por todas las conjunciones que parecen acompañar a la regulación de las actas de inspección tales como; *“harán prueba de los hechos constatados”*, *“tendrán carácter probatorio”*, *presunción de veracidad*⁵¹¹ o *“presunción de certeza”* a lo que nos atrevemos a responder afirmativamente. Esto es así porque independientemente de lo que quiera expresar el legislador en cada texto concreto, dicha presunción de certeza no puede ir allende constituir un medio de prueba acreditado en derecho para un ulterior procedimiento.

Presunción de Inocencia

Más problemático ha sido el concretar si realmente esta atribución pudiera vulnerar la presunción de inocencia garantizada constitucionalmente. Pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, fue la STC 76/1990, de 26 de abril, la que de manera originaria vino a contrastar la compatibilidad entre el derecho constitucional a la presunción de inocencia con el valor probatorio de las actas. En el caso en concreto, el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad del art. 145.3 de la LGT frente a lo dispuesto en el art. 24. 3. 2. CE, matiza que la presunción de inocencia como derecho fundamental y garantía del resto del ordenamiento jurídico está condicionada por razón de dicho precepto al resultado probatorio y a un proceso contradictorio en que puedan defenderse las propias posiciones. No cabe por tanto interpretar la presunción de certeza o veracidad de las actas aquí equiparables excluyendo la presunción de inocencia, sino que sólo tiene sentido la primera bajo la segunda; esto es, sólo si se constatan ambas certezas cabe que quede destruida esta presunción (art.108 LGT).

Es por ello que ya en jurisprudencia anterior (STC 76/1980, de 29 de octubre), el TC distingue la presunción, del carácter de prueba plena e indicando que esta eficacia probatoria admite prueba en contrario que podrá ser vencida mediante la aportación de los documentos oportunos, que no es objeto de arbitrariedad, y además que esa eficacia únicamente queda reservada a los hechos materializados por el funcionario exclusivamente en el momento de la inspección, no en apreciaciones ni valoraciones. Esto

⁵¹¹ Término que parece que ha dejado de utilizarse en la legislación sectorial por llevar a equívoco al parangonarse al carácter de prueba plena.

es, no se trata de un valor probatorio pleno, sino limitado, que no debe condicionar de manera unívoca al órgano competente para la posterior resolución administrativa⁵¹².

Empero hay que señalar que la atribución de determinado valor a las actas de inspección encierra la consecuencia de trasladar la carga probatoria al ciudadano. Hasta tal punto que el propio TS ha llegado a declarar en alguna sentencia aislada que la presunción de veracidad es suficiente para destruir la presunción de inocencia del art. 24 de la CE. En favor de este argumento arguye que, al trasladar la carga de la prueba al ciudadano (y más la inerte situación en la que se encuentra el ciudadano en la Administración local), implicaría una situación harto complicada para desvirtuar ante el Poder Judicial la carga de negar los hechos. Con todo, es una postura difícil de compartir si lo que se busca es trasladar la carga probatoria al ciudadano amparado por la garantía constitucional⁵¹³.

⁵¹² El valor probatorio de las actas sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario pues quedarán fuera de su alcance, las calificaciones jurídicas, los juicios de valor, o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias STC 76/1980, de 29 de octubre. El Tribunal constitucional vino a confirmar esta misma postura más adelante en la STC 24 de abril de 1993 con la consolidada diferencia entre la presunción “*iuris tantum*” y la presunción “*iuris et de iure*”, aclarando que si el carácter de esta presunción no admitiera prueba en contrario (“*iuris et de iure*”) dicho precepto sería inconstitucional al contrariar el art. 24 de la CE. Por ello las actas no constituyen pruebas incontrovertibles, sino elementos probatorios susceptibles de ser valorados y llevar al convencimiento de la realidad de la conducta. Por todo ello, frente a las actas pueden utilizarse los medios de defensa correspondientes, pues como ha declarado el mismo Tribunal, la exactitud de los hechos declarados probados por la administración, no tienen a su favor la mera presunción de veracidad del acta que haya podido levantar el funcionario competente, sino, sobre todo, la coherencia de su versión frente a la del ciudadano que le permita destruir la presunción de inocencia de éste.

⁵¹³ Si bien la presunción de que se trata por su misma naturaleza “*iuris tantum*”, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos, en la medida que las que sean valoradas por el Tribunal posibiliten jurisdiccionalmente asentar su discrepancia con el soporte fáctico del acto controvertido. No se excluye así un control judicial de los medios empleados por el inspector o controlador, requiriéndose asimismo que el contenido de las actas de infracción o de liquidación, determinen “*las circunstancias del caso*” y los “*datos*” que hayan servido para su elaboración, cuyo detalle deviene imprescindible para conformar la base del valor probatorio de las actas inspectoras. Por tanto, la presunción de certeza despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es este quien debe acreditar con las pruebas precisas que no se ajustan a la realidad los hechos descritos por la inspección (STSJ de Madrid 1287/2005, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Rec. 631/2004 de 8 de noviembre de 2005). Respecto a lo aducido por la doctrina en tanto que la autotutela declarativa pudiera ser institución suficiente para dotar de valor preferente a las actas de inspección el autor expone que: “*Esta autotutela parece predicarse más bien respecto a la presunción de validez y eficacia del mismo (nulidad, anulabilidad, ejecución), que, al contenido y la práctica de la prueba. Esto es, una presunción más formal (producir efectos), que material (valor probatorio). Uno de los fundamentos que se arguyen en este valor probatorio de los documentos de la administración viene de la mano del elenco de potestades «exorbitantes» de la administración y la idea de autotutela, puesto que es indiscutible que la Administración local dispone de medios jurídicos para el cumplimiento del derecho, siendo lo discutible la eficacia de los mismos. Se trata de elementos para que la administración no vea dificultada la consecución de sus fines y la reconducción de la conducta de los particulares a la legalidad (prevenir y reprimir conductas que lesionen bienes jurídicamente protegidos) habida cuenta de que existen infracciones en las cuales no es posible obtener otro medio probatorio de su comisión diferente a la denuncia o comprobación directa, dada la instantaneidad y fugacidad con que tiene lugar la acción típica,*

Garantías y formalidades de las actas de inspección.

La normativa citada únicamente nos dice que las actas han de tener los requisitos legales correspondientes y que además han de ser suscritas por funcionarios competentes. Sin embargo, la garantía de los actos que gozan de la presunción de veracidad, está supeditada a la observancia de ciertas condiciones y formalidades.

En primer lugar, los artículos 4 y 8 del Real Decreto 1465/1999, de 17 de septiembre, establecen los criterios de imagen institucional y regulan la producción documental y el material impreso de la Administración General del Estado. Estos preceptos reseñan el contenido genérico de los documentos en ausencia de regulación específica que bien podría extenderse a las distinguidas actas de inspección con la oportuna transposición al Esquema Nacional de Interoperabilidad en lo relativo al documento electrónico.

En cuanto al contenido, las actas sólo pueden verificar hechos objetivos que se incorporen a ellas, de manera que la presunción de certeza se limita sólo a los hechos (STC 76/1980 antes comentada) que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el inspector, a los que sean inmediatamente deducibles de aquellos, o a los que hayan sido acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como documentos o declaraciones incorporados a ella.

Toda esta retahíla de exigencias no sólo demanda la completa descripción de tales hechos, sino la especificación de la forma en que se ha llegado a su conocimiento. Por ello la jurisprudencia ha sostenido que cuando el acta se refiera a hechos situados en el pasado no susceptibles de captación directa por el inspector, no son beneficiarios de la presunción de certeza. Esta presunción de certeza por tanto excluye las calificaciones jurídicas, los juicios de valor (art. 70 LPACAP) y las simples opiniones o las conjeturas, pues dichos juicios no responden a una labor imparcial del inspector en sus funciones de constatación de hechos. Por ello, las posibles deducciones que pueda llevar a cabo un inspector a la vista de determinados documentos, carecen de virtualidad si dichos documentos no se incorporan al acta, lo cual es igualmente predicable si no constan los datos acreditativos de uno de los elementos del tipo infractor o si se aceptan informaciones exteriores y ajenas cuyos datos no consten en el acta⁵¹⁴.

impidiendo su verificación a través de otros medios". R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.*, p. 203.

⁵¹⁴ STS de 23 de julio de 1993 y de 25 de febrero de 1998.

Así, su contenido debe reflejar hechos objetivos, presenciados “*in situ*” y constatados material y directamente por el funcionario interviniente como resultado de su propia y personal observación. Esto es, sin hacer constar deducciones, opiniones, apreciaciones, consecuencias, hipótesis o juicios de valor subjetivos que pueda realizar el inspector.

Conclusiones.

En definitiva, parece que no queda vacío que impida admitir el valor probatorio de las actas de inspección de las administraciones públicas⁵¹⁵ consagrado “*ex lege*”, lo que implica su carácter de prueba constituida cuando hayan sido practicadas con todas las garantías.

Respecto a la cuestión de cuáles son esas garantías, parece que la jurisprudencia ha tratado de aclarar lo que quiere decir el legislador con los “*requisitos legales correspondientes*” en cuanto al contenido de las mismas. Si bien queda por añadir quién será el órgano competente en la Administración local y si cumple con este tipo de formalidades.

Ahora bien, fíjense las similitudes del ejercicio del acta de inspección respecto del propio ejercicio genérico de la potestad. La ley regula una vez más sus límites (derechos de los particulares y derechos fundamentales) pero confía en la diligencia y garantía de las administraciones públicas (tratándolas como un todo homogéneo), para cumplir la ley y para el ejercicio y garantía de todos los restantes derechos fundamentales de los ciudadanos. A saber; el art. 14 CE en lo que refiere a la igualdad ante la ley, la obligación de la administración del 103 CE de cumplir los intereses generales, o el sometimiento de la Administración local a la ley y al derecho del art. 9.1 CE⁵¹⁶.

El sometimiento a la ley una vez más queda reservado al Poder Judicial siempre y cuando considere acreditada esa “*inactividad prestacional*”⁵¹⁷, el derecho subjetivo del ciudadano y que éste, harto de la permisividad de una conducta irregular se atreva y tenga el tiempo, los conocimientos, y el dinero suficiente para denunciarlo.

⁵¹⁵ I. BORRAJO INIESTA (1996), “Presunción de inocencia: investigación y prueba”, *Cuadernos de derecho Judicial*, núm. 9, p. 13-54.

⁵¹⁶ La normativa no ha solido preocuparse por la eficacia de las inspecciones sino por la garantía de los derechos de los vecinos en el ejercicio de esta potestad por la administración. El cumplimiento o eficacia siempre ha quedado subordinado a la auto organización de la Administración local en particular.

⁵¹⁷ Vid. Capítulo IX.

Sin embargo, no refleja la legislación una condena a la ausencia del ejercicio inspector o a las consecuencias del no inicio de las actas, la obligación de los corporativos a elaborar planes de inspección, la periodicidad de las inspecciones, o cuándo deben actuar los mismos. Y todo con más énfasis en el caso de la Administración local más menuda donde el Secretario del Ayuntamiento será, a buen seguro, el único funcionario de la Administración.

6.5. LA INSPECCIÓN FORZOSA. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA INSPECCIÓN ADMINISTRATIVA.

De igual modo que hemos distinguido la sanción de la coacción⁵¹⁸, es dissociable la inspección de las medidas forzosas encaminadas a la comprobación y verificación de los actos y actuaciones a la normativa vigente.

Si otrora ya analizamos la extensión de ciertos derechos fundamentales al integrarse la inspección en el procedimiento sancionador, incluso la extensión al margen del mismo⁵¹⁹, para el presente caso la intimidad y la seguridad de todos van a operar como límite de límites utilizando la ponderación como solución unívoca en los conflictos de derechos fundamentales y al amparo del sistema de contrapesos que definen el derecho.

Pese a que ya hemos observado que en la legislación estatal se contempla el derecho y el deber del ciudadano a la colaboración⁵²⁰ ante esta potestad administrativa, el aparato

⁵¹⁸ La coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello, y la sanción es un medio represivo que se pone en marcha porque la obligación no se ha cumplido. La STS de 5 de junio de 2018 que pasamos a citar dedica un fundamento de derecho a diferenciar la sanción de la multa coercitiva. “*Medidas encaminadas por la administración con el fin de vencer la resistencia del destinatario a cumplir una decisión administrativa*”. Como diferencia entre la compulsión y la coacción directa recordamos lo expuesto por IÑAKI AGIRREZKUENAGA_ “*El objeto de la compulsión y de la coacción directa pueden ser distintos puesto que la compulsión sólo se dirige sobre las obligaciones personalísimas de no hacer y soportar, mientras que la coacción directa cabe, además emplearla también ante obligaciones de dar o hacer inmediato. En segundo lugar, la compulsión «sensu estricto» sólo cabe utilizarla sobre personas sin embargo la coacción directa podrá ser empleada sobre animales, cosa en general y actividades o servicios. Por último, la compulsión exige a mi juicio una procedimentalización previa manifestada a través de una orden o acto escrito, mientras que la forma habitual de manifestación de la coacción directa es a través de una fuerza o sin procedimentalización previa en ejecución de una orden verbal*”. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa...*, op.cit., p. 50, 198 y 261. Señalando la urgencia como título habilitante de la coacción directa y como supuestos: La detención policial, entrada en domicilio, uso de armas, uso de la fuerza por los militares, etc.

⁵¹⁹ Vid. Legalidad, Proporcionalidad y Eficacia.

⁵²⁰ Sobre el deber de colaboración. A. HUERGO LORA (2018), *Problemas actuales del derecho...*, op.cit., p. 46.

organizativo local unido a las dificultades de la materia, hace que pocas veces pueda realizarse de forma voluntaria y sin que haya que recurrir a otras técnicas coercitivas.

Una vez consiguieran salvarse los escollos relatados que permitieran llevar a cabo esta actividad inspectora, la misma pudiera no culminar con éxito por la colaboración o no del propio interesado.

Huelga decir que el principio de autotutela ejecutiva es predicable para todos los actos de la Administración local entre los que podemos incluir las actividades inspectoras, sin embargo, esta autotutela presenta ciertas reservas para el ejercicio en esta materia. Encontramos numerosa legislación sectorial donde en su parte relegada a la inspección suele tipificar infracciones administrativas de obstrucción⁵²¹, resistencia, o simplemente de no colaboración o no atendimento a la inspección a riesgo de constituir incluso en algún caso, delito de desobediencia o de resistencia.

Además de las sanciones o penas correspondientes a esas conductas obstructoras, las negativas a cumplir los deberes con la inspección pueden dar lugar a otro género de efectos negativos. Por ejemplo, los arts. 37.1 e) y 46.2 LGS establecen como consecuencia de los incumplimientos de los deberes con la inspección, el reintegro de la subvención. En la Ley Orgánica 7/2006 derogada por Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva se reconocía el “*derecho a no someterse a la prueba*” de dopaje, pero de inmediato añade que esta negativa “*constituirá prueba suficiente a efectos de reprimir la conducta del deportista*”. (Art. 6).

A pesar de lo expuesto y de la autotutela precitada, la ejecución forzosa⁵²² en los actos de inspección no cabe por cualquier medio y modo. Si la obstrucción y negativa persiste, el

⁵²¹ J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 146-147. A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, op.cit., p. 160.

⁵²² Sobre el encaje de la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto en las potestades administrativas es destacable la STC 22/1984 de 17 de febrero de la que se hace eco la STS de 26 de marzo de 1986 RJ 1986\1527. “*Algunas potestades administrativas tienen su fundamento inmediato en la Constitución y son por ellas reconocidas e incluso, en algún aspecto, configuradas como se ha visto en el supuesto de la potestad sancionadora y ocurre también con la reglamentaria, en el artículo 105. Otras en cambio son obra directa de la Ley y sólo por ella pueden ser habilitadas las Administraciones públicas para el ejercicio de tales prerrogativas. En el caso de la potestad «ejecutoria» que permite la autoejecución de sus resoluciones por la propia Administración que las dictó, el Tribunal Constitucional ha declarado que «se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución», como desarrollo del principio de eficacia, «como sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», que proclama el artículo 103, párrafo 1.º -Sentencia de 17 de febrero de 1984 (RTC 1984\22)-. Ahora bien, la potestad ejecutoria tiene su fundamento en el artículo 33 de la Ley de régimen*

medio previsto en la norma de procedimiento para completar la inspección no es otro que la compulsión sobre las personas. Sin embargo, El TC ha discutido este medio en un supuesto como el anterior entre otras en su STC 107/1985, de 7 de octubre: “*Nadie puede ser coercitivamente compelido, con fuerza física a la verificación de este tipo de análisis*”. En similares términos, el ATC 61/1983, de 16 de febrero admitió el “*derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba*”⁵²³ invocando el derecho a la intimidad proveniente de un genérico de seguridad que “*ut supra*” tratamos de enunciar.

Por ende, autorización judicial y auxilio de fuerza pública son los dos conceptos claves que raramente no son necesarios para finalizar con éxito la actuación inspectora en las pequeñas EELL por dos principales motivos:

En primer lugar, la autorización judicial parece necesaria para toda entrada en un domicilio sin consentimiento del titular⁵²⁴ a tenor de lo previsto en uno de los derechos fundamentales del Título I, Capítulo II, Sección I de la CE. Esta premisa queda extendida por la actual LPACAP que desarrolla el art. 100.3 por reenvío del art. 18 LPACAP a “*los restantes lugares que requieran autorización de su titular*”. Teniendo que practicarse en numerosas ocasiones las inspecciones en lugares o zonas que pudieran transgredir el derecho a la intimidad que venimos evocando.

A mayor abundamiento el artículo 8.6 de la LJCA, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa concreta que: “*Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso – Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular,*

jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\1058, 1178 y NDL 25852), así como en los artículos 44 y 101 de la que regula el procedimiento administrativo. No se está ahora dentro del ámbito de las excepciones a la inmediata ejecutividad que contienen estas mismas normas, así que en el momento actual el problema se constriñe a saber si tal efectividad de los actos administrativos ha de predicarse de cualquiera de ellos a lo largo del itinerario procedimental (como parece inducirse de la expresión literal) o sólo de aquellos que ponen fin a la vía administrativa por haber adquirido firmeza”.

⁵²³ No parece que exista “*a priori*” ningún problema en el caso de los incumplimientos normativos que afectan a la Administración local. (Urbanismo, Medio Ambiente, Venta ambulante, vid Capítulo V) son materias que se pueden inspeccionar “*desde fuera*” y lo prevén las normativas sectoriales, por lo que no sería necesaria ninguna ejecución forzosa. Distinto sería la entrada a bares, restaurantes o determinados locales, donde se prevé el auxilio de fuerza pública tal y como veremos a continuación.

⁵²⁴ I. CORTÉS (30 de marzo 2021), “Los juristas corrigen a Interior: no se puede tirar la puerta de un piso turístico”, *elconfidencial.com*, https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-03-30/los-juristas-corrigen-a-interior-no-se-puede-tirar-la-puerta-de-un-piso-turistico_3014520/

siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública”.

Éstas son las dos clases de circunstancias que pueden darse, no imputables por fin al funcionamiento o estructura de la Administración local, que pudieran frustrar la inspección:

- Que el lugar a inspeccionar pueda tener la condición de domicilio y el interesado no consienta la entrada por lo que se requerirá autorización judicial y auxilio de fuerza pública en aras a garantizar la seguridad ciudadana⁵²⁵.
- Que sin ser domicilio no se nos permita la entrada, procediendo a su obstaculización por parte de los ciudadanos para lo que se requerirá igualmente al auxilio, y la actuación quedará tipificada como infracción grave del art. 36.13 de la LOPSC⁵²⁶.

6.5.1. ACERCA DE CUÁNDO SE CONSIDERA NECESARIO RECARAR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Domicilio

Al albor de estos dos problemáticos supuestos no cabe sino intentar precisar con cierto detalle aquellos donde es necesario el consentimiento o autorización judicial para practicar la inspección y a tenor de la ley, el domicilio analizado con precisión por

⁵²⁵ Véanse los arts. 18 y ss. de la LOPSC, que operan como un “cajón de sastre” por parte de las FCSE en la figura de la inspección administrativa o como apoyo genérico a la Administración local. Además de lo previsto en la LOPSC, la LOFCSE detalla diversas funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que pudieran operar como un deber genérico de inspección y en el que como sujeto pasivo aparecerían las menores EELL. En primer lugar, como funciones de las mismas se prevé en su artículo 11, “velar por el cumplimiento general de la ley, investigación y vigilancia de los edificios públicos, recabar información etc.”. Resolviendo la recurrente duda en el ámbito municipal entre Policía y Guardia Civil respecto al ámbito territorial, y correspondiendo a la Guardia Civil esta competencia en los pequeños núcleos de población. En materia de tráfico, incluso careciendo de policía local, es posible llevar a término esta potestad a través de las denuncias formuladas por cualquier funcionario municipal o incluso por efectivos de la Guardia Civil, previo convenio administrativo de colaboración suscrito con el Ministerio del Interior a través de la Delegación Provincial de Tráfico, a quien competirá la potestad sancionadora. Es más, en el caso de carecer de ordenanza municipal, no es inconveniente para instruir y tramitar el oportuno expediente sancionador al aplicarse directamente el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación (RGC).

⁵²⁶ Art. 36.13. “La negativa de acceso o la obstrucción deliberada de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en esta Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronave”.

diversos autores⁵²⁷ así como “*los restantes lugares que requieran autorización del titular*”.

En cuanto al alcance que deba darse al concepto constitucional de domicilio se ha ido perfilando por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional declarando que el concepto constitucional es más amplio que el utilizado por otras normas de derecho cuando lo vinculan al lugar en que han de ejercerse los derechos y cumplirse las obligaciones, o incluso el lugar donde puede ser localizada una persona.

Se trata de una protección o extensión del derecho a la intimidad, de proteger una supuesta violación del espacio vital más íntimo de una persona⁵²⁸. Como se dice en la sentencia citada⁵²⁹ constituye “*un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima*”.

Más específicamente se ha delimitado progresivamente el concepto en casos puntuales, siendo de destacar las consideraciones que se hacen en el Auto del Tribunal Constitucional 290/2004, de 19 de julio que, examinando su propia jurisprudencia y el alcance del domicilio a los efectos de la protección constitucional, declara que en principio “*no cabe considerar como protegidos por el precepto fundamental los locales destinados a almacén de mercancías, los que estaban destinados a bar y un almacén, las oficinas de una empresa de la que el recurrente era representante legal, la cochera destinada a almacén, ni, en general, los locales abiertos al público pues no se puede confundir el domicilio Derecho público fundamental de personas físicas y jurídicas, y cualquier local cerrado (pues...) el régimen aplicable al primero no es -ni tiene por qué serlo- extensible en su totalidad al segundo*”⁵³⁰.

⁵²⁷ A. HUERGO LORA, M. L. LÓPEZ HUGUET (2008), “El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el Derecho romano y significado actual”, *REDUR*, núm. 6, p. 69-94.

⁵²⁸ Lo que se persigue proclamando la prohibición de entrada en domicilio sin autorización judicial es la protección de la intimidad personal y familiar en un espacio de privacidad reconocido en el art. 18. No debemos confundir este derecho, por tanto, con la libertad de empresa ni con la protección de la propiedad privada. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 178.

⁵²⁹ STC 10/2002 de 17 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 2829/94. Planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla respecto del art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio: Entrada y registro en las habitaciones de un hotel. Derogación del precepto legal.

⁵³⁰ Locales abiertos al público como bares y almacenes vs locales cerrados. Puede considerarse que esa casuística ha sido acogida en el artículo 51 de la vetusta Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, cuya redacción fue reformada por el artículo 76.1 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Conforme a dicho precepto debe entenderse que se

Así pues, con esto, una primera interpretación pudiera abarcar el concepto de domicilio con el lugar que al que se pretenda acceder tenga limitado ese acceso público para quedar prohibida la entrada sin el consentimiento del titular y, consecuentemente, es necesario en caso de exigirse la entrada obtener la previa autorización judicial.

De otra parte, si la precitada excluye locales, almacenes o empresas de acceso público, la Sentencia 69/1999, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional, más restrictiva que la anterior, distingue de una parte la inviolabilidad del domicilio de la protección de los inmuebles, al declarar que: *“Respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 CE garantiza [SSTC 149/1991, de 4 de julio fundamento jurídico 6º y 76/1992, de 14 de mayo fundamento jurídico 3º b), así como, respecto a distintos locales, los AATC 272/1985, de 24 de abril, 349/1988, de 16 de marzo, 171/1989, de 3 de abril, 198/1991, de 1 de julio, 58/1992, de 2 de marzo, 223/1993, de 9 de julio y 333/1993, de 10 de noviembre]. Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”*.

Y matiza el concepto de *“domicilio inviolable”* en cuanto a su extensión o no al domicilio de las personas jurídicas al *“ser estas titulares de ciertos espacios que por la actividad que en ellos se lleva a cabo requieren una protección frente a la intromisión ajena”* extrapolación que no se libra de reservas por cuanto: *“Cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y,*

exige esa autorización judicial para todos *“los locales cerrados sin acceso al público”*, entre los que se encuentran necesariamente el domicilio de todas las personas, en sentido estricto, ya se trate del domicilio de una persona física o de una persona jurídica.

en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros⁵³¹”.

Restantes lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular.

Explicado el concepto de domicilio, Más costosa parece ser la estricta interpretación de la locución “o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular” que no es consecuencia sino de la jurisprudencia que ha hecho extensivo este derecho abarcando también la protección en cierto modo del derecho a la propiedad privada teniendo en cuenta que el art 96.3 de la LRJPAC hablaba únicamente de domicilio.

Se pueden hacer seguidamente dos interpretaciones:

Una primera entiende que solamente se precisa la autorización judicial para entrar en las fincas en las que exista un obstáculo, un cierre o valla, o algo que impida la libre entrada de los extraños (jurisprudencia citada de lugar o local cerrado vs local abierto al público). Según esta interpretación, no haría falta la autorización judicial para entrar en solares abiertos o fincas rústicas sin vallas. Esta interpretación ofrece sus riesgos, por cuanto la obligación de respetar una propiedad privada entendemos que es independiente del hecho físico y accidental o de que esté o no vallada o no.

Sin embargo, pese a que hemos visto que el concepto de propiedad privada no es el mismo que el de inviolabilidad de domicilio (intimidad) por un criterio garantista parecen unificarse. Así, una segunda interpretación, entiende que se exige la autorización judicial para entrar en cualquier propiedad privada siempre y cuando la Administración no disponga del consentimiento de su propietario. Juzgamos más acertado este criterio, más garantista, y así a falta de una clara legislación, el propietario puede oponerse a que la

⁵³¹ Además en la STC 137/1985, de 17 de octubre el tribunal reconoce este derecho fundamental utilizando la siguiente argumentación: “Ausente de nuestro ordenamiento constitucional un precepto similar al que integra el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, parece claro que nuestro texto constitucional al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas siendo pues extensivo o predicable a las personas jurídicas, habiéndose pronunciado este tribunal respecto a otros derechos fundamentales...”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit., p. 174.

Administración pública ocupe cualquier propiedad privada sin la autorización del juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

En virtud de esta interpretación poco pacífica, la necesidad de autorización de entrada en domicilio se extendería no sólo a las viviendas en sentido estricto, sino también a los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del titular si para la ejecución subsidiaria fuera preciso el acceso por mínima que sea la propiedad⁵³².

El procedimiento para la autorización será otorgado mediante Auto por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, tal como refiere el 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en el mismo sentido, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998⁵³³, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ese auto concretará un plazo de vigencia de la autorización. Una vez obtenido, el Ayuntamiento comunicará al administrado su existencia, así como el día y hora en la que se procederá a realizar la ejecución forzosa.

6.5.2. LA AUTORIZACIÓN COMO INSPECCIÓN PREVIA O COMO RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. LA ENTRADA EN ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS Y LA LIMPIEZA DE FINCAS.

Distinguimos en este caso dos supuestos (uno de ellos ya diferenciado y distanciado cronológicamente cuando materializábamos la inspección en el boletín previo o denuncia que iniciaría el futuro sancionador) emblemáticos en nuestros pequeños municipios. De una parte, la entrada como acto de inspección previa y fuera del procedimiento, para la averiguación de ciertos hechos constitutivos o sospechosos de infracción (residuos, nave industrial, actividad prohibida en local), y de otra, la necesaria para llevar a cabo la ejecución forzosa de un acto administrativo previamente dictado y desatendido en el marco de una resolución administrativa o una medida provisional previa. (Desahucio, recuperación de oficio, retirada de vehículos nave privada).

⁵³² La Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019 (rec.2818/2017) atendiendo a la facultad inspectora, ha argumentado que cualquier justificación de investigación no comporta obtener automáticamente esa autorización de entrada en el domicilio, sino que la entrada en el domicilio queda subordinada a la justificación de haber agotado la diligencia para obtener la información apetecida por sus medios e incluso formulando requerimientos o citaciones al sujeto pasivo tributario.

⁵³³ De hecho, la autorización del art. 8.6 de la LJCA no distingue entre domicilio y lugares con consentimiento del titular.

Para el primero de los supuestos, si inicialmente hemos hablado de autotutela, surge la duda de la compulsión o ejecución forzosa de un acto administrativo el cual está fuera del procedimiento. Por cuanto en este caso necesitaríamos procedimentarlo⁵³⁴, la Administración no puede proceder a la ejecución forzosa de un acto administrativo sin antes haber dictado la resolución previa que sirva de fundamento. Es por ello que el requerimiento administrativo previo para solicitar el consentimiento del afectado tras una primera denegación estableciendo un plazo prudencial de visita, sería necesario para la compulsión. De hecho, el Juez competente deberá al menos efectuar o controlar la apariencia de legalidad del acto que se pretende ejecutar. En esta línea la STSJCYL 172/2020, de 19 de febrero de 2020 expone que: *“El Juez competente para otorgar la autorización para entrar en domicilio o en los demás lugares indicados en el artículo 87.2 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 y en el artículo 8.5 de la Ley Jurisdiccional 29/98 EDL 1998/44323, no actúa de un modo automático debe de controlar, además de que el interesado es efectivamente el titular del domicilio, local o lugar para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto como se expone en el auto impugnado no corresponde al mismo efectuar un control de la legalidad del acto que se trata de ejecutar, lo que ha de realizarse en su caso a través de los recursos correspondientes, sino que el objeto del mismo es verificar la apariencia de legalidad de dicho acto con el fin de evitar que se produzcan entradas arbitrarias. En consecuencia, siendo la autorización de entrada en la finca rústica mencionada en el auto impugnado una actuación necesaria para la ejecución del acto administrativo adoptado en la Resolución de la Alcaldía de 3 de abril de 2001, y proporcionada para la efectividad de dicha resolución procede confirmar el auto apelado”*.

⁵³⁴ Diferente doctrina en este asunto exhaustivamente explicada por el autor y entrando en el clásico debate entre la compulsión sobre las personas y la coacción administrativa directa. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa...*, *op.cit.*, p. 392, 393 y 402. Lo que parece limitar la LPACAP es que la administración pública inicie ninguna actuación material que limite los derechos de los particulares sin que previamente adopte la decisión que le sirva de fundamento. Luego que no exista acto administrativo expreso no quiere decir que no exista una decisión. Para concluir diciendo que incluso en los casos de coacción administrativa directa donde por la urgencia intrínseca a esta actuación material o por la influencia del factor tiempo motivada por la urgencia, la no existencia de procedimiento expreso no confirma la ausencia de acto previo. Este extremo parece superado por el artículo 97 de la LPACAP que habla de resolución y no de decisión.

Para nuestro segundo supuesto, la STSJ de Madrid 390/2010, de 25 de marzo de 2010, dictada por parte del Tribunal Superior de justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso – Administrativo, en aplicación de los precedentes artículos, establece en su Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 6º, lo necesario para los casos de que esa actuación inspectora fuera el último extremo de un procedimiento administrativo estableciendo que: *“Ahora bien, la actuación de la Administración debe respetar los derechos fundamentales y, en consecuencia, cuando la ejecución forzosa realizada en un procedimiento administrativo por la Administración, en virtud de la llamada autotutela de ejecutar sus propias decisiones, requiere la entrada o el registro en el domicilio de una persona entra en colisión el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el art.18 CE con la potestad de la Administración de auto tutela o de ejecución de sus propios actos, por lo que para llevarla a cabo no basta el título que ordena la ejecución sino que es preciso dar cumplimiento a los requisitos del art. 18 CE), y en consecuencia a falta de consentimiento del titular se precisa resolución judicial que autorice la entrada en domicilio (STC 2ª S 17-02-84, núm. 22/1984)”*.

Pasamos así a describir la problemática enunciada acerca de la supuesta entrada en establecimientos públicos. En primer lugar, mencionaremos la autorización previa cuando sea necesaria la inspección en bares o establecimientos públicos en aras a un futuro procedimiento sancionador por ruidos, salubridad o consumo de alcohol.

En este caso al tratarse de materias no propiamente relacionadas con la seguridad ciudadana, la inspección deberá encomendarse a los *“técnicos municipales”* o funcionarios competentes en la materia y subsidiariamente a los servicios de inspección de la Diputación Provincial y/u órgano de cooperación, quedando relegada la presencia de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los supuestos de auxilio citados con anterioridad, donde tras los antecedentes expuestos y una vez descritos los locales públicos, podemos afirmar que no se precisa autorización judicial como norma general⁵³⁵.

⁵³⁵ Así lo recuerda entre las citadas la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000, que señala que: *“El local comercial registrado no es domicilio a efectos constitucionales del artículo 18.2 de la Constitución y entra dentro de la definición extensiva de lugares públicos que el artículo 547.3 de la Ley procesal penal establece a efectos de lo prevenido en el Tít. VIII, del Libro II de la misma y, como tales, quedan fuera de la tutela del artículo 18.2 de la Constitución y no les son de aplicación las reglas procesales que la Ley prevé para los registros domiciliarios. Es doctrina de la Sala que para el registro de los locales de recreo tales como pubs, bares o restaurantes no se precisa una previa resolución que lo autorice, ni la asistencia de Secretario Judicial pues al no ser domicilio no se afecta el derecho a la intimidad”*.

En el caso de las inspecciones para si el establecimiento público cuenta o no con la pertinente autorización, su ejecución no resulta demasiado problemática puesto que, en principio, en la mayoría de municipios de España se obliga a los titulares de las licencias de obras a que en un lugar visible de la misma expongan el número de licencia y el organismo que la concedió para mejor control por las autoridades. Por ello, si el vecino cumple con su deber, podremos saber si “*a priori*” tiene licencia sin necesidad de poner en controversia la idea de la vulneración de los derechos fundamentales con la correspondiente denuncia.

Por lo que refiere a la entrada en fincas rústicas o solares urbanos particulares, no se trata propiamente de una actuación inspectora previa como la anterior, sino que suele surgir ya de la desatención de los mandatos de prohibición y órdenes de ejecución donde el Ayuntamiento compele al particular a ejercer sus deberes con el suelo rustico o con los inmuebles de su titularidad y que tras un periodo voluntario para su realización y haberse desoído⁵³⁶ se pone en marcha el procedimiento de ejecución subsidiaria del art. 100 LPACAP.

Mantenemos, siguiendo el criterio reseñado en la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Castilla-León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 19-2-2002 donde se autoriza la entrada a finca rústica, que si existiese cualquier tipo de impedimento y no concurriese el consentimiento del titular, lo conveniente y prudente “*para no correr riesgos innecesarios en la medida en que el suelo de la finca constituye un lugar cerrado*” será que el Ayuntamiento se dirija al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente, e invocando el artículo 8.6 de la LJCA, solicite la autorización judicial para la entrada en la propiedad privada del afectado y ejecutar forzosamente aquel acto. Por un criterio garantista consideramos necesaria la solicitud de autorización protegiendo el derecho de propiedad y la regla civil de que aunque las fincas no estén cerradas se entienden acotadas.

Vemos como se ha derivado o extendido el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio a la “*prudencia de no correr riesgos innecesarios al tratarse de un lugar*”

⁵³⁶ Art. 84 de la LBRL y art. 97 de la LPACAP.

cerrado y no abierto al público”, protegiendo de este modo de manera indiscutible el derecho de propiedad⁵³⁷.

La primera interpretación realizada en la exposición acerca de *“los restantes lugares donde sea pertinente recabar el consentimiento del titular”*, parece ser tumbada por este juzgado por la regla civil de que la inexistencia de un vallado o cerramiento en una finca no debe traducirse en la ausencia de límites o acotamiento del predio, quedando prohibido en todo caso el acceso de cualquier particular.

La segunda conclusión parece ir de la mano a que la inspección debe ceder en todo caso ante los derechos fundamentales si no hay una habilitación legal específica o una autorización judicial; entre otros términos, por el alcance ya expuesto de la legislación básica estatal acerca de la función inspectora (Art. 4.2 LRJSP).

7. EL ESTATUTO DEL PERSONAL INSPECTOR LOCAL. EL ALCALDE Y LOS CONCEJALES COMO INSPECTORES.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que regulara el servicio de inspección de trabajo, registra por primera vez una variedad de estatuto del personal inspector. En sus arts. 12 y siguientes enuncia las competencias que habrían de reunir los inspectores (edad, nacionalidad, capacidad, formación), entre las que se incluye ser de moralidad intachable, carácter firme e independiente, voluntad decidida y poseer trato adecuado a la difícil misión que han de desempeñar. Por su parte el artículo 21 de esta misma norma, advierte, que: *“La misión de los inspectores debe tener un carácter preventivo tanto como represivo...⁵³⁸”*.

En primer lugar, tengamos en cuenta que el Tribunal Supremo ha declarado que los inspectores no son fedatarios públicos, sin embargo, los hechos que constaten deben tener valor probatorio, lo cual parece vincular en la resolución posterior del órgano competente lo acordado en el acta a salvo de que se demuestre lo contrario.

⁵³⁷ Decreto de 11 de junio de 1813 que declara cerradas y acotadas las fincas de propiedad particular.

⁵³⁸ En cuanto a las cualidades (actitudes y aptitudes), imparcialidad y especialización parecen ser claves para el órgano competente de la inspección. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 44.

La condición de inspector en los Ayuntamientos (empleado público o no), así como su tipología (funcionario, personal laboral o contrista), ha sido puesta en entredicho tanto por la legislación estatal como por la legislación sectorial⁵³⁹.

Habiendo labrado ya cierto trabajo en la parte procedimental acerca de las actuaciones previas o inspectoras y reservando lo dispuesto en la legislación sectorial⁵⁴⁰, la normativa remite como órgano competente bien al órgano “*que tuviera atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia*”, o supletoriamente “*al encargado para la incoación del procedimiento*”.

7.1. EL INSPECTOR Y LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD.

El órgano o sujeto competente de nuestras EELL más afortunadas, es el técnico que tuviera asignadas funciones de investigación o control por la materia aparejada, ya fuera medio ambiente, urbanismo, turismo, venta ambulante o servicios sociales⁵⁴¹.

Partiendo de un método cartesiano que nos permita afirmar alguna nítida idea para atribuir estos cometidos, en abundante normativa autonómica y en la regulación básica estatal se configura el personal inspector con la condición de funcionario y de agente de autoridad. El propio artículo 77.5 de la LPACAP, se refiere a los hechos constatados por “*funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad*”, por tales hay que entender siguiendo entre otras, a la STS de 25 de febrero de 1998, los actos de

⁵³⁹ “*Súmese a ello que estas potestades están de ordinario atribuidas a cada uno de los inspectores que deciden individual sobre su ejercicio y, a su vez disponen sobre su ejecución material, de modo que, en un fenómeno anómalo, el oficio, no ya siquiera la unidad administrativa, se convierte en órgano de relevancia externa. Está aquí en gran medida la justificación de que muchas normas, además de exigir la condición de funcionario, califiquen a los inspectores como autoridad, aunque otras muchas hayan preferido catalogarlos como agentes de la autoridad. Sea como fuere, estas calificaciones inusuales fuera del ámbito de la inspección ponen de manifiesto la peculiaridad de las potestades inspectoras...*”. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 139-144.

⁵⁴⁰ Veremos que se trata de una de las carencias existentes en la legislación sectorial, unida a la imposibilidad práctica de llevar a cabo sus proposiciones en la Administración local en el caso de su regulación. Su vacío parece recordarnos al afamado “*técnico competente*” de “*cajón de sastre*” en el ámbito municipal, bien a través de sujetos privados, laboral, interinos o funcionarios. Vid. Capítulo V.

⁵⁴¹ Los funcionarios propios aún quedan regulados en el TRRL (Art. 167) Aunque nos hemos referido a la subescala técnica, las distintas subescalas de funcionarios propios de la corporación local pudieran realizar labores de investigación. Aludimos al “*técnico*” por ser la denominación utilizada en la mayoría de municipios en sentido más figurado que literal para realizar esta tarea.

funcionarios y agentes encargados⁵⁴² del servicio de que se trate, y siempre que actúen en el ejercicio de una función pública inherente a su cargo que autorice la constatación directa de hechos infractores.

La tendencia general⁵⁴³, es la reserva a funcionario al que además se le añade la condición de autoridad pues es clara la actual LPACAP pese a la inicial jurisprudencia⁵⁴⁴.

Empero, esa doble reserva no quiere decir que el resto de empleados públicos no puedan inspeccionar, sino que este doble criterio (funcionario y autoridad) parece quedar rebajado únicamente a la presunción de tales documentos⁵⁴⁵. Ello no obsta a que otros empleados públicos puedan llevar a cabo funciones de inspección tal y como acredita la legislación sectorial a la que hemos hecho referencia, alterándose “*el funcionario inspector*” con “*los encargados del servicio de inspección*”. Sin embargo, y mencionando una vez más el art. 77 de la LPACAP, la presunción de certeza de las actas quedará reservada a “*los funcionarios a los que se reconozca la condición de autoridad*” que no serán otros que los actos de funcionarios y agentes encargados del servicio de que se trate.

7.2. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS A LOS QUE SE RECONOCE LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD. FUNCIONARIO O PERSONAL LABORAL.

La afirmación nos resulta paradójica, desde el punto y hora que las funciones de autoridad en el empleo público están reservadas a funcionarios o funcionarios de carrera; por tanto, cualquier funcionario acreditado para labores de inspección tendrá la consideración de autoridad en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁴² Esta sentencia, y en la misma línea la Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1979, ya sostiene que las denuncias de infracciones, o actos de comprobación directa de las mismas por parte de los agentes de la autoridad especialmente encargados del servicio, deben gozar de un cierto valor probatorio.

⁵⁴³ Veremos la reserva a inspección por sujetos privados y el valor de sus actuaciones en las STS de 22 de septiembre, 16 de abril y 20 de diciembre de 2002.

⁵⁴⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función...*, *op.cit.*, p. 70.

⁵⁴⁵ Esto es una muestra más de la conexión entre inspección y sanción. Las leyes van imponiendo que el inspector sea funcionario para culminar con éxito la prueba en un sancionador actuando el valor probatorio como una garantía en las ulteriores alegaciones del particular y posterior instrucción.

Es la STC 37/2002, de 14 de febrero al analizar el TC el segundo inciso del art. 92.2 precedente a la nueva redacción por la LRSAL, la que de manera transparente expone que es cierto que en el mismo no se ha desarrollado cuáles han de ser las funciones reservadas al estatuto funcionarial ni si éstas se tratan de un *“numerus clausus o apertus”* abriendo paso al desarrollo reglamentario. Sin embargo, añade que *“tal remisión no puede considerarse incondicionada o carente de límites pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar, en su desarrollo, la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y cuáles son las garantías de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública”*. Afirmando que esos criterios, aunque genéricos en su formulación, imponen una efectiva sujeción en la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial.

Se completa lo anterior con el razonamiento de que ese artículo 92.2 contiene una determinación que sería por sí suficiente de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, *“a sensu contrario”*, de las que no pueden ser encomendadas a personal contratado. Y, con referencia directa a ese segundo inciso, se dice que ese personal contratado no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia⁵⁴⁶. Así se recuerda y reproduce por jurisprudencia en la STS de 9 de julio de 2012 donde se discutía un proceso de modificación de RPT, recordándose en la misma la reserva de plazas de auxiliar relacionadas con potestades públicas a personal funcionario y que deben asignarse a ellos las tareas de apoyo administrativo e instrumental. La sentencia recuerda asimismo que ante la duda ha de convocarse plaza de funcionario cuando dispone que *“con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos”*.

Luego añade que se exceptúan de esa regla general y podrán desempeñarse por personal laboral: *“Los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, los puestos cuyas*

⁵⁴⁶ Acerca de la separación de funciones entre personal laboral y funcionario. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función...*, op.cit., p. 69. Ibídem, p. 70. Remite a la antigua LMRFP para delimitar los puestos que pueden ser ocupados por laborales.

actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos. Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicio sociales y protección de menores. Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño. Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares y los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo⁵⁴⁷”.

Concluyendo que puede existir personal laboral que participe de manera auxiliar en el ejercicio de potestades administrativas o públicas siempre y cuando esté sujeto a la dirección y control inmediato superior de un funcionario de carrera⁵⁴⁸.

Por tanto, además de ser clave la delimitación de funciones que establezca la RPT y su previsión respecto a la reserva de puesto, las funciones administrativas con carácter general han de ser desempeñadas por funcionarios (entendemos que todo acto de la Administración ha de salvaguardar los intereses generales por mandato del art. 103 de la CE). Y que, además, si implica la participación directa o indirecta en las potestades públicas, se hace estrictamente necesario salvo que se traten de meras funciones de apoyo o instrumento⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ En la misma línea y tras la modificación del art. 15.1c de la Ley 30/1984 de 2 de agosto la STC 99/1987 de 11 de junio.

⁵⁴⁸ J. E. QUESADA LUMBRERAS (2011), “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”, *REALA*, núm. 317, p. 143-173. Vid. STSJ de Madrid N.º 548/2018 de 19 de septiembre.

⁵⁴⁹ Toda vez explicada la reserva de que no todo ejercicio de potestad en el empleo público conlleva un ejercicio de autoridad, sino sólo aquel susceptible de generar perjuicio o efecto gravoso en el interesado. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.*

De tales límites podemos concluir que:

- Aquellos puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho (ajenos o no a su organización) y por ello sean relevantes esas notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcionario.
- Corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas que han sido enunciadas.
- Consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo del personal laboral estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado con ese expreso carácter contractual y no estatutario, esté bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de tales puestos, por sus específicas características, difieren de las funciones “*ut supra*” referidas.

Por lo que, dicho por pasiva, la implicación en potestades públicas en la salvaguarda de intereses generales, y con garantía de imparcialidad e independencia, conlleva el ejercicio de autoridad en la función pública⁵⁵⁰.

De lo expuesto también deducimos que este término de autoridad, más que una función sería una condición, esto es, al ejercer potestades públicas y salvaguarda de los intereses generales el funcionario reviste de una condición de autoridad, inferida de ese ejercicio de una potestad pública que interrelaciona en los derechos individuales de los particulares como la potestad inspectora⁵⁵¹.

⁵⁵⁰ S. DEL SAZ CORDERO (1995), “La laboralización de la función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección”, *Documentación Administrativa*, núm. 243.

⁵⁵¹ STC 178/2019, de 18 de diciembre. El Pleno del TC estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el presidente del Gobierno contra varios preceptos de la LF 23/2018 de 19 Noviembre de las Policías de Navarra, y declara inconstitucional y nulo, por contravenir el art. 92.3 LBRL, el art. 24.2, que otorga la consideración de autoridad a los auxiliares de policía local. Además, declara la inconstitucionalidad de los preceptos referidos a la prestación supramunicipal de los servicios de policía local y a la dispensa de uniformidad de los policías municipales, en el primer caso por vulnerar las competencias estatales en materia de seguridad pública, y en el segundo por contrariar la LOFCSE. Explica el Constitucional que “*la norma estatal es clara en el sentido de considerar funciones públicas reservadas a funcionarios aquellas que, en el ámbito local, impliquen ejercicio de autoridad, y que consecuentemente limita la condición de agente de la autoridad a los funcionarios al servicio de la Administración local, entre los que, según la propia LF 23/2018, se encuentran los policías locales. Por ello, dado que por disposición legal los auxiliares no son funcionarios públicos, sino personal contratado temporalmente en régimen administrativo, no es posible que se les atribuya, en el ejercicio de sus tareas de asistencia a la policía local, la condición de agente de la autoridad incurriendo así el precepto recurrido*”

7.3. EL FUNCIONARIO INSPECTOR EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. DE CARRERA O INTERINO.

La primera enmienda (al hilo de la carestía del personal municipal en los pequeños municipios) surge al analizar qué tipo de empleado público (art. 8 TREBEP y 89 LBRL) pudiera realizar funciones inspectoras. Las páginas que preceden parecen haber conseguido acreditar que estas funciones habrán de estar reservadas a funcionarios al implicar potestades públicas y salvaguarda de intereses generales, sin embargo, este hecho tampoco parece estar a salvo de pugna, abriéndose la liza sobre si pudieran realizarse las mismas por funcionarios interinos o de manera exclusiva habrán de ocuparse por funcionarios de carrera.

Para muestra cabe aquí de realizar una digresión en favor de la STS que trata la delimitación o determinación de materias reservadas al funcionario de carrera respecto del funcionario interino en la Administración local (Sentencia N°828/2019 de 14 de junio de la Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo) acerca de la Ley Balear 4/2013, de 17 de julio, de Policías locales, personal que cuando existe en los municipios tal y como hemos visto, suele ser el encargado de gran parte de funciones inspectoras.

Observamos en primer lugar qué dice la legislación básica estatal (TREBEP) respecto a la legislación local, (LBRL) también de carácter básico, acerca de los funcionarios de Carrera.

Artículo. 9. TREBEP:

“2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

en una contradicción insalvable por vía interpretativa que determina la inconstitucionalidad y nulidad de su inciso teniendo a los efectos anteriores la consideración de Agentes de la autoridad”.

Artículo. 92 LBRL:

“3. Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrera, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

No resulta necesario agudizar los sentidos de manera exacerbada para hallar la diferencia existente entre lo dispuesto en el TREBEP y en la nueva redacción dada a la LBRL por la LRSAL.

Si bien en el TREBEP se reserva al término funcionarios públicos el ejercicio de las potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado; para el caso de los funcionarios locales, estas materias son reservadas a funcionarios de carrera.

Hasta la fecha, el alto tribunal había realizado una interpretación teleológica de la norma de tal manera que no contradijera el TREBEP, sin embargo, en la precitada sentencia el TS cambia la interpretación vigente y opta por el principio de especialidad de la ley, entendiendo que si el legislador ha decidido atribuir el término “*de carrera*” al ejercicio de potestades públicas se ha de interpretar en términos estrictos⁵⁵².

Con esta interpretación parecía tumbarse gran parte del personal local. De mano una gran parte de los FALHN en pequeños municipios ocupados por funcionarios interinos; y siguiendo por los funcionarios propios interinos que ejercían potestades públicas

⁵⁵² **FJ SÉPTIMO.** “A la vista de lo argumentado en el fundamento anterior ninguna duda había respecto a que existía ya una reserva legal respecto a los puestos de policía local que debían ser cubiertos por funcionarios, por lo que la inclusión en el 2013 en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local del término «de carrera» da a entender una mayor restricción al concepto con las diferencias más arriba señaladas entre el apartado 1 y el tercero del art. 92 LBRL. Así la pura literalidad de la nueva redacción del art. 92.3 LBRL confiere cobertura a la interpretación de la Sala de Bilbao modificándose, por razón del cambio legislativo, el criterio sostenido en la STS de 12 de febrero de 1999, casación en interés de ley 5635/1998. R. CASACION/922/2017. En consecuencia, tras la modificación del art.92.3 LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre no resulta ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad, dada la regulación especial de la norma frente al carácter general sentado en el apartado 1 con remisión al EBEP”.

(administrativos, técnicos, policías locales); todos los cuales debieran adaptarse a la sentencia precitada no pudiendo desempeñar su puesto de trabajo.

Pero con los vaivenes a que el Derecho administrativo acostumbra cuando se blanden las espadas de los dos grandes tribunales, las aguas parecen volver a su cauce. La STC 106/2019 de 19 de septiembre concluye que el artículo 41 de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears y la Disposición Transitoria Segunda del Decreto-ley de Illes Balears 1/2017, de 13 de enero no son inconstitucionales y por tanto, avala el nombramiento de policías locales interinos.

Los razonamientos del TC en cuanto a la hermenéutica del artículo 92.3 de la LBRL (fundamento Jurídico 9º) van en la línea siguiente: *“En la interpretación del art. 92 LBRL a los efectos de este proceso constitucional, debe tenerse presente que en el seno de la LBRL, la expresión «funcionarios de carrera» se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos. Así resulta del art. 89, que abre su Título VII dedicado al «Personal al servicio de las Entidades locales», y que no ha sido modificado ni por la LEEP de 2007 ni por la Ley 27/2013”*.

En suma, la sentencia parece concluir que:

- La expresión *“funcionarios de carrera”* contenida en el artículo 92.3 LBRL se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos tal y como se desprende de lo dispuesto del art. 89 LBRL en relación art. 8 TREBEP.
- La expresión *“funcionarios de carrera”* nunca ha sido interpretada en el sentido de excluir al funcionario interino, sino todo lo contrario, este personal ha existido siempre y sigue existiendo, de hecho, la vocación de su nombramiento lo es para tareas propias de funcionarios de carrera.
- Interpretar este artículo tal y como lo hizo cuando se pronunció sobre esta cuestión la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de junio de 2019 (rec. de casación 922/2017), impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier cuerpo o escala de las entidades que integran la Administración local.

Esta interpretación parece ser acorde al espíritu de la norma pues el límite del funcionario interino no es tanto a las funciones sino las circunstancias de su nombramiento⁵⁵³. Recordemos que el art. 10 del TREBEP establece que a los funcionarios interinos se les nombrará para “*funciones propias de funcionarios de carrera*” siempre y cuando, eso sí, se den las circunstancias de excepcionalidad que menciona el precepto.

7.4. EL PERSONAL INSPECTOR EN LA LEY DE CONTRATOS. EL CONTRATO DE SERVICIOS Y LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL.

Las Administraciones locales que, a pesar de carecer de funcionarios, cuenten entre su personal con aquellos “*que pudieran hacer*” funciones de inspección (cuestión harto distinta de personal que tenga atribuidas y debidamente tasadas en una relación de puestos de trabajo la función inspectora) dispondrán de laboral fijo, indefinido, o en otro caso la figura del contrato de servicios, de la cual en esta parte nos atrevemos a explicar su problemática. Todo ello parece encajar a golpes en la inspección al reservarse en la normativa como una función de autoridad y por ende reservada a funcionario (de carrera o interino) una vez debatida ya la problemática.

No obstante, pese a que hemos batallado en favor de que el valor probatorio de las actas de inspección estaría reservado a funcionarios que gozaran de autoridad, se abre la puerta para practicar denuncias a sujetos privados o personal laboral, posteriormente ratificadas por funcionarios. Así encontramos cierto tipo de empleados de la Administración local que pudieran practicar estas tareas a través de dos situaciones jurídicas bien distintas: El

⁵⁵³ No podemos compartir los razonamientos del TC respecto a lo que quiso decir el legislador tras la modificación de la LBRL. No debemos confundir funcionario de carrera con funcionario interino. Si bien ambos entran dentro del supra concepto de empleados públicos o de funcionarios públicos, la integración de los funcionarios interinos en el marco de los funcionarios de carrera, produce una confusión de funciones y categorías que nunca ha pretendido el legislador. Artículo 10. Funcionarios interinos. “*Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias*”. Sobre la situación del funcionario interino huelga mencionar que el artículo 1 del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio por el que se aprueban «*medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*», incluye una nueva redacción del artículo 10 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público que, de acuerdo con la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco (Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999), pretende reforzar la noción de temporalidad de la figura del personal funcionario interino y delimitar claramente la naturaleza de la relación que lo une con la Administración.

personal laboral como empleado público del Ayuntamiento y el contrato de servicios externo⁵⁵⁴.

Para el caso del personal laboral, líneas anteriores hemos descrito que, por las tareas a realizar en el marco de la potestad inspectora y para que ésta se cumpla con plenas garantías, no le serían encajables en su relación laboral sino más bien serían propias de una relación estatutaria sujeta al interés general. Sin embargo, no podemos proclamar la imposibilidad de realizar funciones inspectoras, sino que el valor de sus investigaciones no gozaría de las prerrogativas previstas a los funcionarios.

Incluso para el caso de que no sólo realizara una inspección previa a modo de denuncia, sino que el personal laboral participara en actuaciones inspectoras propias de funcionarios suplantando potestades, la jurisprudencia ha calificado en nuestra comunidad dicho vicio de anulabilidad. Al respecto, la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2009, en expediente de aprobación del presupuesto municipal extrapolable a nuestro caso, declara su anulabilidad y retroacción de actuaciones, por cuanto los informes que deben acompañar al presupuesto habían sido elaborados por personas no cualificadas conforme se exige por la correspondiente normativa. Así entiende el TSJ que se ocasiona una indefensión en aquellos que han de tomar las medidas correspondientes a la hora de aprobar estos presupuestos⁵⁵⁵.

En cuanto a las denuncias o actos del “*personal contratado*” La jurisprudencia ha negado la presunción de veracidad a los controladores del estacionamiento vigilado de vehículos en algunos municipios al entender que son empleados de empresas privadas que contratan con los Ayuntamientos la regulación del aparcamiento vigilado y, por ello, su simple

⁵⁵⁴ Sobre los orígenes del contrato de servicios recordamos lo dispuesto con acierto por la autora. “*A pesar de que el reconocimiento de los contratos administrativos ya había comenzado con la Ley de la Jurisdicción de 2 de abril de 1845 (aunque solo desde el punto de vista de su control jurisdiccional), no es hasta más de un siglo después cuando se inicia el primer paso en el modesto reconocimiento del primigenio antecedente administrativo de los contratos de servicios, a través de autorizaciones a los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura para concertar directamente por razones de urgencia los servicios de técnicos para el estudio de proyectos de la competencia de dichos departamentos, hasta llegar a la regulación de los mismos como contratos de estudios y servicios que celebre la Administración con empresas consultoras, por medio del Decreto 916/1968, de 4 de abril*”. E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2018), “Del contrato de servicios: [artículos 308-311]”, en: J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, P. BOCOS REDONDO, *Contratación del sector público local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

⁵⁵⁵ Sobre el vicio de validez del que adolece un acto o acuerdo al carecer del informe del FHCN Vid. Capítulo X.

denuncia equivale a la de un particular de modo que si no es atestiguada por pruebas posteriores carece de fuerza suficiente para acreditar el hecho denunciado⁵⁵⁶.

La STS de 23 de noviembre de 1993 en recurso de casación en interés de ley precisó que estos profesionales no sólo no son agentes de la autoridad, sino que ni siquiera tienen la condición de auxiliares de la policía municipal, lo que descarta la presunción de veracidad de sus declaraciones. Ahora bien, otras sentencias como las de 22 de septiembre, 16 de abril y 20 de diciembre de 2002, entre otras, también han señalado que la doctrina anterior no significa que esas denuncias carezcan de todo valor a efectos de acreditar la infracción correspondiente pues, siendo equiparable a la denuncia de un mero particular, siempre será un elemento probatorio a tener en cuenta conjugándolo con el resto de circunstancias que puedan dar o negar verosimilitud a la misma y constituyendo un elemento de valoración discrecional (aunque razonablemente apreciada) por parte del órgano administrativo al que compete sancionar⁵⁵⁷.

Los contratos administrativos de servicios que encubran una relación laboral o aquellos que regulen funciones reservadas a funcionarios públicos son contratos celebrados en fraude de ley tal y como ha delimitado la jurisprudencia y posteriormente ha tenido reflejo en la legislación vigente con las consecuencias que de ello se infieren; esto es, la relación laboral de carácter fijo o la nulidad de la contratación. Remárquense los dos fraudes de

⁵⁵⁶ En cualquier caso, tras una etapa inicial, en la que se anularon muchas sanciones impuestas sobre la única base probatoria ofrecida por las denuncias de tales controladores (por todas, STS de 1 de octubre de 1991), el TS ha comenzado a admitir su validez. Así en la STS de 4 de octubre de 1996 frente a la tesis de la citada sentencia de 1991 que niega el valor de prueba testifical, la ratificación de la denuncia por parte del controlador en el procedimiento sancionador, el TS entiende que *“esa doctrina es errónea toda vez que el denunciante que presencia un hecho ilícito, penal o administrativo, no deja de ser testigo por la circunstancia de poner los hechos (denunciar) a la autoridad competente. Por otro lado, preciso es tener en cuenta que una cosa es la calificación como prueba de cargo de la ratificación hecha por el denunciante respecto de la denuncia por él formulada, y otra distinta la valoración que pueda darse posteriormente a esa prueba, no puede, por ello, excluirse como prueba de cargo a la ratificación de los denunciantes en relación con los hechos de que se trate, sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse dicha prueba y de las demás que se hayan aportado a las actuaciones”*. T. CANO CAMPOS (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, Madrid: Iustel, p. 197.

⁵⁵⁷ Debemos distinguir el funcionario que realiza el acta de inspección del personal de apoyo que si podría tratarse de laboral o contratado. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 121, 156 y 160. Sobre el contrato de servicios. L. E. FLORES DOMÍNGUEZ (2019), *Guía sobre las funciones de secretaría. La secretaría de las entidades locales desde una perspectiva práctica y actual*, Madrid: Consejo General de Cosital. SJCA de Segovia de 17 de enero de 2018. FD 3: *“Los contratos administrativos de servicios deben reputarse fraudulentos cuando encubran verdaderas relaciones laborales que lesionen los derechos de los trabajadores o supongan el desempeño de funciones reservadas al personal funcionario, que infringiría los principios rectores de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público”*.

Ley que han quedado delimitados legalmente en los contratos de servicios y concesión de servicios⁵⁵⁸ por existir una “*desviación del cauce legal previsto*”:

- La atribución de funciones que debieran ser desempeñadas por funcionarios públicos a los que se reconoce la condición de autoridad.
- La existencia de una relación laboral y no de un contrato administrativo⁵⁵⁹.

Ya el anterior TRLCSP y la actual LCSP prohíben la contratación de servicios de autoridad, esto es, la reserva de la contratación para funciones reservadas a funcionarios o funcionarios interinos con las reservas dispuestas.

Parece indudable que la LPACAP y la línea jurisprudencial al respecto, reservan la condición de funcionario a la certeza de las actas, o el distinto carácter de una verdadera acta de inspección a un informe previo tratándose de actividades que debiera desarrollar un funcionario independiente. No obstante, son comunes algunas contraindicaciones jurídicas en la normativa autonómica como lo dispuesto en el art. 266 de la Ley de Aragón que pretende homologar al “*funcionario con otro personal cuya relación contractual comporte similares garantías*”. Ergo ¿es posible que una relación contractual comporte similares garantías a un funcionario?: “*Las actas y diligencias extendidas por los inspectores urbanísticos tienen la naturaleza de documentos públicos y constituyen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario. A efectos de la fe pública a que se refiere este apartado, se entiende por inspector urbanístico el funcionario público o persona al servicio de la Administración cuya*

⁵⁵⁸ Sobre la distinción entre contrato de servicios y contrato concesión. “*Este cambio supone una transformación en los contratos de servicios de mayor calado, cual es que ya no se definen por su objeto, puesto que el mismo puede ser también contratado a través de un contrato de concesión de servicios, sino por otros criterios no en todo caso jurídicos. Esta metamorfosis que, como ya se ha dicho, se ha gestado en la Unión Europea, ha llevado a consecuencias esenciales en la propia definición del contrato de servicios y sus contornos en las propias directivas*”. L. E. FLORES DOMÍNGUEZ (2019), *Guía sobre las funciones...*, op.cit., p. 383.

⁵⁵⁹ “*Efectivamente, hasta la nueva regulación, en el caso de los contratos de servicios se pretendía cubrir aquellas carencias, especialmente de tipo personal, que impiden a la Administración llevar a cabo sus obligaciones, por tratarse, en muchos casos, de actividades que por su alto componente intelectual, así como por el grado de conocimiento y especialidad y la titulación que se exige del contratista, deriva en la ausencia de personal funcional o laboral que disponga de tales características, pero también físico o material en el resto de supuestos de servicios, y siempre que sea de carácter excepcional u ocasional, en el sentido de no tratarse de una necesidad constante que llevaría a la obligación de dotar de una plaza en la plantilla*”. E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2018), “Una visión general de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época*, núm. 21, p. 108.

relación contractual comporte similares garantías de imparcialidad y cualificación, que tenga entre sus funciones la realización de labores de inspección urbanística”.

La respuesta tras todo lo expuesto no puede dejar de ser negativa. EL funcionario tiene una condición estatutaria, funciones delimitadas. Además, este artículo parece mostrarnos otro tipo de relación jurídica encubierta, puesto que la Administración además mediante la figura del personal laboral o a través de un contrato de servicios, también se situará en una relación contractual con el inspector.

En el ámbito contractual ya se intentó dirimir cuando existía una relación estatutaria y cuando podía darse una relación contractual (arts. 275 vs 301 del TRLCSP) limitando los contratos de servicios y de gestión de servicios en *“aquellos que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”*.

La primera duda que nos surge, aquí ya solventada, es a qué nos estamos refiriendo con ejercicio de funciones de *“autoridad inherente a los poderes públicos”* que, para la Administración local, estas potestades públicas son el elenco de potestades administrativas recogidas en el art. 4 de la LBRL dentro de lo ya expresado para las tareas reservadas a funcionarios y la posibilidad de su desempeño por personal laboral.

La actual LCSP, va un paso más allá y no sólo limita en los arts. 284 y 17 el ejercicio de funciones de autoridad⁵⁶⁰ inherente a los poderes públicos para los contratos de concesión de servicios y de servicios respectivamente, sino que viene a materializar lo dispuesto por la jurisprudencia acerca de cuándo existe una relación laboral al establecer en su artículo 308 la imposibilidad de contratar personal a través de un contrato de servicios, y la imposibilidad de consolidar el personal de la empresa contratista como personal municipal.

Con esto entendemos que lo que está prohibiendo la Administración no es la contratación de personal de todo tipo, sino que prohíbe la ocultación de una relación laboral a través de un contrato de servicios.

⁵⁶⁰ Sobre el concepto de autoridad. Nuevamente EDUARDO GAMERO: *“Se es autoridad, en este caso por el conocimiento especializado que el sujeto que interviene en la producción del acto ostenta y el reconocimiento del mismo por el ordenamiento jurídico, así como por sus facultades decisorias. Desplazándose así desde un ámbito orgánico a uno funcional”*. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, op.cit., p. 280. GAMERO insiste en que el ejercicio de autoridad no va implícito en todas las potestades des administrativas sino únicamente en aquellas desfavorables, de gravamen o coerción para los interesados.

Resumo los aspectos referidos por la jurisprudencia con el fin de precisar el límite entre las relaciones laborales y las relaciones de servicios⁵⁶¹, en otras palabras, averiguar de manera real cuál es la relación jurídica que vincula al trabajador con la Administración Pública, o si por el contrario el vínculo únicamente existe con la empresa contratista⁵⁶².

Contrato de servicios.

Es un contrato administrativo de resultado y para unas necesidades puntuales, nunca para una actividad continua y a salvo de existir personal en la Administración que pueda realizar esas tareas⁵⁶³. En todo caso siempre y cuando no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales⁵⁶⁴.

A sensu contrario la relación laboral hace referencia a una necesidad permanente de la Administración y no de la contratación puntual de un servicio. Es más, ha de presumirse cuando “*el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia*”. Hay relación laboral cuando los trabajadores contratados como un contrato de servicios realizan las mismas funciones y tareas que los empleados públicos y además actúan bajo la organización y dependencia directa de órganos del Ayuntamiento. A modo de resumen podemos separar:

- Cuando el contratista actúa bajo las órdenes e instrucciones del Jefe del Departamento.
- Cuando utilizan los medios electrónicos, informáticos o habituales y técnicos de la Administración pública al carecer de una propia estructura empresarial.

⁵⁶¹ Sobre la indefinición del contrato de servicios EVA MENÉNDEZ apunta a decir que: “*en la LCSP la definición del contrato de servicios sigue prácticamente intacta respecto a la normativa anterior, basándose en la exclusión respecto a las obras y suministros. Lo que contribuye de forma más intensa a su indefinición, dado que, si ya con la normativa anterior se entendía que existía una importante deficiencia que impregnaba su concepción y, en consecuencia, conllevaba la dificultad de delimitarla respecto de otras figuras propias de esta rama del Derecho, pero también de otras disciplinas como el Derecho civil, el laboral o el mercantil, hoy todo ello se ha visto incrementado con la nueva LCSP*”. E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2018), *Una visión general...*, op.cit., p. 107.

⁵⁶² Sentencia del TSJ C. Valenciana de 16 de febrero de 2007, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1999, Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, Sala de lo Social, STS de 25 de septiembre de 2014, número 2416/2013, rec. 1826/2013. STS de 19 de junio de 2012, con cita de las Sentencias de 21 de julio de 2011, de 22 de diciembre de 2011 y de 16 de mayo de 2012.

⁵⁶³ Vid. Informe de insuficiencia de medios. Art. 116 LCSP.

⁵⁶⁴ E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2009), *Los contratos de servicios del sector público*, Madrid: Thomson Reuters.

(Órdenes y dirección emitidas directamente por personal de la institución municipal).

- Cuando el contratista asume mismo horario, reuniones y tareas que los demás.

Concisamente, el valor probatorio de las actuaciones inspectoras (cuestión ésta ya acusada por PARADA⁵⁶⁵), ha sido una materia solucionada atribuyendo estas misiones al personal funcionario. Sin embargo, la ausencia de empleados públicos que operen con las debidas garantías en parangón al “*Ius Puniendi*” penal⁵⁶⁶ sigue vigente.

Pese a la figura del Whistleblowing transpuesto en la figura del denunciante colaborador, la participación por sujetos privados en la inspección no parece hacedera cuando se trate de un verdadero ejercicio de potestades administrativas. Argumentando en esta línea MARTI BAGUÉ⁵⁶⁷ que el problema de la posibilidad de un ejercicio privado de actividades de inspección mediante fórmulas concesionales deviene en que “*en los casos en que la inspección implique un desenvolvimiento de la potestad de imperium, esto es, que para llevarla a cabo sea necesario hacer uso de dicha potestad, la Administración no podrá delegar en un sujeto privado la inspección, pues la potestad de imperium es una potestad propia y exclusivo a de la Administración y no puede ponerla en manos de un administrador*”⁵⁶⁸. Por lo que respecta a la autoinspección o control autónomo, podemos argumentar que pudiera ser un mecanismo efectivo de inspección rutinaria⁵⁶⁹ y

⁵⁶⁵ Vid. Capítulo III.

⁵⁶⁶ Una vez más es el Derecho penal el que sale al rescate de estas labores administrativas castigando con penas de prisión de tres a seis años el fraudulento ejercicio de estas potestades administrativas falseando alguna de las siguientes actuaciones con las subsecuentes conductas tipificadas en el Capítulo II del Título XVIII. Sobre el rescate del Derecho penal. “*Toda esta cuestión se da en el seno de las relaciones administrativas, demandan una actuación de las LOFCSE en el ejercicio de las funciones que tienen constitucionalmente encomendadas. Y, sin embargo, el Derecho administrativo deja literalmente huérfanas de regulación estas funciones netamente administrativas, de manera que el Derecho penal ha venido a cubrir esta laguna cuando el régimen natural de una actividad administrativa, que se da en el seno del poder ejecutivo, debiera ser el Derecho administrativo*” F. J. BAUZA MARTORELL (2019), *El uso de la fuerza...*, op.cit., p. 22. Art. 390.1. “*Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*”.

⁵⁶⁷ J. A. MARTÍ BAGUÉ (1977), “Inspección”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII. Barcelona: F. Seix.

⁵⁶⁸ Regulación en el TREBEP. Secreto de las comunicaciones de los inspectores arts. 52 y 53 TREBEP.

⁵⁶⁹ Como ejemplo se puede citar el actual control horario de la jornada. Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y

control ordinario constante. Sin embargo, las inspecciones administrativas de parte de las EELL deben ser imprevisibles y extraordinarias de tal manera que el autocontrol puede facilitar y complementar el control público, pero en ningún caso podrá sustituirlo⁵⁷⁰.

7.5. LA INSPECCIÓN POR EL ÓRGANO COMPETENTE PARA LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

El órgano que incoe el procedimiento sancionador⁵⁷¹ podrá practicar actuaciones de investigación previas en cualesquiera materias de competencia local subsidiaria o de manera coetánea al órgano competente local para practicar la inspección (art. 55 LPACAP).

Además, en reiterados preceptos de la normativa sectorial⁵⁷², incluso en la LPSPV (Art. 30) se atribuye la competencia para las actuaciones inspectoras al órgano competente para dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador.

La atribución a la alcaldía para dictar el acuerdo de iniciación del procedimiento ya ha sido acreditada en el ámbito procedimental, y por un semejante cauce, se permite a la misma figura ejercer las actuaciones administrativas previas que de manera exclusiva materializan la inspección en las EELL.

El art. 21 letra d) ya faculta al alcalde para “*dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales*”, atribución delegable conforme a la normativa básica y reglamentaria de Régimen local.

horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Resumiéndose en que los sujetos privados únicamente realizan denuncias a nivel del particular y técnicas de compliance.

⁵⁷⁰ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 171.

⁵⁷¹ Ya referimos que no sólo un sancionador se inicia con la práctica de la inspección, pudiéndose incoar la responsabilidad patrimonial, fomento o cualquier procedimiento administrativo común.

⁵⁷² Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid. “*Con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la necesidad o no de iniciar dicho procedimiento. La información previa tendrá carácter reservado y será realizada por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por quien determine el órgano competente para iniciar el procedimiento*”.

Luego la posibilidad de que el alcalde, o corporativo en quien delegue, esté facultado para realizar funciones o actuaciones inspectoras parece irrefutable con lo expuesto, si bien más discutible pudiera ser el valor probatorio de sus actuaciones o de los informes emitidos quedando siempre libre la vía de la denuncia a nivel de particular. Recordando, en este sentido, las sentencias STS de 16 de abril y 20 de diciembre de 2002 anteriormente mencionadas.

La presunción probatoria ha quedado reservada al funcionario en ejercicio de autoridad. De un aparte el alcalde no podrá ser funcionario de la corporación, y si lo fuere deberá optar por una de las dos situaciones (art. 74 LBRL). Sin embargo, su condición de autoridad tanto de éste como de los corporativos, es perfectamente contrastable al menos en el ámbito penal tras la modificación de los arts. 550 y 24 por el artículo único de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que aprueba el CP.

La corporación puede libremente inspeccionar obras y servicios locales con arreglo a Ley, pero además este rango de autoridad posibilitaría defender la presunción probatoria de las mismas. Es cierto que ya hemos visto que se atribuye de modo exclusivo a funcionarios el ejercicio de potestades públicas, ergo si hay ciertas potestades públicas atribuidas directamente a personal político y también su ejercicio, ¿Porque no va a derivarse idéntica presunción⁵⁷³?

El actual art. 283 de la LECRIM, define como auxiliares de jueces y tribunales amen de constituir la policía Judicial: Los alcaldes, los Tenientes de alcalde y alcaldes de Barrio. Por anquilosado que nos suene este artículo parece repetir lo dispuesto en el art. 191 de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, luego cierto valor parece darles aún la normativa vigente a las actuaciones de los corporativos en materia de “*seguridad pública*”⁵⁷⁴.

A la tesis anterior se suma la STS de 14 de marzo de 2001 la cual no desvirtúa de manera genérica los informes o certificados emitidos por los corporativos. En primer lugar, no niega de manera categórica el valor probatorio de informes o actuaciones de los alcaldes

⁵⁷³ Vid. Capítulo V sobre el ejercicio de potestades administrativas reservadas a funcionarios. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, op.cit.

⁵⁷⁴ Ese gran concepto jurídico dimanante del orden público del que parece nacer el supra concepto de “*Ius Puniendi*”.

siempre y cuando ofrezcan una mínima seguridad de acuerdo con las reglas de la “*sana crítica*”. De otra parte, para reconocer cierto valor probatorio, es necesario que se haya practicado una efectiva inspección material y empírica, no una opinión y consideración donde conste que la actuación vulnera propiamente la norma administrativa.

Observemos la respuesta del Instituto de Tráfico y Seguridad Vial ante la cuestión de la posibilidad de inicio de un procedimiento sancionador por hechos que puedan constituir infracción a partir de su conocimiento o simplemente través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo sin la presencia de un boletín de denuncia de la policía local y únicamente por la constatación de los hechos por el alcalde.

Parece responder el Instituto de Tráfico que es obvio, que a tenor de lo que indica el precepto transcrito, el órgano competente pueda incoar el procedimiento sancionador cuando tenga conocimiento de la “*notitia criminis*” a través de cualquier medio posible. Sin embargo, la captación de imágenes o toma de mediciones a través de cualquier dispositivo automático requerirá en todo caso de las comprobaciones metrológicas oportunas y la emisión de los informes por los funcionarios competentes, que tengan el valor probatorio suficiente⁵⁷⁵.

La resolución del Defensor del Pueblo Andaluz, formulada en la queja 11/4574 dirigida a un Ayuntamiento, por el contrario, disenta del valor de las actas de los corporativos, pero únicamente por no gozar de las condiciones previstas “*ex lege*” sin entrar en la valoración de fondo de las mismas: “*...debe entenderse que efectivamente el alcalde, como órgano competente, a la hora de decidir la tramitación de la denuncia, valorará para tomar su decisión el hecho de que se trata de un persona experta en la materia, es decir de un agente de la autoridad por su condición de Guardia Civil, pero discrepamos claramente con que pueda otorgársele el valor probatorio (reconocido en el artículo 75 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial), que solamente se le reconoce a las denuncias formuladas por los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico. Y ello, por cuanto, en*

⁵⁷⁵ A. TSCHUSCHKE GUERRA (2004), “Conocimiento de infracción a través de medios de captación y reproducción de imágenes y su validez para incoar el procedimiento sancionador”, *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 70, p. 21.

las vías urbanas, los agentes de la Guardia Civil no son los encargados de la vigilancia del tráfico, sino los agentes de la Policía Local”.

Sin embargo, otorgando o no el valor probatorio a estas actuaciones ¿es posible que un corporativo pueda ejercer las mismas labores de imparcialidad e independencia que se le presuponen a un funcionario? En el caso contrario debiéramos acometer una reforma en la dermis de la LBRL tal y como desarrollaremos en el siguiente Capítulo.

Conclusiones.

No existe en la Administración local un cuerpo general inspectores o controladores de la legalidad de la actividad exterior del Ayuntamiento⁵⁷⁶, configurándose a lo sumo “*técnicos municipales*” que pudieran realizar ciertas labores de inspección en determinadas materias.

El supuesto de hecho explicado para nuestro pequeño municipio es que no suele existir técnico competente para la inspección, y por tanto es el alcalde el que inspecciona de acuerdo con el Régimen local. Y decimos con arreglo a Ley puesto que en otros casos es un “*técnico municipal*” que mediante la figura del contrato de servicios como dejaba caer la normativa aragonesa (que realiza proyectos o informa licencias) el que elabora un informe técnico a modo de visita o acta de inspección, pero cuya única relación con el Ayuntamiento es o debiera ser de servicios. Con todo, el personal municipal no suele operar de oficio en sus labores investigadoras, sino previa providencia del alcalde para que gire visita e iniciar el procedimiento.

Los técnicos, administrativos, alguaciles o funcionarios no operan de forma libre y autónoma sino de manera dirigida por su superior. Esto es, no controlarán dirigirán o inspeccionarán servicios, obras, o instalaciones municipales y/o de particulares, sino que generalmente actuarán bajo providencia u orden del superior jerárquico (el alcalde como

⁵⁷⁶ Cuando hablamos de actividad exterior nos atrevemos a extender este término a la contratación: El técnico certifica, el contratista ejecuta ambos por orden del alcalde y sin el control del Habilitado Nacional pasivo en las dependencias municipales. A esto se le ha pretendido dar solución con la presencia de la figura del interventor en la recepción de las obras. Vid. Capítulo X. L. E. FLORES DOMÍNGUEZ (2019), *Guía sobre las funciones...*, op.cit. R. JÁÑEZ FRANCO, M. RODRÍGUEZ BARDAL (2021), “El papel de la intervención municipal en la recepción de los contratos administrativos. Una tarea pendiente de concretar”, *El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 1.

jefe de personal⁵⁷⁷) habida cuenta de la inexistencia de una unidad de funcionarios independientes en esta materia⁵⁷⁸. Todas estas disfunciones justificadas generalmente a caballo entre la potestad reglada y discrecional⁵⁷⁹. En estas tres actuaciones encontramos la frustración de la inspección en nuestro municipio tipo:

- Que el alcalde a pesar de ver/conocer infracciones no ordene inspeccionar a los técnicos.
- Que, pese a que los técnicos hayan inspeccionado y levantado acta, el corporativo no ordene la incoación del procedimiento.
- Que el control del personal por parte de la corporación, (Art. 21) limite la libertad de que los empleados públicos pongan por escrito actos inspectores que comprometan las decisiones municipales pese a que estos conozcan las infracciones.

Quedando acreditada la posibilidad de inspección por parte de los miembros electos, difícil independencia e imparcialidad puede predicarse en toda actuación a los corporativos al permitir una labor inspectora a órganos carentes de cualificación⁵⁸⁰.

Lejos de limitar el estado policial, para el caso de nuestra Administración local se ha desplazado una vez más esta potestad a la autoridad política del momento concreto del mandato. Esto nos convierte en una potestad al arbitrio de un político extremadamente

⁵⁷⁷ El control del corporativo sobre el interventor en las funciones del art. 6.4 RCIEL “*La diferencia radica en que, a diferencia de lo propuesto por COSITAL que recomendaba realizar dicha petición de forma directa por parte del interventor el RCIEL exige que este lo realice a través del presidente de la entidad local, lo que indudablemente reduce tremendamente las posibilidades de que dicha asistencia sea finalmente solicitado y por tanto prestada al órgano de control interno*”. G. RIDRUEJO RODRÍGUEZ, P. JIMENEZ RIUS, J. JUEGA CUESTA (2019), *Novedades del control interno local*, Madrid: Francis Lefebvre. Con respecto a la figura del “*indefinido no fijo*” el control por parte de la corporativo es total. Por mucha integridad y honestidad que este funcionario presume de todo equipo de gobierno, la sapiencia de que su puesto de trabajo y sustento está en juego convierte a este tipo de empleados públicos en dóciles y pastueños, complicando su situación hacer uso de la negativa ante cualquier mandato de la corporación

⁵⁷⁸ A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 133. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, *op.cit.*, p. 127.

⁵⁷⁹ “*Punto crítico para el correcto funcionamiento de la inspección urbanística, como de cualquier unidad de inspección, son las garantías de independencia...*”. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, *op.cit.*, p. 143.

⁵⁸⁰ “*La imparcialidad y la especialización son dos claves del órgano de inspección, los inspectores deben tener determinada cualificación para saber qué es lo que deben investigar y para poder valorar los datos que obtengan, por eso existen cuerpos de inspección que deben actuar desde una posición de objetividad sin contaminar de subjetivismos su actuación. Sólo desde el reconocimiento de estas dos cualidades se admite el valor probatorio de las actas que encuentra la fundamentación en la presunción de certeza de las capacidades de los inspectores y no en el mero reconocimiento legal de ese valor probatorio*”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.*, p. 189.

cercano al ciudadano, que se debe a los ciudadanos, y que por cada sanción que imponga de manera directa a muy seguro tiene un voto menos en sus próximos comicios. El resultado de estas dos opciones es el mismo, no se dicta el acuerdo de iniciación frustrándose así el comienzo del aparato represivo y descendiendo el cumplimiento del Derecho administrativo en nuestros pequeños municipios a límites insospechados.

Perfeccionar y sistematizar la inspección en la Administración local, es el destino de esta argumentación. No puede ser el mero paseo del alcalde⁵⁸¹ o concejal de turno y su meditado ejercicio de la potestad discrecionalidad en el ámbito de legalidad, el que decida la incoación del inicio de un sancionador. Han de ser funcionarios independientes, los que con cierta periodicidad giren inspección urbanística, ambiental y sectorial que pongan de manifiesto el grado de cumplimiento del derecho en la Administración destinataria.

La problemática no es distinta en la inspección que lo extendido en el Capítulo de la sanción: Falta de consideración de la estructura política y administrativa de las EELL en el ejercicio de las potestades previstas para el cumplimiento del Derecho administrativo. Tanto así, que el legislador estatal contempla como competencia delegable en las EELL en las letras a) e i) del art. 27 las siguientes materias: “A) *vigilancia y control de la contaminación ambiental* i) *Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales*”.

Esta eficacia y adaptación para el cumplimiento normativo sólo puede combatirse con organización y planificación pues como he venido defendiendo a lo largo de este Capítulo “*la vigencia del principio de eficacia depende de los medios materiales y personales*⁵⁸²”.

⁵⁸¹ Escaso control de una potestad discrecionalidad o de la discrecionalidad en el ejercicio de la misma por el órgano competente. “*Es el órgano competente, aplicado de una norma atributiva de competencia de índole discrecional, quien ponderará qué medida se tomará y cómo se ajustará mejor la acción respecto de la debida observancia del interés público*”. J. I. TRABAGLIA (2020), *Discrecionalidad administrativa...*, *op.cit.*, p. 32.

⁵⁸² L. SAN MIGUEL ARRIBAS (1952), citado por R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, *op.cit.*, p. 135.

8. APÉNDICE

8.1. ORGANISMOS INDEPENDIENTES.

Otra opción que podía haberle quedado al legislador al incrementarse las actuaciones inspectoras y conociendo la carencia de medios de los Ayuntamientos, era elaborar o formar un cuerpo de inspectores estatales o autonómicos que facilitaran la actividad.

La inspección externa ha sido la única solución pacífica ante los reiterados incumplimientos del Derecho administrativo, pues ya en el medievo se defendía que ni *“el Corregidor ni su Teniente no ha de ser natural de la población para la que se elige, pero al contrario el alcalde, regidores o síndicos para serlo en sus pueblos han de ser naturales y vecinos de los mismos⁵⁸³”*.

Reservo un Capítulo especial a la inspección y controles administrativos por parte de otras administraciones, sin embargo, quiero referirme en este momento a cierto ejemplo de autoridad administrativa independiente, así como la consideración de las mismas por la doctrina. Pionera en la materia urbanística es la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística (APLU). Se trata de un instrumento organizativo de colaboración de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivienda de Galicia y de los Ayuntamientos, para mejorar la calidad de la ordenación urbanística y ponerla al servicio de todos los ciudadanos.

La legislación urbanística atribuye a la APLU las competencias en materia de disciplina en suelo rústico⁵⁸⁴ sobre todo el territorio gallego, a las que hay que añadir las delegadas por los Ayuntamientos adheridos. Además, en virtud de la legislación vigente en materia

⁵⁸³ L. SANTAYANA BUSTILLO, F. TOMÁS Y VALIENTE (1979), *Gobierno político de los pueblos de España...*, *op.cit.*, p. 11.

⁵⁸⁴ Vid. Preámbulo LUCYL y RUCYL. De facto, la mayoría de normativa urbanística autonómica reservan *“formalmente”* una garantía del suelo rústico a las autonomías que luego rara vez llega a materializarse. Vid Capítulo VII.

de costas, ostenta también competencias específicas sobre servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre⁵⁸⁵.

Este tipo de organismos tienen la gran ventaja de actuar de manera incondicionada políticamente y de acuerdo únicamente con la lógica del sector, lo que efectiviza en gran medida el cumplimiento del objetivo del interés general⁵⁸⁶ salvaguardando así la independencia con la consecuente neutralidad de la Administración⁵⁸⁷.

8.2. LA INSPECCIÓN Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE EN LAS ENTIDADES LOCALES.

La transposición de la directiva (Directiva 123/2006/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea⁵⁸⁸ y el advenimiento de las normas de adaptación al

⁵⁸⁵ Xunta de Galicia. Axencia de Protección da legalidad urbanística. <https://axenciaurbanistica.xunta.gal/es>. Decreto 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.

⁵⁸⁶ A. HUERGO LORA (2007), *Las sanciones administrativas, op.cit.*

⁵⁸⁷ Las ventajas que ofrecen este tipo de entidades son claras: “*Estos entes son una alternativa para solucionar determinados problemas como son la garantía de bienes constitucionales frente a actividades públicas y privadas, las cuales sirven a intereses igualmente públicos y privados que pueden entrar en conflicto con el bien constitucionalmente garantizado*”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 142 y ss. A. BETANCOR RODRÍGUEZ, J. GARCÍA BELLIDO (2001), “Síntesis general de los estudios comparados de las legislaciones urbanísticas en algunos países occidentales”, *Ciudad y Territorio Estudios territoriales*, núm. 127, p. 87-146. Huelga mencionar también sus principales órganos y fórmulas de nombramiento. Organigrama de la APLU: - La estructura orgánica de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística y la definición de las funciones de cada unidad administrativa vienen establecidas en el Decreto autonómico 51/2008, de él 6 de marzo (DOG núm. 59, de él 27 de marzo). - Decreto 451/2009, de él 23 de diciembre de 2009 (DOG núm. 9, de él 15 de enero) de modificación de Decreto 51/2008, de 6 de marzo, por él que se establece la estructura orgánica de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística. - Decreto 101/2013, de él 27 de junio de 2013 (DOG núm. 125, de él 3 de julio) de modificación de Decreto 51/2008, de 6 de marzo, por él que se establece la estructura orgánica de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística. Órganos Directivos de la APLU: - El consejo ejecutivo, órgano colegiado de dirección y control de la Agencia, formado por el presidente, cuatro vocales en representación de los Ayuntamientos incorporados a la Agencia y cuatro vocales en representación de la comunidad autónoma. - El director, órgano ejecutivo de la Agencia. Pese a su carácter independiente, los vocales de la Agencia siguen siendo nombrados por los alcaldes de los Ayuntamientos asociados: Art.14.3 de sus Estatutos: “*Los/as vocales de representación municipal serán elegidos/as por los/las alcaldes/as de los Ayuntamientos incorporados a la Agencia, reunidos en asamblea convocada al efecto por la Federación Gallega de Municipios y Provincias, cada cuatro años, después de la celebración de las elecciones municipales. En la misma votación se designará el/a vocal que actuará como vicepresidente/a de la Agencia*”.

⁵⁸⁸ A raíz de la directiva comunitaria 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se han aprobado en España dos leyes conocidas coloquialmente como “*Ley Paraguas*” y “*Ley Ómnibus*”: La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio 2006/123 17 y 25/2009. Sobre este asunto: H. VILLAREJO GALENDE (2009), *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada: Comares.

ordenamiento jurídico español (ómnibus y paraguas) trasladaron al ámbito local la eliminación general del control previo que amparaba la resolución del acto reglado.

Todo ello fue reflejado en la nueva redacción dada al art. 84 de la LBRL añadiendo el art. 84 bis y ter, y la ulterior modificación de gran parte de la legislación sectorial con los principales objetivos de reducir cargas administrativas, eliminar obstáculos y favorecer la iniciativa económica privada⁵⁸⁹. Sin embargo, la eliminación del control previo no implicaba una exención de la actividad de control, sino su cambio en el espacio temporal de la actuación administrativa. De tal manera que, con el fin de agilizar los trámites, se permitiera el comienzo casi inmediato al administrado evitando así cualquier dilación burocrática.

Tras la presentación de las declaraciones responsables o comunicaciones previas, comienzan las facultades de comprobación, control e inspección de la Administración. Esto es, la dispensa de ese control previo del acto reglado de la licencia no releva un control de los requisitos de la actividad, que se traslada a un momento concomitante o posterior. Estos documentos deben ser analizados y también debe girarse visita de introspección al local, establecimiento u obra, todo ello con el fin de comprobar que el local se adecúa a la normativa aplicable y al uso que se realiza, de tal manera que quede acreditado de modo fehaciente que la realidad se corresponde a lo comprometido por el ciudadano.

Respecto al momento de la actividad inspectora o lapso de tiempo en el que debe operar la Administración con esta nueva técnica, la Resolución de 9 de diciembre de 2015 de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Madrid, aclara que el control municipal se prolongará *“en el tiempo a lo largo de toda la vida de la actividad mientras esta se continúe ejerciendo”*; de manera que este órgano judicial sujeta dicha actividad no sólo a la normativa vigente en el momento de ser implantada *“sino a la normativa que vaya regulando la concreta actividad de que se trate a lo largo de la vida de la misma”* (FJ 2º).

⁵⁸⁹ Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo y el Decreto-Ley 3/2012, de 19 de octubre, de estímulo de la actividad Comercial, cuyo Título II se dedica a la ampliación del catálogo de actividades de inexigibilidad de licencia para el inicio y desarrollo de las actividades comerciales y servicios.

Esta extensión de la actividad inspectora, y tránsito desde una administración autorizadora a una administración comprobadora no se ha realizado con todas las garantías que inicialmente debió prever el legislador europeo ni de una manera precisamente utópica⁵⁹⁰. La nueva regulación incrementa las obligaciones inspectoras de la administración vigilante presuponiendo la existencia de un aparato inspector en la Administración local con las debidas garantías, lo cual difiere mucho de la realidad⁵⁹¹.

De la lectura del apartado 4 del art. 71 bis de la LRJPAC hoy del actual art. 69.4 LPACAP deducimos que es el ciudadano el que se compromete a la correcta ejecución de la actividad u obra en las condiciones expuestas en el documento electrónico, puesto que de lo contrario la Administración podrá iniciar el procedimiento represivo correspondiente⁵⁹².

El legislador estatal y autonómico han parangonado generalmente la infracción tipificada por la ausencia de licencia, a la ausencia de comunicación y declaración responsable⁵⁹³, extendiendo este tipo infractor además ante la inexactitud o falsedad de la misma⁵⁹⁴. De

⁵⁹⁰ A. NOGUEIRA LOPEZ (2012), *La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y garantías de los ciudadanos*, Madrid: Thomson Reuters.

⁵⁹¹ “Por otra parte, la progresiva renovación de los procedimientos autorizatorios mediante la aplicación de técnicas como la comunicación previa o la declaración responsable producirán muy notables problemas como consecuencia del inadecuado e insuficiente ejercicio de la potestad inspectora en muchos ámbitos”. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 121.

⁵⁹² La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Andalucía de Sevilla de 10 de octubre de 2013 reconoce la necesidad de solicitar la subsanación de deficiencias cuando falten datos esenciales en la Declaración Responsable o Comunicación presentada; de manera que considera como tal la falta de referencia a la clasificación de establecimiento «*hotelero*». Se afirma que la normativa sectorial especificará los datos esenciales, si bien debe requerirse la subsanación de todo dato omitido (sea esencial o no).

⁵⁹³ M. C. NÚÑEZ LOZANO (2011), “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, p. 107-123.

⁵⁹⁴ Ausencia de declaración. Sin perjuicio del expediente sancionador indicado, la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Madrid de 2 de abril de 2014, siguiendo el art. 71 bis de la LRJPAC (hoy, el art. 69.4 de la LPACAP), (FJ 5º). “En sentido muy similar se manifiesta el por su parte, cuando estamos ante una actividad en funcionamiento y en relación con la cual no se ha presentado ninguna documentación pues en este caso deberá requerirse tanto la legalización de las obras, como de la actividad siempre que así lo prevea la normativa autonómica de actividades en relación con la legalización de la misma”. Así lo reconoce la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Cataluña de 23 de junio de 2015, la cual llega a afirmar que, sin ello, no se puede acreditar que el conducto de chimenea construido y la actividad de restaurante “se encuentre autorizado y cumpla con la normativa que le resulta de aplicación”. Cuando se ha realizado de forma clandestina (FJ 3º). Como es lógico en el FJ 4º se especifica que la persona titular de la actividad es quien debe cumplir la orden de retirada de la chimenea ilegalizable, emitida en ese supuesto. Inexactitud o falsedad: Por su parte, la SJCA Nº 12 de Barcelona de 6 de noviembre de 2015 se muestra conforme con la incoación de un procedimiento sancionador con motivo de ejercerse una actividad de club de alterne sin la

una parte, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad reflejada de manera automática, suele traducirse en la adopción de medidas provisionales como la paralización automática de obras y servicios⁵⁹⁵. Con todo, dicha imposibilidad no deberá ser automática en el sentido de tácita u “*ope legis*”, sino que deberá declararse mediante la oportuna resolución (orden de paralización)⁵⁹⁶.

De otra parte, continúa el legislador estatal diciendo que además de las responsabilidades administrativas, podrá determinarse la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento del derecho. Esto viene traducido en la legislación sectorial al inicio conjunto del expediente de infracción urbanística y de restauración de la legalidad⁵⁹⁷ que opera tras la orden de paralización una vez se ha constatado que dicha actividad carece de autorización previa o de declaración responsable, o incluso, cuando dicha declaración responsable no se corresponde con la realidad.

Propuestas.

A mi entender, el legislador estatal o autonómico, tendrá que asistir a las EELL para la elaboración de ordenanzas o normativa interna que regulen una brigada o cuerpo de inspección permanente de actividades y servicios, cosa que tampoco ha ocurrido con la declaración responsable. El parlamentario ha incrementado la actividad inspectora de las

oportuna tramitación cuando se había presentado comunicación previa para ejercer una actividad de salón de belleza. La actividad realmente ejercida venía justificada en un acta de inspección y en declaraciones de personas que en esos momentos se encontraban en el establecimiento (FJ 4º).

⁵⁹⁵ 69.4 LPACAP determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

⁵⁹⁶ FJ 2º de la sentencia del Tribunal Superior de justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 2016.

⁵⁹⁷ La STS de 14 de marzo de 1990 (EC 701/1992) reitera la doctrina expresada en la STS de 24 de mayo de 1985, según la cual: “*El Ordenamiento jurídico debe reaccionar simultáneamente de dos formas: una inmediata, de restablecimiento del orden jurídico perturbado por este ilícito administrativo mediante la legalización de las obras con la correspondiente licencia, si procede, con arreglo a las normas urbanísticas aplicables, y otra que no aparece con este carácter de inmediatez, de sancionar ese ilícito administrativo*”.

EELL sin que esto haya llegado a materializarse o se hayan creado nuevos inspectores para este asunto, a riesgo de la carencia habitual de este estatuto⁵⁹⁸.

La mayoría de los Ayuntamientos pequeños no han desarrollado estos procedimientos mediante ordenanza, ni han adaptado sus inspecciones a lo dispuesto en la normativa, por lo que esta sustitución del control en numerosas ocasiones se ha traducido en reducir el poco control existente que había en las mismas.

A modo de ejemplo para intentar solucionar esta situación, una vez tuviéramos garantizada cierta imparcialidad y eficacia por el personal encargado de esta actividad proponemos la elaboración de planes de inspección y registros de inspección⁵⁹⁹. La elaboración de estos planes podría traducirse en determinaciones concretas que redujeran la discrecionalidad administrativa y por consiguiente el verdadero cumplimiento del Derecho administrativo. La afamada sociedad del riesgo⁶⁰⁰ con el subsecuente frenético avance tecnológico y el cariz que está adoptando el Estado social hace imprescindible un poder inspector que dista mucho de la ejemplaridad en nuestras EELL⁶⁰¹ con todo lo ya expuesto respecto del actual carácter inerte de la denuncia.

8.3. LA TRANSPARENCIA COMO INSTRUMENTO DE INSPECCIÓN EXTERNA.

En primer lugar, conviene precisar que no toda actividad pública de acopio de datos se incluye dentro de la función inspectora, sino que únicamente aquella dirigida a velar por

⁵⁹⁸ “Hoy día la progresiva implantación en el ámbito urbanístico de declaración responsable y comunicación previa en relación con actos de edificación y uso del suelo, comporta una notable ampliación del ámbito funcional de la inspección que, de este modo, ha de verse potenciada en el futuro. Tal es el sentido de la distinción entre la potestad inspectora sobre actividades de titularidad pública, en las que los particulares precisan un título habilitante sobre actividades privadas sujetas a control preventivo mediante autorización administrativa o inscripción en un registro administrativo con carácter constitutivo y sobre actividades privadas liberalizadas mediante comunicación previa o declaración responsable, supuestos todos ellos en los que cumple funciones diferenciadas material y temporalmente”. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit.

⁵⁹⁹ La planificación inspectora, en definitiva, constituye un deseable instrumento reductor de la discrecionalidad que la modula a la hora de seleccionar objeto y sujetos de la inspección. Por eso parece recomendable cierta publicidad de las inspecciones o al menos el conocimiento de las mismas por el ciudadano en aras a no sancionar o reprimir una conducta que había sido perennemente tolerada.

⁶⁰⁰ Sociedad del riesgo. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 136-137, 143 y 243. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit., p. 79.

⁶⁰¹ D. BELL (2006), *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid: Alianza Editorial.

el cumplimiento del ordenamiento jurídico mediante la obligada colaboración de los sujetos privados en determinadas condiciones⁶⁰². Es cierto que esto resulta difícil de distinguir por la acuciante importancia de la materia y por fenómenos como el big data o el poder de la información que la hacen situarse en el epicentro de numerosos controles⁶⁰³.

El principio de transparencia queda consagrado para las EELL amén del art. 7 de la LOEPSF. Este principio se materializa en las mismas a través de la LTAIBG en la que acoge en su ámbito subjetivo a las EELL, y en concreto dentro de las obligaciones de transparencia de la publicidad activa y pasiva que para con el ciudadano impuso la obligación del suministro de información a la AGE bajo el amparo constitucional del art. 149.1.18 y 149.1.14 (DF 8ª) y desarrollado a través de las ordenes 2105/2012 y posterior 2082/2014 (DF 1ª) 1 de octubre y 7 de noviembre respectivamente⁶⁰⁴.

La normativa informativa, o lo que llamábamos investigación, ya estaba plagada de actividades de acopio de información hasta la llegada de la transparencia⁶⁰⁵. Lo que realmente queremos aquí traer a colación es que cuando el Estado se ha preocupado por el cumplimiento de una determinada política pública o de un determinado principio (estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera), ha dotado un aparato inspector y

⁶⁰² F. VELASCO CABALLERO (1998), *La información administrativa al público*, Madrid: Montecorvo.

⁶⁰³ Según STC 96/1996, de 30 de mayo la inspección, se enmarca dentro de las “*potestades públicas de obtener información*”; reconocida en diversos sectores o ámbitos, como tributario, trabajo y seguridad social, sanitario, urbanismo, consumo, turismo, etc.

⁶⁰⁴ En el archivo del primer Ayuntamiento donde tuve oportunidad de trabajar como Secretario-Interventor constaba circular de la Consejería de Fomento Dirección General de Vivienda (N/RFA: M.A.-4020400) que literalmente decía: “*De conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 12/1989 de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, tal y como establece la disposición adicional cuarta de la ley 4/1990 de Presupuestos Generales del Estado se considera estadística de cumplimentación obligatoria la Estadística de Edificación y vivienda. La Estadística de Edificación y Vivienda viene regulada en la Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 29 de mayo de 1989 y en el Decreto 132(1989 de 29 de junio de la Junta de Castilla y León. En el caso que se conceda alguna licencia para obras mayores, en el plazo de los diez primeros días del mes siguiente al de la concesión de dicha licencia se remitirá al Servicio Territorial de Fomento de la provincia correspondiente, el cuestionario de Edificación y Vivienda debidamente cumplimentado por el técnico competente correspondiendo al Ayuntamiento rellenar el último apartado del mismo. Junto con el cuestionario se remitirá la hoja de control en la que se harán constar los datos del Municipio, el mes de referencia, el número de licencias concedidas y el tipo de obras del que se trate (...). En los meses en que no se conceda licencia se mandará, en el mismo plazo, la tarjeta postal en la cual sólo hay que consignar los datos del Municipio y el mes a que se refiera...*”. Ponemos con esto de manifiesto la flexibilidad y rebaje de control de ciertos aspectos de la materia urbanística que otrora eran llevadas a cabo mediante la actual técnica de transparencia.

⁶⁰⁵ LOFCSE art. 11. 1. H, “*Captar y analizar cuantos datos tengan en su poder...*”.

sancionador con carácter externo tanto a la Administración municipal como a los interesados⁶⁰⁶.

¿Qué es la transparencia sino un instrumento que permite la inspección administrativa por parte del Estado ante los posibles incumplimientos en materia económica de las Administraciones locales? No podemos sino considerar la LTAIBG como una “*inspección*”⁶⁰⁷ que establece la Ley estatal para garantizar el cumplimiento normativo⁶⁰⁸. Estas órdenes prevén consecuencias ante su incumplimiento y para dotarlas de mayor eficacia, imparcialidad e independencia, no sólo se reserva a la figura de los funcionarios sino a la de los FALHN (con la abrumadora carga de trabajo que supuso la constitucionalización de este principio al cuerpo de Interventores y Secretarios-Interventores).

Pues bien, en esta tesis de que cuando el Estado o la Administración en cuestión quiere, los medios en derecho exceden, diremos que cuando la materia ha preocupado al legislador estatal se han habilitado los medios externos de control que incluso amenazan con la responsabilidad personal del FHCN ante el inflamamiento de estas obligaciones de suministro de información al Estado⁶⁰⁹ (además de las medidas previstas en el Capítulo IV de la LOEPSF como medidas preventivas, correctivas y coercitivas).

Para la realización de estos principios, y dando vigencia a la subsidiariedad del “*Ius Puniendi*”, es necesario un aparato inspector eficaz que evite la comisión de infracciones

⁶⁰⁶ Sobre el control de la normativa de transparencia Vid. Capítulo VII. También Capítulo III acerca del “*buen gobierno*”.

⁶⁰⁷ Repite así la doctrina que la información siempre ha sido un presupuesto para el adecuado control concibiendo la transparencia con la metáfora de que la luz del sol es el mejor desinfectante para la corrupción.

⁶⁰⁸ “*Como ha precisado Rivero Ortega; antes citado, la genérica actividad pública de acopio de datos comprende la función inspectora, dirigida a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico mediante la obligada colaboración de los sujetos privados. (Martí-Bagué; 1965: 873 y Amenós Álamo; 2000: 49-50) han denominado inspección externa*”. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 127.

⁶⁰⁹ Art. 19. Incumplimiento de la obligación de remisión de información. “*Sin perjuicio de la posible responsabilidad personal que corresponda, el incumplimiento de las obligaciones de remisión de información recogidas en esta Orden, tanto en lo referido a los plazos establecidos, el correcto contenido e idoneidad de los datos requeridos o el modo de envío, dará lugar a un requerimiento de cumplimiento. El requerimiento de cumplimiento indicará el plazo, no superior a quince días naturales, para atender la obligación incumplida con apercibimiento de que transcurrido el mencionado plazo se procederá a dar publicidad al incumplimiento y a la adopción de las medidas automáticas de corrección previstas en el artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.6 de la mencionada Ley*”.

y dejando al sancionador como última ratio. Esta es la verdadera función de la Administración. Como cierre del Capítulo respecto de los problemas discutidos en la tesis, elegimos estas palabras de ALEJANDRO NIETO utilizadas en el preámbulo del reiterado libro de RICARDO RIVERO: *“Los servicios de inspección no actúan automáticamente sino de forma específica respecto de órganos o funcionarios o procedimientos concretos. Cuando surge una sospecha de irregularidad se envía a un inspector o inspectores que estudian sobre el terreno lo que ha sucedido, y, como estos funcionarios disponen de una experiencia y de una información mucho más completa, y mucho más reciente, de la que manejará en su día el juez, sus posibilidades de descubrimiento son amplísimas. Y, sin embargo, también resultan ineficaces por completo debido a las siguientes causas: por lo pronto, sólo actúan cuando se lo ordena su superior, lo que significa que, si desde arriba se pretende ocultar algún caso, sencillamente no se les llama; y, en segundo término, los resultados de su investigación son meramente informativos, es decir, que ellos se limitan a elevar su informe a la superioridad y ésta puede archivarlo sin más por graves que sean las denuncias”*.

V. EL DERECHO PUNITIVO ADMINISTRATIVO DE APLICACIÓN A LAS ENTIDADES LOCALES EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.

1. CONTEXTO: PROLIFERACIÓN DE FINES ADMINISTRATIVOS Y DESPENALIZACIÓN.

La primera proliferación administrativa que mencionamos en la tesis asiste al paso de la policía general a las policías especiales y supuso ya el engrosamiento del orden público de tal manera que los aspectos públicos fueron ganando terreno a los privados. La precitada, empero no es la única, pues este momento queremos contextualizarlo como una nueva “desamortización⁶¹⁰” que se inicia con la constitucionalización del Estado Social en la CE de 1978⁶¹¹ y a la que le siguen la reforma económica y electrónica del Derecho administrativo⁶¹². Los fines administrativos se multiplican⁶¹³ y las actividades administrativas pasan a formar parte de la vida diaria del ciudadano concurriendo incluso en todo o en parte con la actividad privada. Son las propias administraciones las que realizan prestaciones de servicios de toda índole y tienen ahora mismo competencias que en su momento fueron propias del sector privado⁶¹⁴.

Allende la proliferación de fines administrativos, la despenalización⁶¹⁵ opera aquí como un aluvión de contravenciones que engrosan aún más el capítulo de las infracciones de

⁶¹⁰ Queremos referirnos con ello al engrosamiento del poder punitivo de la administración en defecto del Derecho penal. Desamortización de leyes penales para su trasvase a la vía administrativa (despenalización).

⁶¹¹ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función*, op.cit., p. 33.

⁶¹² Nos referimos de una parte a la difusión de normativa en clave económica desde la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera a través de la reforma del art. 135 de la CE el 27 de septiembre de 2011 por el procedimiento ordinario del art.167. (LOEPSF, LRSAL, LTBG, etc.) y de otra a la implantación de la administración electrónica y sus amenazas. (LPACAP, LRJSP, LOPDGDD, ENS, ENI, etc.).

⁶¹³ R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit., p. 79.

⁶¹⁴ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2017), “La remunicipalización de servicios”, *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9.

⁶¹⁵ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., p. 35.

las nuevas Leyes administrativas, esta vez enmarcada en una descentralización autonómica competencial a través del sistema de doble lista.

En otro orden de cosas y aludiendo a la reforma electrónica, la idea de pretender mediante el derecho anticiparse una sociedad en “*perpetuum mobile*”, hace que el legislador obvие todas aquellas variables que van produciéndose en el pequeño lapso de tiempo desde la normación hasta su aplicación sobre todo durante la propia ejecución de la norma.

En resumen, la proliferación de fines administrativos en el Estado Social, la despenalización y la “*inseguridad digital*” de nuestra nueva era, actúan como enhiestos suministradores de preceptos en los títulos reservados a infracciones de la nueva normativa administrativa⁶¹⁶. Normativa que, por ende, quedará imbricada en la Administración local en mayor o menor medida que el legislador sectorial le atribuya la competencia en la materia al tratarse de la administración más cercana al ciudadano (art. 2 LBRL y art. 4.3 CEAL).

La nueva regulación del último Estado de Alarma⁶¹⁷ es un fiel reflejo de cómo lo “*público*” cada vez abarca más ideas y materias hasta el momento propias del sector privado. El desarrollo del comercio y la industria, así como la apertura y regulación del

⁶¹⁶ A. B. CASARES MARCOS (2008), “Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.

⁶¹⁷ Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19, Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, Real Decreto-Ley 24/2020, reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo, Real Decreto-Ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo.

sector privado, sectores no propios del neoliberalismo, son asumidos en gran parte por el Estado en detrimento de las empresas privadas⁶¹⁸.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO LOCAL.

2.1. LA CONCURRENCIA SANCIONADORA DEL LEGISLADOR SECTORIAL.

Las EELL, vienen abastecidas de legislación tanto por parte del Estado como de las CCAA, de ahí deviene su carácter bifronte. El ejercicio sancionador no es una potestad reservada únicamente al Estado, sino que al haberse incardinado en el PAC ha de coexistir el legislador básico con el desarrollo por parte de la normativa autonómica. Así en el FJ 13º de la STC 37/2002, de 14 de febrero puede leerse que: *“Ha de recordarse que la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo (STC156/1995, de 26 de octubre, fundamento jurídico 7) y que las CCAA tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado, pues tal posibilidad es inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos territoriales, debiendo además acomodarse sus disposiciones a las garantías dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (STC 227/1988, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 29)”*.

Esta modulación del concepto de bases⁶¹⁹ no ha estado exenta de pugna, en primer lugar, en lo que refiere a la tipificación de infracciones y sanciones del *“Ius Puniendi”*:

⁶¹⁸ Precio máximo de medicamentos y mascarillas. *“Resolución de 22 de abril de 2020, de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos de 21 de abril de 2020, por el que se establecen importes máximos de venta al público en aplicación de lo previsto en la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19”*.

⁶¹⁹ Debemos distinguir bien la diferencia entre fijar las bases y condiciones básicas. STC 32/1981, de 28 de julio. *“La fijación de las bases no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las EELL, sino que debe permitir opciones diversas. jurisprudencia confirmada por la STC 39/2016, de 3 de marzo. Sobre la extensión de la legislación básica. Vid. Capítulo VIII.*

Primariamente, y dejando a un lado la rica problemática que esta situación provoca, el hecho es que en casi todas las materias existe una concurrencia normativa sancionadora que en el terreno práctico está siendo enjuiciada de manera favorable⁶²⁰ (Estado-CCAA). La STS de 8 de abril de 1997 admite sin vacilar las competencias sancionadoras indistintas porque entiende que aseguran mejor los objetivos de la ley “*por cuanto ante la inactividad de un órgano, los restantes pueden actuar*” opinión perfectamente discutible en la práctica tal y como trataremos de demostrar, entendiendo más certera la aplicación del viejo refranero español de “*unos por otros la casa sin barrer*”.

En segundo lugar, lo que refiere al carácter bifronte de las EELL parece conveniente recordar el primer escalón, esto es, qué sucede con las infracciones administrativas respecto del sometimiento de la legislación sectorial autonómica a la legislación básica y cómo ha de actuar el legislador autonómico para regular una competencia propia de las EELL cuando existe legislación ya en el Estado que tipifica infracciones⁶²¹.

El debate sobre la concurrencia parece aquí cerrado por el TC. La normativa sectorial que no goce de carácter básico⁶²² (autonómica) no podrá minorar las garantías de protección que el legislador estatal haya pretendido con la invocación del “*Ius Puniendi*”. Como no puede ser de otra manera, la legislación autonómica de desarrollo podrá incrementar y

⁶²⁰ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, *op.cit.*, p. 81.

⁶²¹ En estas materias en las que en ocasiones concurren atribuciones autonómicas y locales hace que adquiera especial relevancia el principio de colaboración y cooperación. Las normas autonómicas incorporan mandatos que impulsan la colaboración mediante convenios o asistencia que luego rara vez llegan a materializarse. A. CALONGE VELÁZQUEZ, T. GONZÁLEZ DEL TESO, H. VILLAREJO GALENDE (2007), *Recopilación normativa de régimen local*, Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial.

⁶²² Respecto a la dicotomía legislación básica y legislación de desarrollo, así se pronuncia el TC en materia de medio ambiente: SSTC 149/1991 y 102/1995, de 26 de junio, *en el fundamento jurídico 8*, “*Como se indica en la STC 149/1991, las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones no son sino parte de las normas que enuncian los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta, por lo que aparecen como complemento necesario de las normas sobre protección del medio ambiente. ello permite que, con la finalidad de garantizar unos mínimos de protección comunes a todo el territorio nacional, el Estado pueda establecer con carácter básico un catálogo mínimo de conductas –ampliable por el legislador autonómico– que en todo caso se deberán considerar infracciones administrativas; asimismo, que pueda determinar que algunas de esas conductas tendrán siempre la calificación de infracciones graves (artículo 39.2), y, por último, que pueda establecer los criterios generales para la determinación de la gravedad de las infracciones, así como una escala de sanciones con unos límites máximos y mínimos (artículo 39.1) ahora bien, respecto de este concreto extremo también hemos indicado que tanto las sanciones como la escala cuantitativa para las multas no son sino clasificaciones genéricas «necesitadas por sí mismas de un desarrollo legislativo a cargo de las Comunidades autónomas», esto es, constituyen «una regla mínima, cuya modulación a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad queda en manos de los legisladores y administradores autonómicos para configurarlas en normas y aplicarlas al caso concreto, respectivamente» (STC 102/1995, fundamento jurídico 32)”.*

modificar los tipos, pero lo que nunca podrá hacer es rebajar las infracciones y sanciones preceptuadas⁶²³.

2.2. EL SISTEMA DE FUENTES DE DERECHO LOCAL APLICADO AL “IUS PUNIENDI”.

El tan utilizado término como fuentes del derecho alude habitualmente a dos grandes acepciones. Un primer concepto, como conjunto de medios conducentes al conocimiento del derecho ya creado, y un segundo sentido más bien filosófico, que entiende la fuente como fundamento del derecho, como origen o causa última⁶²⁴.

Por lo que refiere a esta primera acepción, es perfectamente demostrable para el Derecho administrativo en general, la enumeración citada por SOSA WAGNER en las lecciones de POSADA HERRERA⁶²⁵: *“Por fundamentos del Derecho administrativo se entendía a la sazón lo que hoy llamamos «fuentes» y así cita: La constitución política, todas las leyes, todas las reales órdenes, los decretos y los reglamentos que expide el Poder Ejecutivo. Los reales decretos emanan de la voluntad expresa del monarca y llevan la firma del ministro; las reales órdenes emanan de la voluntad del ministro a quien el monarca ha autorizado para que disponga esto o lo otros sobre la ejecución de una ley y los reglamentos son aquellas disposiciones que dan los ministros respecto de las circunstancias de tiempo y lugar a que es necesario atender para que una ley tenga cumplimiento”*.

Es este primer término, como la señal que debe guiarnos para salir del laberinto y a fin de dar con el precepto de aplicación a la Administración local que preocupa en este Capítulo. Si se permite la metáfora, las fuentes del Derecho administrativo local parecen recordar

⁶²³ En la actualidad la postura del Tribunal Constitucional es a este respecto unívoca y tajante: Las infracciones y sanciones establecidas en la normativa básica estatal constituyen *“una regla mínima cuya modulación a través de las circunstancias modificativas de responsabilidad queda en manos de los legisladores y administradores autonómicos para configurarlas en normas y aplicarlas al caso concreto”*. STC 156/1995, de 26 de octubre; lo que significa que *“la protección concedida por la ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la ley autonómica, sin embargo, lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida”*. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador, op.cit.*, p. 79.

⁶²⁴ L. PRIETO SANCHÍS (2016), *Apuntes sobre teoría del derecho*, Madrid: Trotta.

⁶²⁵ *“García Gallo en manual de historia del derecho español aclara que en el antiguo régimen habla de cartas patentes, sobrecartas, reales provisiones...”*. A. GARCIA GALLO citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*, p. 65.

a aquellos libros en los que, a través de constantes redireccionamientos, el lector iba eligiendo su final⁶²⁶.

Empezando por la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, la CE no define a quién le corresponde regular el Régimen local. Garantiza la autonomía de los municipios, su personalidad jurídica, su participación democrática, su suficiencia financiera (140,141 y 142 CE), pero en ningún momento hace referencia de manera exclusiva al régimen jurídico de las EELL. Dicho en otras palabras, no revela a quién le corresponde la general normación de los entes locales.

El sistema de doble lista y el elenco de materias del art. 25 de la Ley 7/1985 de 2 de abril han hecho que casi el único título competencial en el que puede apoyarse el Estado para regular la Administración local sea un parco concepto de “bases” del 149.1.18 en lo que refiere al “régimen jurídico de las administraciones públicas” a riesgo de que el Derecho administrativo económico haya querido apropiarse de otros conceptos básicos de la popular doble lista que no siempre han sido bien recibidos como son el art. 149.1.14 y el 149.1.18 para el PAC vetados en la STC 55/2018, de 24 de mayo⁶²⁷.

Tampoco de la mano del sistema de doble lista encontramos más referencias a salvo de la que vulgarmente denominaremos “ratonera” del 149.1.18 o una cláusula de escape en el 148.2 como competencias asumibles por las CCAA, las cuales han agotado la materia: “Y en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autoricen la legislación sobre Régimen Local⁶²⁸”.

⁶²⁶ De la legislación administrativa ya se atreve a citar POSADA HERRERA que “es un confuso caos de disposiciones contradictorias que no obedecen a principio alguno fijo sino al capricho o al interés ministerial y que han convertido al Derecho administrativo en un montón de escombros bajo cuyo peso gimen todos los españoles que no gozan del valor de quién a la sazón gobierna”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 72.

⁶²⁷ FJ 13º STC 55/2018, de 24 de mayo. Se impugnan los apartados primero y segundo de la disposición final primera, sobre los títulos competenciales, de la LPACAP. “Conforme al apartado primero, la ley se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la constitución española. El apartado siguiente añade que el título VI (de la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos) y la disposición adicional segunda (sobre la adhesión de las comunidades autónomas y los entes locales a las plataformas y registros electrónicos del Estado) se aprueban también al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14, relativo a la hacienda general, así como el artículo 149.1.13 que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Estas previsiones serían inconstitucionales por considerar indebidamente que los números 18, 13 y 14 del artículo 149.1 CE habilitan los preceptos impugnados en este proceso”.

⁶²⁸ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. Artículo 60. Régimen local. “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de

Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, han sido la espada de madera con la que el legislador estatal ha tenido que blandir el Régimen local, por cuanto cuando ha iniciado alguna vez una novación, difícilmente ha podido culminarla con éxito. No sólo los varapalos del TC; la presión de la política autonómica o el conocimiento interno de extralimitar con su regulación “*las bases*”, han hecho al legislador estatal replegarse en varias ocasiones.

Una muestra reciente parece ser la actual regulación de la figura del Secretario en las Juntas Vecinales⁶²⁹ que trataremos de explicar a continuación. Tras una primera normación por parte de la legislación básica estatal, las presiones autonómicas⁶³⁰ y la sapiencia de no gozar de título competencial para una completa regulación de la figura, provocan una retirada del Estado en la materia dejando la situación con idéntica incertidumbre. Hasta la LRSAL estos entes tenían la plena condición de entidad local territorial, (art. 3 LBRL), quedando relegados tras la misma a órganos de gestión desconcentrada de carácter asociativo y sin personalidad jurídica, (art. 24 bis). Además, no se reconoce la autonomía local ni las competencias que se le atribuyen a las EELL territoriales de ámbito inferior al municipio que, a partir de ese momento, tendrán que ser atendidas por la legislación autonómica⁶³¹.

régimen local que, respetando el artículo 149.1. 18.ª de la Constitución y el principio de Autonomía local”, Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Artículo 49. Regulación del gobierno y la Administración local de Castilla y León. “En el marco de la legislación básica del Estado y del presente Estatuto, la Comunidad Autónoma establecerá por ley de Cortes la regulación del gobierno y la Administración local de Castilla y León. En dicha regulación se contemplarán las entidades locales menores, así como las comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras agrupaciones de entidades locales de carácter funcional y fines específicos. La creación en cada caso de áreas metropolitanas se efectuará mediante ley específica de las Cortes de Castilla y León”. Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Artículo 32. “En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes:1. Régimen local”.

⁶²⁹ Ya el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos el Real Decreto 2725/1977, de 15 de octubre, por el que se dictan normas para la incorporación como funcionarios de la Administración local de los actuales Secretarios habilitados, quisieron suprimir las secretarías habilitadas de las entidades locales menores encomendando sus funciones al titular del Ayuntamiento. Artículo 73. 1. “*Toda Entidad local tendrá un Secretario perteneciente a la categoría respectiva del Cuerpo Nacional. 2. La Secretaría de las Entidades locales menores corresponderá al titular de la del Ayuntamiento o Agrupación a que pertenezcan aquéllas*”.

⁶³⁰ RD. 353/2011 de 11 de marzo por el que se aprueba los estatutos generales del COSITAL. Decreto 33/2013 de 18 de julio por el que se establecen los términos para el desempeño de las funciones pública necesarias y reservadas a los FHCN en las EELL menores de CYL.

“*Ab initio*” el legislador estatal quiso promover una reforma a través del RD. 128/2018 de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los FALHN, reservando la condición de Habilitado Nacional a todo Secretario de una entidad menor, cargo que era ocupado hasta la fecha por simples vecinos.

El Real Decreto-ley 10/2019, de 29 de marzo, por el que se prorroga para 2019 el destino del superávit de CCAA y de las EELL para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan otras medidas en relación con las funciones del personal de las EELL con habilitación de carácter nacional, viene a buscar una solución uniforme a la problemática ante la presión autonómica generada por la DAV del RRJFHN en la que se reservaba al cuerpo de Habilitados Nacionales las funciones reservadas en las entidades locales menores, o eso podemos deducir de su preámbulo⁶³².

La previsión de la normativa autonómica descrita en la DA VI de la ley 1/1998 de Régimen Local de Castilla y León tampoco parecía resolver el problema anteriormente descrito, atribuyendo las funciones reservadas al Secretario del Ayuntamiento donde radicara la entidad local menor o al Servicio de Asistencia a Municipios de las Diputaciones Provinciales. Es por ello, que de conformidad con el art. 3 del nuevo Real

⁶³¹ “Sentencias como la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Castilla y León el 17 de noviembre de 2003 no son de extrañar y eran de esperar tal y como se encuentra la situación. Dicha sentencia indica tajantemente en su página 15 que la simple dispersión y número de las entidades locales menores que conforman el Valle de... no es causa suficiente. Y en su página 18 universaliza la obligación del Secretario-Interventor extendiéndolo a toda Castilla y León: En resumidas cuentas, y en relación con las Juntas vecinales de Castilla y León, cabe concluir que resulta legalmente preceptiva la asistencia del Secretario del municipio a sus sesiones para realizar las funciones que le son propias. Y que en los casos excepcionales en que no sea posible su asistencia (ausencia, enfermedad... etc.), deberá desempeñar accidentalmente sus funciones un funcionario del municipio en que se integre esa Junta Vecinal que ostente la titulación necesaria. Y sobre su defecto cabrá acudir al auxilio de la Diputación provincial. Queda vedada la posibilidad de desempeñar esta función a cualquier vecino, sin que suponga hallarse habilitado el hecho de que ese vecino se integre en la Junta Vecinal”. M. LOZANO CRESPO (2004), “Presente y Futuro de los funcionarios de habilitación nacional. La figura del «mobbing»”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 24, p. 4124-4137.

⁶³² “(...Las entidades de ámbito territorial inferior al municipio dependen del Ayuntamiento del municipio correspondiente; existen municipios con solo dos o tres de estas entidades, pero en otros pueden tener más de 40. Ello hace inviable, en la gran mayoría de los casos, que el funcionario con Habilitación Nacional del Ayuntamiento correspondiente pueda ejercer las funciones reservadas en todas las entidades de ámbito territorial inferior al municipio dependientes del mismo. Si a esto se une que dicho funcionario es, casi siempre, el único funcionario de la corporación se puede entender de una manera clara la dificultad de aplicar la nueva regulación. Además, el problema afecta a una gran cantidad de municipios, puesto que en la actualidad existen 3.704 entidades de ámbito inferior al municipio, de las cuales 2.227 se ubican en la Comunidad de Castilla y León. Por otra parte, una vez se celebren las próximas elecciones locales, en mayo de 2019, las nuevas Juntas Vecinales que se constituyan, tendrán que designar Secretarios conforme a lo previsto en la disposición adicional quinta del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, lo que implicaría efectuar nuevos nombramientos, que por los motivos que se han explicado en el presente texto son de facto imposibles, por lo que urge buscar una solución al problema planteado con anterioridad a la celebración de dichas elecciones...)”.

Decreto Ley, y una vez haya quedado acreditado la imposibilidad de prestar el servicio por parte de funcionarios públicos o por los servicios anteriormente citados, podrán ser prestados en defecto, por cualquier persona con capacitación suficiente. Parafraseando el art. 3 párrafo segundo del Real Decreto-Ley precitado: “...*En su defecto, se podrán ejercer por el funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional de la corporación a la que pertenezca la entidad de ámbito territorial inferior al municipio, por funcionario de la corporación, por los servicios de Asistencia de la Diputación Provincial o en defecto de los anteriores, por cualquier otra persona con capacitación suficiente*”.

El legislador estatal deja, tras desdecirse de su DA. V, un gran abanico de posibilidades entendiendo que a la fecha no habría mayor impedimento para nombrar a cualquier vecino para el ejercicio de funciones de secretaría, intervención y tesorería, sin perjuicio de que futuros desarrollos normativos o la jurisprudencia que pueda surgir, establezcan criterios más limitativos y salvando las posibles causas de incompatibilidad previstas en la normativa electoral (LOREG). Lo realmente sorprendente, habida cuenta de las previsiones de los estatutos de autonomía donde muchos de ellos se pronuncian expresamente sobre el régimen jurídico de las entidades locales menores, es que las CCAA a más de tres años de la última regulación estatal, no se hayan dispuesto a concretar la regulación de esta figura en su normativa en el legítimo desarrollo de las bases para poder adaptarla a la singularidad de cada territorio⁶³³.

⁶³³ Finalizando con proyectos “*poco serios*” para el ejercicio de las funciones reservadas ante la acuciante necesidad. Merindad de Sotoscueva, modelo piloto de gestión. “*La Diputación Provincial aprobó ayer en la Junta de Gobierno la puesta en marcha de un proyecto piloto con el que técnicos del Servicio de Asesoramiento Jurídico (Sajuma) formarán a miembros de las corporaciones municipales y vecinos interesados de las entidades locales menores, en tramitación municipal con el fin de agilizar las labores de secretaría. Así lo comentó ayer tras la reunión de la Junta de Gobierno el vicepresidente de la Diputación, Lorenzo Rodríguez, quien avanzó que «Merindad de Sotoscueva será el municipio en el que se llevará a cabo la iniciativa»*”. M. M (28 de diciembre de 2019), “Merindad de Sotoscueva, modelo piloto de gestión”, [elcorreodeburgos.elmundo.es, https://elcorreodeburgos.elmundo.es/merindad-de-sotoscueva-modelo-piloto-gestion/20191228052000352190.html](https://elcorreodeburgos.elmundo.es/merindad-de-sotoscueva-modelo-piloto-gestion/20191228052000352190.html). Con la subsecuente problemática. A. RODRÍGUEZ (27 de enero de 2021), “La Junta prepara un proyecto de Ley para luchar contra el cambio climático”, [diariodeleon.es, https://www.diariodeleon.es/articulo/provincia/junta-prepara-proyecto-ley-luchar-cambio-climatico/202001250235481980188.html](https://www.diariodeleon.es/articulo/provincia/junta-prepara-proyecto-ley-luchar-cambio-climatico/202001250235481980188.html). “*La plataforma del ministerio sólo admite la firma de un funcionario y no da acceso a la del Secretario vecino. Las gestiones administrativas de carácter telemático son cada vez más habituales. El Secretario vecino de las juntas vecinales vuelve a estar en entredicho por la administración central y con él la gestión de las entidades locales menores y su futuro. Después de que en marzo de 2019 se rehabilitara esta figura clave para la supervivencia de las pedanías, su habilitación sigue dando problemas a los pueblos hasta el punto de que aquellas que han tenido que realizar un nuevo nombramiento no han podido ni siquiera cumplir con la obligación del rendimiento de cuentas de 2019, cuyo plazo acaba de terminar*”.

Introducimos así un nuevo factor que aúna nuestra problemática, la diversidad territorial y la heterogeneidad del Régimen local. Pues mientras que en Andalucía, Madrid o País Vasco no existen este tipo de entidades, en León superan las 1236 y en Burgos las 648.

2.3. LA EXTENSIÓN DEL CARÁCTER BIFRONTE.

La ausencia de potestad legislativa en manos de las EELL⁶³⁴ y la circunscripción de las competencias locales por la CE a la “*gestión de los intereses comunes*” hace que el carácter bifronte⁶³⁵ de las EELL sea predicable en tres aspectos que exceden el Régimen local⁶³⁶.

Esta noción del carácter bifronte surge por parte del TC al plantearse si se respetaba la competencia autonómica sobre Régimen local por parte del Estado al delegar competencias en las EELL y si no era más adecuado al modelo constitucional de organización territorial del Estado⁶³⁷, que el Estado delegara o transfiriera la competencia en la CCAA y fuera ésta la que a su vez lo transfiriera a las EELL.

Recordemos la epifanía de este término, proveniente de los recursos de inconstitucionalidad del Parlamento de Cataluña y de la Presidencia del Consejo Ejecutivo de la Generalidad contra el art. 28 de la ley 44/1981 de Presupuesto Generales del Estado de 1982. Se reclamaba el carácter intracomunitario de la autonomía local, negado con la desestimación del recurso en la STC 84/1982, de 23 de diciembre. En el FJ4º se declaraba que en las CCAA como Cataluña que habían asumido la competencia

⁶³⁴ Sobre las competencias naturales del Municipio vid. F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local...*, op.cit., p. 27.

⁶³⁵ Del mismo modo la STC 41/2016, de 3 de marzo estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad formulado por Diputados de la Asamblea de Extremadura contra diversos preceptos de la Ley 27/2013. “A) el régimen jurídico de los entes locales no es “intracomunitario” ni “extracomunitario”, sino “bifronte”, en consonancia con la estructura territorial de España (art. 137 CE), que “concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado” (STC 82/1982, de 21 de diciembre, FJ 4). El Estado y las Comunidades Autónomas comparten la regulación del régimen local, sin perjuicio del espacio que uno y otras deben asegurar en todo caso a las normas locales en virtud de la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 140 CE), provincial (art. 141.2 CE) e insular (art. 141.4 CE)”.

⁶³⁶ Entendido aquí régimen local como la estricta regulación de la norma jurídica institucional de las EELL, y no en términos genéricos donde se utiliza este sustantivo para englobar la totalidad de materias que abarcan las entidades locales.

⁶³⁷ E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional de los entes locales*, Pamplona: Aranzadi, p. 55.

exclusiva sobre Régimen local, correspondía a ésta la regulación del régimen jurídico pero dentro de la normativa básica estatal. Para continuar complementando que *“el régimen jurídico de las Corporaciones Locales, aun en aquellas Comunidades Autónomas que, como la catalana, asumen el máximo de competencias al respecto, es siempre resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y de las Comunidades Autónomas (...)”*. *“El carácter bifronte del régimen local que hace imposible calificarlo de forma unívoca como intracomunitario o extracomunitario, no es contradictorio con la naturaleza que a las EELL atribuye la CE, cuyo art. 137 de la CE concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización territorial del Estado”*.

El carácter bifronte del Régimen local que tenemos actualmente boicotea un intento de reforma estatal o autonómica de la Administración local. Sirva de ejemplo el intento de reducción de competencias locales por el legislador básico estatal con la aprobación de la LRSAL, que no ha tenido apenas consecuencias prácticas debido a su carácter bifronte⁶³⁸.

Pasamos a analizar a continuación tres aspectos que entendemos predicables para el carácter bifronte local.

- En primer lugar, respecto de la materia en concreto. Existen materias con una competencia exclusiva estatal como la defensa y fuerzas armadas (149.1. 4º), la seguridad pública (149.1.29) y otra serie de materias que pueden asumirse por las CCAA con carácter exclusivo como el urbanismo, la ordenación del territorio (148.1.3) y la sanidad e higiene (148.1.21.). De este modo, a nuestros Ayuntamientos le lloverá normativa ora estatal (LOFCSE) para el caso de la seguridad pública, ora autonómica con las Leyes de del urbanismo, ordenación del territorio y vivienda de cada CCAA. (LUCYL, LOTUSA, LSCM).
- Como segunda acepción y por si lo anterior fuera poco, el legislador despliega una nueva dicotomía en todas aquellas competencias *“concurrentes”* en las que al legislador estatal se le encomiende por el sistema de doble lista la legislación básica, y al ente autonómico el desarrollo de la misma. Por decirlo de otro modo, el término bases no sólo se relata respecto del 149.1.18, sino que el medio ambiente, la planificación económica o la materia patrimonial extienden una

⁶³⁸ Nos referimos sobre todo a la DTI, DTII, DTIII y DAXV de la LRSAL en relación con la DT II de la LBRL tal y como expondremos líneas más abajo al intentar clarificar estas materias.

reserva al carácter básico de la legislación estatal extendiendo este carácter bifronte no sólo al Régimen local entendido como “*ratione materiae*” sino a la totalidad de las materias que se le atribuyen a la misma. (149.1.23, 149.1.13)

- Y es que además, el 149.1.18 en lo que refiere a las “*bases del régimen jurídico de las administraciones públicas*” no sólo es utilizado como título competente en las normas procedimentales o el Régimen local (LBRL O LPACAP), sino que es un título genérico invocado por el Estado para regular casi cualquier materia. Vemos muestras en la legislación patrimonial, económica, estabilidad presupuestaria o contratación administrativa, al intentar enmarcar en el concepto de bases unos preceptos comunes o normas generales que atribuirán una estructura homogénea para todas las AAPP en el ámbito subjetivo de la ley⁶³⁹.

2.4. LA LBRL.

A pesar de la dificultad expuesta consistente en averiguar no sólo qué norma le es de aplicación al municipio, sino qué preceptos de cada norma deben aplicarse y en qué orden, no existe ningún mandato legal⁶⁴⁰ en la normativa básica estatal, o en cada normativa sectorial autonómica, que nos indique la prelación de fuentes en la Administración local. Sin embargo, si preexistió en mejores tiempos para la seguridad jurídica, aunque por poco tiempo. El artículo 5 de la LBRL en la primitiva redacción (posteriormente declarada inconstitucional por el TC, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre), sí consideró al legislador básico estatal como al encargado de esta materia disponiendo en su precepto un sistema de fuentes dividido en las materias de organización y funcionamiento, servicios, régimen estatutario, procedimiento administrativo y concesiones; y subdividido

⁶³⁹ Preámbulo LPAP: “*Este régimen tiene su núcleo fundamental en las normas que se declaran básicas en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1. 18.ª de la Constitución para aprobar las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», materia de la que el régimen patrimonial no constituye sino una parcela, y la «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas»*”. Para muestra también la última LOPDGDD donde tras mencionar las competencias exclusivas del Estado hace eco de la legislación básica de la materia. Derecho público de Castilla-La Mancha pone de manifiesto el problema jurídico de la concurrencia de normas y en especial la dificultad que plantea la determinación de fuentes para los funcionarios locales, incluidos los FHCN. J. CANTERO MARTÍNEZ (2016), “Empleo público”, en: M. C. ALONSO GARCÍA, *Derecho público de Castilla-La Mancha*, Madrid: Iustel.

⁶⁴⁰ Subsiste únicamente el artículo 1º del REBEL que subordina a la LBRL, el resto de legislación básica estatal y seguidamente el desarrollo autonómico y la normativa supletoria estatal.

o redireccionado a leyes estatales, leyes autonómicas, reglamentos y ordenanzas locales⁶⁴¹.

Este artículo que pretendió ser un sistema de fuentes universal para las EELL, cometió el error de presuponer a mi juicio, que la regulación del Régimen local (concebido como la norma jurídico institucional que regula las EELL) debiera ser el supra concepto del que emanaban las distintas materias donde el Ayuntamiento tenía competencias.

El Tribunal Constitucional consideró que el artículo 5 de la LRBRL, “*en cuanto enumera las normas aplicables en una materia en la que la competencia legislativa está dividida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad respecto de esta materia. Es esta naturaleza de norma meramente interpretativa, sin contenido material alguno, la que hace el precepto constitucionalmente ilegítimo [...]*”.

Además, el TC comparte la superioridad⁶⁴² de la LRBRL en la medida en que sus preceptos se apoyen en títulos competenciales que el Estado ostenta como es de manera indiscutible

⁶⁴¹ “*Las entidades locales se rigen en primer término por la presente ley y además: a) En cuanto a su régimen organizativo y de funcionamiento de sus órganos, por las Leyes de las comunidades autónomas sobre régimen local y por el reglamento orgánico propio de cada entidad en los términos previstos en esta ley. b) En cuanto al régimen sustantivo de las funciones y los servicios: 1.) Por la legislación del Estado y la de las comunidades autónomas, según la distribución constitucional de competencias; 2.) Por las ordenanzas de cada entidad. c) En cuanto al régimen estatutario de sus funcionarios, procedimiento administrativo, contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos, expropiación y responsabilidad patrimonial: 1.) Por la legislación del Estado y, en su caso, la de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución; 2.) Por las ordenanzas de cada entidad. d) En cuanto al régimen de sus bienes: 1.) Por la legislación básica del Estado que desarrolle el artículo 132 de la Constitución; 2.) Por la legislación de las comunidades autónomas; 3.) por las ordenanzas propias de cada entidad. e) En cuanto a las haciendas locales: 1.) Por la legislación general tributaria del Estado y la reguladora de las haciendas de las entidades locales, de las que será supletoria la Ley general presupuestaria; 2.) Por las leyes de las comunidades autónomas en el marco y de conformidad con la legislación a que se refiere el apartado anterior; 3.) Por las ordenanzas fiscales que dicte la correspondiente entidad local, de acuerdo con lo previsto en esta ley y en las leyes mencionadas en los apartados 1.) y 2.)*”.

⁶⁴² Superioridad, pero sin vinculación a las leyes estatales. La STC 95/2014, de 12 de junio, de nuevo al resolver un conflicto en defensa de la Autonomía local, reiteró enérgicamente la misma doctrina en su FJ 5. Y lo mismo hizo después la STC 6/2016, de 21 de enero que se enfrentó con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley estatal 2/2013. Dijo en su FJ 4.d): “*No puede prosperar la primera tacha de inconstitucionalidad dirigida a este precepto fundada en la vulneración del principio de Autonomía local. Toda vez que la «legislación básica sobre régimen local no se integra en el ‘bloque de la constitucionalidad’ ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales» (STC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5, y las allí citadas), en este caso nuestro análisis debe ceñirse a los límites que la Constitución impone directamente a los controles sobre la actividad local. En su concreta proyección sobre tales controles, el significado del principio de Autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE) quedó perfilado a partir de la STC 4/1981, de 2 de febrero (...)*”. En resumidas cuentas, las STC que cita son anteriores a la LRBRL, como las que perfilaron la Autonomía local y sus frenos a los controles administrativos basándose

el Régimen local, sin embargo, no lo tendrá ni será origen de fuentes en el resto de materias: FJ 5º “*prescindiendo de la afirmación preliminar de la prioridad absoluta de la propia LRBRL que naturalmente existirá en la medida en la que sus preceptos puedan apoyarse en los títulos competenciales que el Estado ostenta, el resto de los párrafos que el artículo 5 contiene establecen un orden de prelación de fuentes que será correcto en la medida en la que coincida con lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad, e incorrecto en cuanto se aparte de él. En cuanto tal coincidencia exista, el precepto es en consecuencia superfluo y en cuanto no exista, inválido. Su anulación no origina por tanto vacío normativo alguno*”.

La sentencia continúa diciendo que la ley estatal y las bases deben operar como un límite⁶⁴³, pero no como el único, ya que las CCAA pueden establecer una organización complementaria o de desarrollo a tal legislación estatal. En consecuencia, y según la doctrina que se desprende de la STC 214/1989, de 21 de diciembre, los reglamentos orgánicos quedan subordinados no sólo a la LRBRL, sino también al resto de normativa autonómica.

La Ley de bases se configura, así, como la norma de cabecera⁶⁴⁴ del autogobierno local, donde la restante legislación sólo podrá incidir en el Régimen local en la medida en que se lo permita está, pero esto no puede traducirse en que sea la primera fuente normativa a la que debamos acudir independientemente de la materia a regular.

única y exclusivamente en la Constitución. Todo lo demás y en especial lo que se derive de la LRBRL es intrascendente para encorsetar al propio legislador estatal que sí que puede moldear los medios de control sobre los entes locales que aparecen en la LRBRL o establecer otros. “*Todavía encontramos en algunas explicaciones alusiones a la posición ordinal singular de la LRBRL y a su función única de concretar la autonomía institucional de la Autonomía local. Pero ahora son restos retóricos sin sustancia ni relevancia. Para el viaje que hoy se realiza no se necesitan aquellas alforjas sofisticadas. Todo ha vuelto a cauces más normales: la LRBRL es una ley básica (en este caso, amparada tal condición por el art. 149.1. 18.ª CE) y como tal, al igual que todas las leyes básicas (en realidad, según sostengo, al igual que todas las leyes del Estado estatales dictadas dentro de sus competencias), es canon de constitucionalidad de las leyes autonómicas; y se impone al legislador autonómico sea cual sea el ámbito en que se desenvuelva. Pero no se impone al legislador estatal. De las SSTC que proclaman que la LRBRL no vincula a las leyes estatales, la que más claramente muestra las consecuencias de la nueva doctrina sobre el aspecto que estudiamos es la STC 6/2016, de 21 de enero*”. M. REBOLLO PUIG (2019), “Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 6, p. 50-51.

⁶⁴³ M. SALVADOR CRESPO (2007), *La autonomía provincial en el sistema constitucional español*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 85-119.

⁶⁴⁴ Así lo ratifica la STC 159/2001, de 5 de julio. La LRBRL prevalece sobre cualquier normativa básica y sólo por debajo de tratados internacionales (CEAL).

Dentro de la doctrina administrativista, autores como SOSA WAGNER⁶⁴⁵ habían calificado el cuadro de fuentes previsto en este precepto como “*la linterna que nos va a proporcionar luz en el intrincado magma de normas que afectan a la Administración local*” pese a que el TC no considerara necesario el sistema de fuentes y echara por tierra los esfuerzos del legislador en la oriunda redacción⁶⁴⁶. SOSA WAGNER difiere de la doctrina del TC por cuanto entiende que éste no analizó el fondo del asunto y basó la inconstitucionalidad en la mera apreciación formal de que el legislador estatal no era competente para regular un sistema universal de fuentes del derecho local⁶⁴⁷. Puesto que, si entramos en el fondo del precepto, ¿realmente el mismo vulneraba el orden constitucional de competencias? o, dicho de otro modo, ¿el orden constitucional de competencias y la consecutiva legislación estatal y autonómica podría aplicarse de un modo diferente a lo dispuesto por el art. 5 de la LBRL?

Tampoco cabe utilizar para la solución de conflictos de leyes el tradicional “*lex superior derogati lex inferior*” “*lex posterior, o lex specialis*”, porque aquí el criterio no es vertical sino horizontal, no hay dos normas emanadas por la misma entidad donde haya conflicto, el conflicto siempre es competencial (sistema de doble lista, naturaleza bifronte)⁶⁴⁸. Ni

⁶⁴⁵ F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local*, Navarra: Aranzadi.

⁶⁴⁶ A. SERRANO PASCUAL (2003), “El sistema de fuentes de las entidades locales”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 2, p. 7-41.

⁶⁴⁷ “Decir que una norma es inconstitucional porque es meramente interpretativa, sin contenido material alguno, resulta sorprendente a menos que el tribunal guste de cultivar la paradoja, porque ¿es que parece poco contenido material la interpretación misma?, ¿no es la interpretación un contenido material tan distinguido como cualquier otro? Pero hay más: contrariamente a lo que dice el TC, el legislador estatal de la LRL no impone a los demás como única interpretación posible la suya, sino que se limita a consignarla y, si ésta incurre en algún exceso, ya se encargará el juez constitucional de rectificar. Por ello, a mi entender, el tribunal debió de haber entrado en una valoración de fondo del precepto para comprobar si el orden de prelación de fuentes en él consignado era, en sí mismo, respetuoso o no con el sistema de distribución de competencias y no limitarse a viaticarlo declarando sacramentalmente su falta de contenido material [...] se ha sacrificado el riguroso esfuerzo de clarificación intentado por la LRL sin que se sepa muy bien quién ha ganado con tal modo de proceder pues las alegaciones de los recurrentes (y las futuras alegaciones de futuros recurrentes) hubieran quedado mejor atendidas si el tribunal hubiera entrado en el análisis de fondo de la corrección del precepto”. F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local*, op.cit., p. 45-47. En la misma línea, “Todo esfuerzo que la LBRL llevó a cabo para introducir orden donde existía el peligro cierto de la confusión, es desbaratado por el TC con el argumento de que el precepto establece el orden de prelación de normas aplicables a las distintas materias que concierne a la Administración local situando en primer lugar los contenidos en la propia ley, que tienen así efectivamente una pretensión de superioridad ordinamental...”. F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local*, op.cit., p. 36.

⁶⁴⁸ “El principio de especialidad normativa (*lex specialis derogati legi generali*), que ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como principio general del Derecho, junto con el de jerarquía (*lex superior derogati legi inferiori*) y el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogati legi priori*), es considerado como un criterio tradicional de solución de las antinomias, entendiéndose por éstas las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan

siquiera podemos hablar de jerarquía o subordinación para la aplicación de la normativa entre la “*distribución vertical de poderes*” que impone el art. 137 de la CE.

El principio siempre es el de competencia Estado-CCAA y materias del art. 25 de la LBRL. La única supuesta jerarquía que queda nuevamente reducida al ámbito competencial es la de unos “*asuntos generales o estatales*” de unos “*asuntos autonómicos*” y “*asuntos locales*” que no es sino lo que justifica al legislador la aplicación por este orden de la normativa local⁶⁴⁹. El conflicto es mucho mayor de qué norma aplicamos, sino que se eleva a qué preceptos de una norma aplicamos primero a través de una serie de continuos reenvíos para una correcta aplicación del derecho local.

Además, tanto si el Estado como la CCAA se atreviera con un precepto unificador de este calibre, casi por cierto quedaría eliminado por el TC al extralimitarse⁶⁵⁰ en su competencia. Como hemos tratado de explicar, en unas materias será el Estado el que indique la norma aplicable, y en otras las autonomías, pero en todo caso siempre habrá incidencia de las “*dos listas*” y siempre existiría el riesgo del equívoco, pues aspectos concretos de la materia pudieran quedar enmarcados en uno u otro título.

Pero ya que un artículo clarificador es difícilmente realizable proponemos que respecto de cada materia local, quien ostente la competencia exclusiva sí que establezca en el articulado (a través de un concienzudo esfuerzo por parte del legislador) un precepto de la prelación de fuentes sobre la materia. Puesto que a pesar de comprender la inconstitucionalidad de que desde una norma se pretenda fijar un criterio inequívoco para todas las competencias locales, (carácter bifronte), sí parece necesario que en todas las normas que suministran una competencia exclusiva al ente local se incluya un artículo clarificador.

Me atrevo así a identificar un esquema fijo a medio de “*fuentes*” que entiendo debieran seguir las normas que atribuyeran competencias a las EELL para aquellas materias con carácter exclusivo.

consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente”. J. TARDÍO PARTO (2003), “El principio de especialidad normativa y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *Revista de administración pública*, núm. 162.

⁶⁴⁹ A. SERRANO PASCUAL (2003), *El sistema de fuentes...*, *op.cit.*

⁶⁵⁰ Nueva prelación de fuentes del art. 92 de la LBRL.

1. Los preceptos de las normas estatales dictados bajo una competencia exclusiva plena del Estado. Esto es, cualquiera del art. 149 que no tuviera un carácter básico.
2. Los artículos de aplicación de normativa básica estatal donde el Estado únicamente tuviera competencia para regular las bases de la materia.
3. Legislación autonómica con carácter exclusivo asumida a través del art. 148.
4. Legislación de desarrollo por parte de las CCAA de las bases Estatales.
5. Reglamentos estatales que desarrollaran una competencia plena o básica del Estado. (RBEL)⁶⁵¹.
6. Reglamentos orgánicos municipales.
7. Resto de preceptos de las Leyes y Reglamentos que estuvieran fuera de la aplicación general, básica o de desarrollo de las normas y de aplicación supletoria del Estado.
8. Potestad Reglamentaria local.

En el caso que la norma no tuviera un carácter plenamente exclusivo o básico, sino únicamente sólo ciertos preceptos gozaran de exclusividad, todo ello quedaría sujeto al control del TC en la función fiscalizadora, donde se comprobare que verdaderamente el legislador estatal ha sido ajustado en su actuación, no propasándose ni incorporando como de aplicación plena o básica preceptos de competencia autonómica. En conclusión, que haya sido certero ajustando sus preceptos a la habilitación competencial marcada por la disposición final correspondiente.

⁶⁵¹ “Desde esta perspectiva, las bases empezaron configurándose como una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 1/1982, de 28 de febrero). Por tanto, se garantizaba la diversidad, a partir de la unidad, esto es, un mínimo normativo común y un desarrollo también normativo diverso, más allá de la ejecución o aplicación de esas bases”. STC 31/2010, de 28 de junio. Las bases dispuestas en normas de carácter reglamentario. Sin embargo, ese es uno de los posibles contenidos de las normas básicas, como declaró el Tribunal en la STC 31/2010, de 28 de junio, pero no el único. En efecto, en el FJ. 60 el Tribunal declaró que: “Conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado. (STC 235/1999, de 20 de diciembre)”. J. A. MONTILLA MARTOS (2018), “La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, p. 573-605.

3. LA INSPECCIÓN Y LA SANCIÓN EN LAS MATERIAS OBJETO DE COMPETENCIA MUNICIPAL. SU ATRIBUCIÓN LEGAL Y RÉGIMEN PROCEDIMENTAL.

3.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ÁMBITO COMPETENCIAL.

El elenco de materias que regula el art. 25 de la LBRL se nutre en más de un 90% por la legislación sectorial autonómica perfilada por la normativa básica estatal como consecuencia de haber asumido la mayoría del Régimen local. Y la jurisprudencia, por lo expuesto, parece haber amparado la atribución de potestades sancionadoras autonómicas en la materia siempre y cuando no alteren el fin teleológico de la norma estatal⁶⁵².

Para el caso de la inspección, parecía razonado que el órgano que ostentara la competencia ejecutiva fuera el encargado de velar por la observancia y el cumplimiento de la misma⁶⁵³. A mayor abundamiento, las competencias de las EELL son eminentemente ejecutivas⁶⁵⁴,

⁶⁵² STC 87/1985, de 16 de julio: “*Que las CCAA pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencias sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador. (25 CE) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio*”. STC 15/1989, de 26 de enero. “*El alcance de la potestad sancionadora de la administración estatal prevista en el Reglamento cederá a favor de las administraciones de las CCAA que hubiera asumido la competencia sancionadora de la materia*”.

⁶⁵³ “*La ejecución de la normativa ha de llevar intrínseca el centinela de su cumplimiento*”. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante, op.cit.*, p. 99. La potestad inspectora no suele estar bien definida. “*La atribución legal de la función inspectora a la administración plantea un problema complejo desde este punto de vista, pues las leyes acuden a cláusulas generales de apoderamiento para atribuir los poderes de inspección, en la mayoría de los casos sin perfilar los contornos de la potestad, lo que nos lleva al estudio de la doctrina de la reserva de ley. Así como el ejercicio de la potestad sancionadora aparece en la mayoría de los casos como un proceso de subsunción de la norma, no puede decirse lo mismo de las potestades inspectoras, cuya atribución mediante normas indefinidas concede mayor margen de decisión a la administración a la hora de actuar*”.

⁶⁵⁴ La Autonomía local menoscabada por la LRSAL y los grandes municipios. “*Esto se debe, por un lado, a que las sucesivas reformas de los Estatutos de Autonomía han producido la ampliación de las competencias autonómicas y, por ende, las leyes sectoriales aprobadas por las CCAA han constreñido el espacio restante a la autonomía local. Y además, por otro lado, las sucesivas reformas de la legislación básica local, (que en 2003 potenciaron los grandes municipios, que son muy minoritarios en nuestro país, y que en 2013, como consecuencia del principio de estabilidad presupuestaria condicionaron la asunción de competencias locales al establecer los límites vinculados a la capacidad económica y financiera de los EELL), no han permitido completar el modelo de descentralización territorial del Estado ni en el nivel autonómico ni en el nivel*”. E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional.*, op.cit. F. VELASCO CABALLERO (2008), “*El estado de la Autonomía local en 2007*”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 1, p. 21-56.

puesto que lo que entendemos por competencias exclusivas queda condicionado a la completa ejecución de la materia en la medida que haya sido el legislador sectorial estatal o autonómico el encargado de su regulación, reservando en los municipios únicamente la potestad reglamentaria. Pero no sólo eso, sino que las EELL por la proximidad al conocimiento de los hechos, pudieran ser las entidades que en mejores condiciones se encuentran para realizarla.

Para la potestad sancionadora, no difieren en gran medida los argumentos por los que se le atribuye la potestad al municipio. La técnica represiva no deja de ser una garantía del cumplimiento normativo si bien esta vez “*a posteriori*” y a través de una serie de consecuencias ante el incumplimiento normativo que conocemos como castigo. Que la potestad sancionadora tenga cierta importancia en la ejecutividad de los actos administrativos parece adivinar la postura doctrinal que dice que el nuevo Derecho administrativo sancionador evoluciona desde la antigua potestad de Policía⁶⁵⁵.

Pero en cualquiera de los dos casos, lo citado no excede de las consideraciones doctrinales, y de acuerdo al principio de legalidad, se hace necesario que cada materia en concreto atribuya la potestad a la Administración para el ejercicio de la misma y de ahí la rúbrica de nuestro capítulo.

La primera consideración que deviene del carácter ejecutivo y material de las competencias locales, es que el municipio no podrá sancionar en aspectos de una materia en la que carezca de competencia. Así lo recordaba de manera descriptiva la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo N°5 de Murcia de 24 de febrero de 2020 sólo recurrible ante el Tribunal Constitucional y ya firme, acerca del consumo de drogas la cual pasamos a exponer.

Pese a que en la actual LOPSC se atribuye una competencia sancionadora a las EELL cumpliendo así con el principio de legalidad, y en concreto una atribución a la alcaldía,

⁶⁵⁵ “*La vieja tesis de que quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable de la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante. Este es un sentimiento firmemente asentado en la conciencia jurídica y que la experiencia abona puesto que sin sanción la orden se convierte en letra muerta. A ello hace referencia la sentencia de 14 de diciembre de 1984 (Ar. 9466; Martínez San Juan) cuando advierte que si la ley confiere a la Administración funciones de vigilancia le está apoderando implícitamente de potestades sancionatorias, esta es también la postura inequívoca del Tribunal constitucional, quien, a propósito de la distribución competencia sancionadora entre estado y las CCAA ha declarado repetidas veces que la potestad normativa de establecer deberes y obligaciones «implica también la de prever sanciones en caso de incumplimiento» STC 149/1991, de 4 de julio*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., p. 57.

esta se limita a *“siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica”* (art. 32.3.) Lo cual no supone que para todas las infracciones de esta norma se habilite al alcalde para sancionar, teniendo en cuenta que abarca materias que exceden la seguridad ciudadana en el ámbito local.

Es el caso de la tenencia ilícita de drogas no parece posible encajar la infracción en ninguna de las materias de interés local del art. 25 sobre las que el legislador le atribuye competencia: *“A diferencia de lo que establecía la derogada Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su art. 29, (que atribuía a los alcaldes competencia para sancionar por “tenencia ilícita y consumo público de drogas”), el art. 32.3 de la vigente Ley Orgánica 4/2015 dice que: «Los alcaldes podrán imponer las sanciones y adoptar las medidas previstas en esta Ley cuando las infracciones se cometieran en espacios públicos municipales o afecten a bienes de titularidad local, siempre que ostenten competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica»”.*

Existiendo dudas sobre la ocurrencia de los hechos en un espacio público municipal, la cuestión que se plantea es si el Ayuntamiento ostenta competencia sobre la materia de acuerdo con la legislación específica. *“Ésta está constituida por: la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local; la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia; y la citada Ley 6/1997, de 22 de octubre, sobre Drogas, para la prevención, asistencia e integración social. Según los informes citados, la competencia del alcalde podría fundarse en la competencia municipal en materia de «Protección de la salubridad pública» del art. 25.2. j) de la Ley 7/1985. Entendemos, sin embargo, que la atribución competencial fundada en el apartado citado es forzada porque consideramos que cuando la Ley habla de salubridad pública se está refiriendo a las condiciones sanitarias y de salubridad que deben reunir los establecimientos, instalaciones, actividades, edificios y lugares de vivienda y convivencia humana y a las medidas para la prevención, diagnóstico y cura de enfermedades tales como campañas de vacunación, de concientización sobre cuidados e higiene..., pero no a la posibilidad de sancionar por el consumo o la tenencia ilícitos de drogas”*.

Aún con todo, recordaba la sentencia, que entre las competencias municipales en materia de salud pública recogidas en el art. 7 no figura la infracción por tenencia de estupefacientes a lo que cabe añadir la problemática en cuanto a las competencias de

salud, servicios sociales, inspección sanitaria y educación tras la LRSAL (DTI, II, III Y DT XIV).

A la vista, no sólo entra en juego para el ejercicio de las potestades municipales el principio de legalidad y atribución sobre el ejercicio de las potestad sancionadora e inspectora, sino que de conformidad con el art. 4 de la LBRL éstas sólo pueden ejercerse dentro de la esfera de las competencias del municipio, provincia e isla⁶⁵⁶.

3.2. EL REFLEJO EN LAS MATERIAS LOCALES.

Lo cierto es que como norma general le corresponde sancionar al órgano que tiene competencia para regular a materia; esto es, aquel que regula el sector concreto de la competencia es el que debiera tener atribuida la potestad⁶⁵⁷. Y con más precisión, no sólo regular la materia, sino ejercer la competencia ejecutiva con carácter exclusivo en la plena ordenación del uso de bienes y organización de servicios, puesto que para el caso de competencias delegadas⁶⁵⁸ será posible reservar ciertos aspectos de la materia a las CCAA⁶⁵⁹. Otro tanto asistirá para las actividades inspectoras subsumidas en el ejercicio de una potestad, al quedar reservadas éstas a la esfera de las competencias municipales.

⁶⁵⁶ Vid. Capítulo III y IV sobre el carácter auxiliar o instrumental de la potestad sancionadora al no tratarse de una materia propia de regulación exclusiva por las administraciones territoriales. Claro ejemplo citado en el Capítulo anterior sobre el reenvío de la potestad sancionadora entre las administraciones territoriales en el Estado de Alarma. Ciertamente el alcalde tenía potestad para sancionar con arreglo a la LOPSC, lo discutido en la AGE, era si esa competencia abarcaba la materia de seguridad pública con carácter nacional ante una pandemia sin precedentes.

⁶⁵⁷ Hay una relación o vinculación directa entre la potestad sancionadora y la gestión debiendo tener en cuenta que generalmente se tiene la potestad normativa cuando se atribuye la competencia material. En otras palabras, la potestad sancionadora debe atribuirse en función de las características de la actividad sobre la que se tiene competencia. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., p. 72. M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, op.cit., p. 63.

⁶⁵⁸ Inspección atribuida a la CCAA de CyL. R. RIVERO ORTEGA (2000), *El estado Vigilante*, op.cit., p. 141.

⁶⁵⁹ Implícita la potestad sancionadora de ordenar el uso de bienes y eventualmente de organizar servicios. “Añadiremos —siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA— que si, en la delimitación de las competencias autonómicas, los Estatutos contradijesen las competencias exclusivas que, según el artículo 149.1 del Texto Fundamental, «tiene» el Estado, tanto peor para los Estatutos, pues éstos carecen de fuerza para alterar la Constitución. En la práctica quizá no fuera necesario hablar —en este caso— de inconstitucionalidad, siendo suficiente el buscar una interpretación «conforme a la Constitución»”. E. GARCÍA ENTERRÍA, citado por A. CANO MATA (1989), “Potestad normativa sancionadora de las CCAA”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, p. 50. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., p. 296.

Pero en todo caso, habrá de ser el encaje de bolillos del sistema de fuentes locales, el que nos acierte con el precepto sancionador en concreto en el marco de la legalidad y las competencias locales, pues en palabras de MARIANO BAENA⁶⁶⁰: *“No se olvide que ello (legislación sectorial estatal), puede coincidir con una legislación autonómica de régimen local que regule la potestad sancionadora de los entes de este tipo, y desde luego las leyes sectoriales del Estado pueden otorgar potestad sancionadora a los entes locales. Tenemos, pues, posibilidades muy distintas en función de que existan leyes sectoriales del Estado y de las CCAA, y una legislación autonómica de régimen local y de que unas y otras hayan otorgado o no potestad sancionadora a los entes locales”*.

Tanto en el capítulo procedimental, como en los capítulos relativos a la inspección y a la sanción hemos achacado al legislador estatal la ausencia o difusa regulación del aparato de aplicación del Derecho administrativo en las EELL, tanto en su modalidad preventiva como represiva, en aspectos relativos a:

- La competencia de la potestad y el desarrollo de su ejercicio.
- La atribución al órgano en concreto y estatuto del órgano competente.
- La vinculación de las actuaciones inspectoras y sancionadoras.
- Adaptación del procedimiento inspector y sancionador a las EELL.
- Neutralidad política de las actuaciones inspectoras y sancionadoras.

Cambiamos de ámbito para intentar esclarecer qué soluciones nos proporciona la legislación sectorial autonómica a la vista de la exigua regulación estatal. Pasamos por ello a analizar el grueso de la legislación sectorial en la materia para ver si bien a través del desarrollo de las bases o bien en la ejecución de una de sus competencias exclusivas, la legislación sectorial ha sabido dotar de técnicas adecuadas a la Administración local que permita suplir las carencias descritas hasta el momento.

El art. 25 de la LBRL regula un elenco de materias que actúan como un vínculo permanente con el legislador sectorial quedando éste subyugado a atribuir necesariamente competencia a los EELL⁶⁶¹ de las cuales partimos de la presunción que el legislador

⁶⁶⁰ M. BAENA DEL ALCÁZAR (2011), *La potestad sancionadora...*, *op.cit.*, p. 63.

⁶⁶¹ STC 32/1981, de 28 de julio de la garantía institucional y STC 4/1981, de 2 de febrero acerca de la teoría del interés predominante y sobre las que insistiremos en nuestro capítulo VII.

sectorial autonómico ha exprimido la doble lista del art. 148 asumiendo la práctica totalidad de las materias por la generalidad de la autonomía.

3.2.1. URBANISMO, PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y VIVIENDA DE PROTECCIÓN PÚBLICA.

La verificación, cumplimiento y represión de la normativa urbanística⁶⁶² compete a los municipios en tanto que la disciplina urbanística es una competencia exclusiva propia. El control estatal y autonómico en la materia pasa por analizar cómo se ha gestionado económicamente la política pública y por examinar el desarrollo normativo o la aprobación de los instrumentos de planeamiento por su carácter multidisciplinar⁶⁶³.

El art. 111 de la LUCYL, atribuye la potestad sancionadora e inspectora al municipio en esta materia, y la LOUSA va más allá atribuyendo directamente al alcalde o concejal en quien delegue, la competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores (art. 196).

Sin embargo, lejos de regular ciertas especialidades procedimentales para las EELL tanto el art. 196 de Andalucía como el art. 116 de CyL remiten a la legislación de Procedimiento Administrativo Común indicando sólo una tímida reserva de funcionario para el órgano instructor⁶⁶⁴.

En cuanto al personal inspector, los arts. 338, 339 y 340 del RUCYL configuran una reserva a funcionarios y el 179 de la LOUSA no se atreve con la calificación subjetiva, si bien detalla sus funciones entendiendo que bajo este paraguas no quedan excluidos los corporativos del ejercicio de las funciones inspectoras por el carácter de autoridad.

⁶⁶² Sobre la seguridad jurídica y la utilidad del Registro de la Propiedad en la aplicación y el control de la legalidad urbanística: “*No sólo se persigue la adecuación de la urbanización a la legalidad establecida, asentada sobre la función social que en todo momento debe cumplir la propiedad, sino, y de modo fundamental, preservar de ciertos abusos el tráfico inmobiliario y evitar en lo posible las conductas especulativas*”. M. FUERTES LÓPEZ (1995), “Urbanismo y publicidad registral”, Madrid: Marcial Pons, p. 11.

⁶⁶³ Pese al carácter de competencia propia, de conformidad con la STC 61/1997, de 20 de marzo el urbanismo goza de un carácter multidisciplinar o pluridisciplinar afectando a otras materiales sectoriales o competencias exclusivas del Estado 1491.1, 149.1.13 así como al resto de sectoriales 149.1.21, 1.23, etc.

⁶⁶⁴ F. LÓPEZ RAMÓN, V. ESCARTÍN ESCUDÉ (2013), *Bienes públicos, urbanismos y medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons. J. M. BAÑO LEÓN (2009), *Derecho urbanístico común*, Madrid: Iustel. T. QUINTANA LÓPEZ (2016), *Manual básico de derecho urbanístico de Castilla y León*, Madrid: Tirant lo Blanch.

Aún con todo, lo habitual sigue siendo la residualidad del “*órgano competente*” sin especificar su estatuto tal y como dispone el Art. 3 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid: “*Con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la necesidad o no de iniciar dicho procedimiento*”.

La Ley 9/1993 de 30 de septiembre del Patrimonio Cultural Catalán en su art. 75 revela una “*externalización*” de las potestades represivas en los Consejos Comarcales para los municipios más pequeños que entendemos favorable. Esta norma anuncia que, en los municipios de menos de cinco mil habitantes, la competencia para sancionar las infracciones relativas a bienes culturales deberá ser ejercida por los Consejos Comarcales. Además, en esta disposición normativa con rango de ley se realiza una doble reserva al personal inspector; esto es, la condición de autoridad sumada a la condición de funcionario público desarrollando asimismo el conjunto de actividades que pueden comprender la inspección tales como; examinar los bienes, libros, documentos y, en general, todo lo que pueda servir de información para cumplir y ejecutar sus tareas.

En esta línea externalizadora de orientar la prevención y represión de los pequeños municipios a otras entidades “*superiores*” sorprende la normativa madrileña (LSCM) en su art. 193 en cuanto a la suspensión de actos de edificación o uso del suelo realizados sin licencia u orden de ejecución:

- De una parte, prevé que si la CCAA tiene conocimiento de la realización de las obras contrarias al ordenamiento jurídico practicará un requerimiento⁶⁶⁵ al alcalde, y de ser desatendido podrá ejecutarse subsidiariamente por el Consejero competente, pudiendo éste a su vez disponer de medidas complementarias.
- De otra parte, del incumplimiento de la orden de suspensión se dará cuenta al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de responsabilidad penal que proceda⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Discutible la legalidad de ese requerimiento tal y como veremos en el capítulo de la autonomía al tratarse de un control superior a lo previsto en los arts. 60 y ss. De la LBRL.

⁶⁶⁶ Parecemos asumir una vez más la derrota del Derecho administrativo para el cumplimiento normativo poniéndolo en conocimiento de la jurisdicción penal.

Vinculación

La legislación sectorial no hace eco de excepción en cuanto a la ausencia de vinculación entre las actuaciones inspectoras y sancionadoras⁶⁶⁷. Sólo supuestos excepcionales (Balears o Murcia⁶⁶⁸) en los que se prevé que las actas de inspección darán lugar necesariamente a la actuación de oficio de los diferentes órganos urbanísticos competentes, y de forma más precisa, la normativa andaluza prevé que “*cuando de las actuaciones inspectoras resulte la existencia de elementos de convicción suficientes para la exigencia de responsabilidad sancionadoras, del restablecimiento del orden jurídico perturbado o de la persecución de la realidad física alterada, ello dará lugar a la iniciación del correspondiente procedimiento administrativo*”⁶⁶⁹.

Conservación y rehabilitación de la edificación.

Con respecto a la conservación, rehabilitación de la edificación y de los derechos y deberes urbanísticos ya regulados por el legislador estatal en virtud del 149.1.1. (Art. 6 TRLS). El aparato policial de las EELL se materializa en las “*órdenes o mandatos de prohibición*”, uno de los medios de intervención de las EELL en la actividad de los administrados⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ Por si cupiera el beneficio de la duda, la ausencia de vinculación es remarcada por el reglamento madrileño. Art. 5.4 Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid “*La comunicación de un órgano que tenga atribuidas facultades de inspección, la petición razonada de iniciación de un procedimiento sancionador o la presentación de una denuncia no vinculan al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador...*”.

⁶⁶⁸ Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears. (Art. 162). Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia. Art. 299.c) “*Proponer al órgano del que dependan la apertura de expedientes sancionadores y, dentro de ellos, la adopción de las piezas separadas de suspensión de actuaciones ilegales y/o de restablecimiento del orden infringido; así como el ejercicio de las acciones de revisión o impugnación de los actos que infrinjan el ordenamiento urbanístico*”.

⁶⁶⁹ Art. 29.4 del Reglamento Andaluz de Organización y funciones de la inspección y de manera similar el art. 47 del Reglamento castellano-manchego de disciplina urbanística.

⁶⁷⁰ RD. 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Nos encontramos ante un reglamento que desarrolla inusualmente la potestad inspectora de la Administración local y aún con todo adolece de los mismos escollos que los escuetos de regulación. En primer lugar, observemos cómo va deshinchándose el art. 25 donde tras lucir que “*el personal inspector desarrollará sus funciones con autonomía técnica*”, añade una conjunción que deja sin efecto el apartado anterior en un “*sin perjuicio del cumplimiento de las instrucciones y directrices técnicas establecidas por la persona titular del Centro Directivo con competencias en Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda; del respeto a las órdenes de la Jefatura del equipo de inspección o grupo especializado en que desarrolle su actividad; del cumplimiento en plazo de las órdenes de servicio que se le impongan y del sometimiento a los controles de rendimiento o de cumplimiento de los objetivos que se puedan establecer por el titular*”.

Ante el incumplimiento de estos deberes de conservación y rehabilitación para garantizar las condiciones de seguridad, salubridad, ornato o estética; el ordenamiento jurídico local dispone de estos mandatos o prohibiciones de carácter ejecutivo previendo el mecanismo de ejecución subsidiaria en el caso de su incumplimiento (106 LUCYL).

Esta manera de compeler al ciudadano al cumplimiento de una orden de ejecución antes de iniciar la ejecución subsidiaria como medio de ejecución forzosa (art. 158 LOUSA) por más que se parezca a una sanción difiere de la misma. Tal es así que la STS de 5 de junio de 2019 diferencia a conciencia las multas coercitivas y sanciones administrativas⁶⁷¹.

Protección y gestión del patrimonio histórico.

Nos encontramos una vez más en la prolija situación en la que varios aspectos de una materia de aparente exclusividad del municipio son regulados por varias administraciones al haber asumido tanto la AGE como las CCAA aspectos de tutela en esta materia⁶⁷².

No obstante, no debemos olvidar que la competencia exclusiva atribuida a las CCAA o a la AGE queda circunscrita únicamente a los títulos competenciales del patrimonio de su titularidad (148.1.16 y 149.1.28). Dicho lo cual, la conservación y gestión del patrimonio de las EELL y sin perjuicio de la observación por parte de la CCAA, pertenece a los Ayuntamientos. La “tutela” o participación más relevante por parte del órgano autonómico es la autorización previa para realizar obras una vez se ha declarado Bien de Interés Cultural algún inmueble, zona, o conjunto histórico del municipio y en tanto se

del Centro Directivo de Inspección...”. Al contrario, su homóloga canaria, somete cualquier inspección a la autoridad y control del órgano de gobierno político: Art. 326 Sometimiento de la función inspectora al órgano de gobierno, Ley canaria. “La función inspectora corresponde, en el ámbito de sus respectivas competencias, a los Ayuntamientos, los cabildos insulares, la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural y a las demás administraciones que la tengan atribuida específicamente en su ámbito sectorial, y será ejercida, bajo la superior autoridad y dirección del órgano de gobierno que corresponda, por el personal al que se atribuya este cometido dentro de cada administración”.

⁶⁷¹ Vid. Capítulo III.

⁶⁷² Preámbulo Ley 12/2002 Patrimonio Cultural Castilla y León. “En virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución española, y sin perjuicio de lo que establece el apartado 2 de dicho precepto, la Comunidad de Castilla y León es titular, con carácter exclusivo y en los términos del artículo 32.1.12.a de su Estatuto de Autonomía, de competencias en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico. Le corresponden por ello las potestades legislativa y reglamentaria, así como la función ejecutiva, incluida la inspección, en todo lo referente a dichas materias que sea de interés para la Comunidad y no se encuentre reservado al Estado”.

aprueba el instrumento urbanístico de desarrollo correspondiente. (Art. 44 Ley 12/2002 Patrimonio Cultural CyL).

En esta línea de órganos sancionadores concurrentes⁶⁷³, el art. 23 de la LPHE (Ley de patrimonio histórico del Estado) reserva la autorización previa a la concesión de licencia a Patrimonio del Estado, obligando a la Administración competente a su demolición o reconstrucción.

Si bien es cierto que en el caso parangonable a las regiones observamos una atribución de competencia sancionadora a las CCAA, no es menos cierto que únicamente se refiere para el patrimonio de su titularidad, pues las sanciones que se prevén directamente a los Ayuntamientos o vecinos en relación al patrimonio de los mismos son principalmente la ausencia o incumplimiento de las autorizaciones previas a la licencia urbanística durante el tiempo que dure la “*tutela*” a que nos hemos referido (arts. 83 a 85 LPCCYL) o para el caso de los Bienes de Interés Cultural⁶⁷⁴.

Más discutible parece ser si esta tutela previa a la obtención de licencia en el caso de declaraciones de Bien de Interés Cultural ha de extenderse a las actuaciones de promoción municipal o iniciativa pública en el término donde radique el Ayuntamiento, o únicamente quedan reservadas a los supuestos referidos por parte de particulares. Esto es, si puede extenderse este “*Ius Puniendi*” autonómico hacia las actuaciones de los propios Ayuntamientos mientras dure la tutela respecto de la infracción urbanística tipificada como infracción grave en todas las normas autonómicas. (Muestra art. 84 a) LPCCYL. Tratamos de dar respuesta a esta cuestión en los siguientes párrafos a través de nuestra normativa autonómica que en este aspecto presenta tintes homogéneos para el resto de regiones.

Para el caso de Castilla y León en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la CE y sin perjuicio de lo que establece el apartado 2 de dicho precepto, la CCAA es titular con

⁶⁷³ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, op.cit., p. 411.

⁶⁷⁴ MIRIAM CUETO hace especial referencia al patrimonio cultural en Asturias a través de la Ley 1/2001 de 6 de marzo de Patrimonio Cultural, haciendo especial hincapié en los bienes incluidos en los Catálogos urbanísticos municipales donde la Ley señala que los Ayuntamientos están obligados a incluir en catálogos elaborados de acuerdo con la legislación urbanística afirmando que los bienes inmuebles que por su interés histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, o de cualquier otra naturaleza cultural, merecen conservación y defensa, aun cuando no tengan relevancia suficiente para ser declarados BIC o incluidos en el Inventario del Patrimonio cultural de Asturias. M. CUETO PÉREZ (2003), “Cultura, deporte y ocio”, en: A. ARCE JANÁRIZ, *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*. Estudio sistemático, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 400 y 401.

carácter exclusivo y en los términos del artículo 32.1.12.a) de su Estatuto de Autonomía, de competencias en materia de patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico. Le corresponden por ello las potestades legislativa y reglamentaria, así como la función ejecutiva incluida la inspección en todo lo referente a dichas materias que sea de interés para la Comunidad y no se encuentre reservado al Estado. (Ley 23/1982, de 16 de junio de Patrimonio Nacional).

El precitado art. 44 de la LPCCYL cita textualmente que la *“la concesión de licencias o la ejecución de las ya otorgadas antes de iniciarse el procedimiento de declaración, así como la emisión de órdenes de ejecución, precisará, en el ámbito afectado por la declaración, resolución favorable de la Consejería competente en materia de cultura”*.

Tanto la ley autonómica como su reglamento limitan la autonomía municipal o extienden la tutela, a la autorización previa respecto del otorgamiento de licencias de obras⁶⁷⁵ y la emisión de órdenes de ejecución, lo cual no parece extenderse al presente caso (obras exentas de licencia al ser actuaciones públicas) siguiendo el latín *“Ubi Lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*. (Art. 97 LUCYL y art. 289 RUCYL, art. 11 TRLS).

Observamos que si bien, para la ejecución de obras públicas se añade el desarrollo de *“expresamente eximidas por la legislación sectorial”* para los actos promovidos por el Ayuntamiento en su término municipal no existe condición suspensiva alguna.

La posibilidad de extender la tutela de la autorización previa para las obras municipales, se hace incluso menos viable si el Ayuntamiento estuviera llevando a cabo la ejecución de obras de urbanización en BIC, pues consultada jurisprudencia⁶⁷⁶ las obras de

⁶⁷⁵ Comparativa urbanística de la legislación sectorial autonómica. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora, op.cit.*, p. 125-126.

⁶⁷⁶ Es innecesaria la licencia urbanística para llevar a cabo las obras relativas a proyectos de urbanización STS de 22 de noviembre de 1994. En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de octubre de 1996 y Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Canarias de fecha 25 de abril de 1997 que señalan que: *“En tal sentido es preciso comenzar recordando que es doctrina jurisprudencial consolidada, que por conocida excusa de su cita en detalle, la que establece que las obras de ejecución de un proyecto de urbanización no requieren licencia municipal en cuanto que la actividad de control que lleva implícita toda licencia ha de ejercerse, cuando de ejecución de un proyecto de urbanización se trate, antes de aprobarse el propio proyecto de urbanización, que, de no ser fiel ejecutor del planeamiento urbanístico, debe rechazarse desde el principio. Por eso, una vez aprobado el proyecto, la licencia es innecesaria puesto que sería absurdo que los Servicios Técnicos municipales hubieran de comprobar por segunda vez si el Proyecto de urbanización es conforme a las previsiones del Plan de Ordenación que viene a ejecutar”*. Idéntico criterio se contiene en las Sentencias del Tribunal Superior de justicia de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 2002 y (Sevilla) de 30 de enero de 2002), y del Tribunal Superior de justicia de Cataluña de 30 de septiembre y 31 de diciembre de 2003.

urbanización no precisan de licencia urbanística. Los movimientos de tierra tales como desmontes, explanaciones excavaciones y terraplenados cuando están detallados y programados como obras a ejecutar en un proyecto de urbanización o edificación aprobado, no precisarán de la obtención de licencia (art. 19 RDU).

Por lo expuesto entendemos, que si bien existe una tutela jurídica de patrimonio en aquellos municipios que no tengan aprobado el instrumento de planeamiento correspondiente; al tratarse de obras de promoción municipal, el control de la Consejería no parece quedar encajado en el supuesto tipificado con la máxima de que la tutela no debe operar como un control entre administraciones de igual capacidad⁶⁷⁷.

3.2.2. MEDIO AMBIENTE URBANO.

Los principios de la estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera han arrinconado esta competencia de “*protección del medio ambiente*” que citaba el texto original de la LBRL al “*medio ambiente urbano*”⁶⁷⁸ con el desarrollo “*ut supra*” tras la nueva redacción dada por la LRSAL.

El marco conceptual de la Estrategia de Medio Ambiente Urbano reside en el Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la era de la Información, cuya finalidad es ser el documento de referencia de las políticas ambientales relacionadas con el proceso de cambio de los sistemas urbanos en nuestro país, así como la herramienta técnica y educativa para los profesionales que harán posible el tránsito de nuestras ciudades hacia escenarios más sostenibles⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Vid. Capítulo VII. Se nos ha planteado en su momento la problemática a la inversa. En este caso se dirimía sobre si la licencia de uso provisional en suelo urbanizable debía otorgarla la CCAA o al estar las obras de iniciativa municipal exentas de la misma, podría auto atribuírsela el Ayuntamiento. A lo que debemos responder de manera negativa tras conjugar los Arts. 47 y 313 del RUCYL ya que el Ayuntamiento está exento de la solicitud de licencia municipal para las obras de su iniciativa, pero no lo está de autorización de uso excepcional al provenir el control de un órgano externo.

⁶⁷⁸ El Tribunal Constitucional señala expresamente en la STC 102/1995, de 26 de junio fundamento jurídico 4, que “*el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida; así, el entorno urbano se incluye en la concepción constitucional del medio ambiente. En esta misma línea la Ley de Suelo, en su Exposición de Motivos, señala que el suelo urbano –la ciudad ya hecha– tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso*”.

⁶⁷⁹ Sede electrónica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. https://sede.mitma.gob.es/sede_electronica/lang_castellano/

Al conceptuarse el medio ambiente urbano⁶⁸⁰ en una materia compartida por las administraciones con autonomía política, el ejercicio punitivo por parte de la legislación sectorial autonómica deberá ceñirse a los principios reflejados en la STC 196/1996, de 28 de noviembre⁶⁸¹.

No es menos relevante que la protección constitucional del medio ambiente⁶⁸² ya prevé un mandato directo a los poderes públicos para velar por la correcta utilización de los recursos naturales, así como una previsión de sanciones penales o administrativas en caso de transgresión del derecho constitucional protegido (art. 45 CE) donde en todo caso debe permitirse cabida a las potestades preventivas y represivas

Las bases estatales, de conformidad con la jurisprudencia precitada, cumplirán una función de “ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso” pero que circunstancialmente podrán ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. Esta función de ordenación mediante mínimos permite que las CCAA establezcan niveles de protección más altos, que por esta sola razón no entrarían en contradicción con la normativa básica del Estado sobre protección del medio ambiente.

Bajo este contexto, las potestades inspectoras y sancionadoras en el ámbito del medio ambiente urbano quedarán indubitadamente atribuidas a las EELL en el estricto ámbito de sus competencias⁶⁸³ tal y como muestra la legislación castellanoleonesa, catalana, o de la comunidad uniprovincial de La Rioja.

⁶⁸⁰ Sobre las competencias sancionadoras en materia de medio ambiente. J. M. ALEGRE ÁVILA (2008), “Potestad sancionadora y Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, p. 221-233.

⁶⁸¹ STC 196/1996, de 28 de noviembre (f. 2)13. “En el ámbito del artículo 149.1.23ª Ce la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección, de forma que la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades autónomas, con competencias en la materia, establezca niveles de protección más altos, que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado, protección del medio ambiente, siendo el sentido del texto constitucional el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. en definitiva, la protección concedida por la ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente impropio es que resulte restringida o disminuida”.

⁶⁸² C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007), *La protección del paisaje*, Madrid: Marcial Pons.

⁶⁸³ Ello no obsta para indicar que el medio ambiente urbano queda enmarcado en el concepto supramunicipal de medio ambiente donde las autonomías gozarán de competencia con regímenes inspectores y sancionadores. Y. GARCÍA MORALES (2013), “Competencias locales y protección del

El art. 41 TRLPA señala que en las actividades sometidas a licencia ambiental serán los Ayuntamientos en el ejercicio de las competencias de inspección los competentes, (sin perjuicio de las funciones de la Administración autonómica en el ejercicio de sus competencias para todo aquel ámbito que exceda el medio ambiente urbano) a fin de realizar las comprobaciones oportunas. Pues bien, la atribución competencial a los Ayuntamientos de la potestad inspectora no viene dada sino por un abierto art. 66 en el que para el resto de actividades donde la autonomía no despliegue su competencia, toda actividad de inspección corresponde al Ayuntamiento en cuyo ámbito territorial estén ubicadas las instalaciones.

Ibidem para el art. 43.2.3 de la Ley 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja: *“La Administración local desarrollará su propia inspección para el correcto ejercicio de su competencia en el marco de la presente ley y del régimen local”*. O el caso del art. 86 de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades de Cataluña: *“La potestad sancionadora para las infracciones tipificadas en la presente ley corresponde al órgano del departamento competente en materia de medio ambiente y de los entes locales, según el ámbito de las competencias respectivas atribuidas por la presente ley”*.

Parques y jardines públicos.

Es la Ley estatal 42/2007 de 13 de diciembre de Patrimonio Natural y Biodiversidad, la que otorga ciertas directrices a modo de líneas matriz en las que se deberán ejercer las potestades inspectoras y sancionadoras en esta materia (DFII). Así, el art. 79 regula un régimen general de la responsabilidad dimanante en materia de medio ambiente, remitiendo para su cálculo a la Ley 26/2007 de 23 de octubre, y detallando principios como el *“bis in ídem”* o la responsabilidad solidaria ya mencionada.

Sin embargo, la DAII, deja entrever que deberán de ser las EELL para una buena regulación de su competencia (parques y jardines) las que tipifiquen las infracciones y sanciones que prevé la normativa estatal, regulen su régimen inspector y desarrollen las medidas necesarias para el buen hacer en materia de intervención en la actividad de los administrados.

medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32., p. 83-90.

Por ello, salvo que se trate de infracciones extraordinarias en esta materia de tal manera que excedan el ámbito local, (introducción de nuevas especies o de protección de reservas naturales), el común de las infracciones de parques y jardines se regula a través de la figura de la ordenanza, y es impuesto a través de la potestad sancionadora municipal (art. 81.4 LPNB).

Curiosa y confusa regulación establece para la inspección local el art. 326 la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Además de la cláusula preferida y no comprometedor del legislador sectorial sobre el “*personal encargado de los Ayuntamientos*” y “*en el ámbito de sus competencias*” somete en papel toda inspección “*a la dirección del órgano de gobierno que corresponda y al personal al que se atribuya este cometido dentro de cada administración*”. Dos puyazos dejan aquí semiinconsciente al toro bravo del cumplimiento del derecho en los EELL. De una parte, la atribución al personal que tenga ese cometido en el ámbito de cada administración careciendo de ese personal en el grueso de los municipios, y de otra, el sometimiento a un criterio que podría apartarse de la legalidad o con certeza acercarse a la oportunidad al sucumbir cualquier intento de independencia del aparato inspector al control y dirección del órgano político.

Gestión residuos sólidos urbanos.

La inspección y la sanción vuelven a ir de la mano para esta materia siempre que se reserven al servicio público local detallado en el art. 12.5 de la Ley 22/2011 de 28 de julio de Residuos y Suelos Contaminados.

No podemos aquí negar la mayor de la realidad geográfica territorial sin hacer una pequeña digresión en lo que respecta a las mancomunidades⁶⁸⁴ como principal entidad que presta este servicio a través de la agrupación de municipios cercanos.

Las mancomunidades de municipios adquieren la categoría de EELL no territoriales y son concebidas desde la oriunda regulación de la LBRL como asociaciones de municipios con personalidad y capacidad jurídica propia para la ejecución en común de obras y servicios de su competencia (arts. 4 y 44 LBRL).

⁶⁸⁴ Control de los EPCI de los poderes de policía de los alcaldes. La obligación de los municipios de mancomunarse y el “*rescrit*” como modalidad del control de legalidad en Francia. A. BOTO ÁLVAREZ (2020), “Reformas en la arquitectura institucional y competencial del bloque local francés”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, p. 8.

He aquí para estos entes, una materialización más de la falta de conexión entre Estado y CCAA en lo que refiere al Régimen local. En un primer momento, el legislador estatal en a través de la LRSAL⁶⁸⁵ y en la conocida DT 11º, dispuso la modificación de los estatutos de las mancomunidades para la prestación exclusiva de servicios públicos necesarios. Sin embargo, en segundo término, el legislador autonómico ha alentado la creación de este tipo de entidades con unos fines de interés general para la prestación de la mayoría de servicios de forma mancomunada, mejorando así la eficacia y la eficiencia. Todo ello a través de la creación de un nuevo mapa de las UBOST⁶⁸⁶ y la creación de Mancomunidades de Interés General (MIG)⁶⁸⁷.

En cualquier caso, en nada varía para las potestades preventivas y represivas este tipo de cambio organizativo, pues la LRSAL no modificó la condición de EELL de las mancomunidades, ni limitó el haz de facultades a que refiere el art. 4 LBRL. (Art. 4.3 LBRL⁶⁸⁸).

⁶⁸⁵ Una de las pretensiones de la conocida como “*reforma económica de la Administración local*” fue la supresión o eliminación de todos aquellos organismos que no fueran estrictamente necesarios claro reflejo de la DA IX de la LBRL del “*Redimensionamiento del Sector Público Local*”.

⁶⁸⁶ Una unidad básica de ordenación y servicios del territorio (UBOST) es en la Comunidad Autónoma española de Castilla y León el nombre que recibe en la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León (LORSERGO) el espacio geográfico delimitado básico para la prestación de servicios de la Junta de Castilla y León.

⁶⁸⁷ Decreto 30/2015, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Mancomunidades de Interés General. Es la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, la que regula en su Título IV a las MIG, estableciendo un modelo que, a través del fomento de asociaciones voluntarias de municipios pretende hacer más eficaz y eficiente la gestión de las competencias municipales. Las MIG, asociaciones sustentadas en la Autonomía local, en la voluntariedad y con una vocación de permanencia, presentan unas características muy nítidas: A) fomentan fórmulas de gobierno y gestión de los servicios locales basadas en economías de escala y en la optimización de los recursos municipales, apoyando así la consecución de los principios de eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera local, b) tratan de reorganizar las actuales mancomunidades, estableciendo la posibilidad de llegar a constituir mancomunidades de interés general sirviendo de base las actuales a través de unos procesos transitorios o graduales, c) y evitan, en todo caso, la creación de una nueva estructura administrativa, racionalizando la estructura organizativa de la Administración local, ya que los órganos de gobierno son los mismos que los de las preexistentes mancomunidades.

⁶⁸⁸ “*En efecto, una vez creado el servicio público local obligatorio por el artículo 26 LBRL acto seguido el artículo 86.2LBRL declara «ex lege» la reserva a favor de las EELL -y, por ende, la titularidad (pública) de la actividad con exclusión de la iniciativa privada- entre otros, del servicio de recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, dado su carácter indispensable y esencial para la colectividad local. Atendiendo precisamente a la idea de la esencialidad del servicio, conforme la tiene tempranamente reconocida el TC. Desde la STC 26/1981, de 8 de abril -lo cual es perfectamente traducible ahora al caso de la recogida de residuos municipales- «servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales»*”. A. FORTES MARTÍN (2018), *La gestión contractual del servicio*

Las mancomunidades rigen preferentemente por sus estatutos. (Art. 44.2 LBRL), pero en defecto de una atribución expresa de la potestad sancionadora en los mismos, la LBRL recoge en su art. 4 la posibilidad del ejercicio de las sanciones para “*el cumplimiento de su finalidad*”. Siguiendo una vez más la máxima de que el ente que regula la materia debe ejercer sus potestades represivas o coercitivas para el cumplimiento de sus fines, y en palabras de BUETI “*la actuación represiva forma parte o es inherente a la gestión administrativa de la materia*”.

Contaminación acústica

La contaminación acústica, pese a su inicial configuración en el marco del medio ambiente urbano se eleva de la normativa sectorial autonómica al haber gozado su protección en no exiguas ocasiones de la consideración de derecho fundamental por la posible transgresión del derecho a la intimidad⁶⁸⁹. Pese a ser los propios funcionarios municipales (policía local principalmente) los encargados generalmente de esas mediciones en los privilegiados municipios que contaran con ella, es la jurisprudencia europea y constitucional la que ha establecido los límites parangonando su protección a los derechos fundamentales.

La Sentencia del TEDH 16 de noviembre de 2004 declaró que conforme al art. 8 del Convenio de Roma: “*El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar con toda tranquilidad de dicho espacio*”. Nuestro TC en sus sentencias 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero y 150/2011, de 29 de septiembre han incorporado esta doctrina declarando que “*una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables insoportables, ha de merecer la protección dispensada la derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario en la medida en que impidan o dificulten gravemente el desarrollo*

de recogida de servicios domésticos, Madrid: IUSTEL, p. 107. Sobre la atribución de la potestad sancionadora a las Mancomunidades véase “*Espacio público y ordenanzas locales. Estudio sobre su régimen jurídico*”, considerándola como una potestad implícita en la medida que fuera necesaria para la gestión de sus intereses y así quedara atribuida en sus estatutos. J. I. CUBERO MARCOS, I. LASAGABASTER HERRARTE (2019), *Espacio público y ordenanzas locales. Estudio sobre su régimen jurídico*, San Sebastián: IVAP, p. 48.

⁶⁸⁹ Ruidos y contaminación acústica en el ámbito administrativo. J. A. MARTOS NUÑEZ (2010), *El delito de contaminación acústica*, Madrid: IUSTEL. Sobre la regulación y régimen jurídico de los horarios comerciales: H. VILLAREJO GALENDE (1999), *Régimen jurídico de los horarios comerciales*, Madrid: Comares.

de la personalidad si bien siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”.

Con todo, las atribuciones del cumplimiento y aplicación del derecho tanto en su vertiente preventiva como represiva siguen atribuidas con carácter general en los entes municipales y confiando en la ordenanza local como cauce procedimental adecuado para la regulación de su ejercicio (arts. 29.2 y 30⁶⁹⁰). Respecto al órgano inspector, se establece una reserva a personal funcionario así como la atribución del carácter de agente de autoridad y la posibilidad de acceder a cualquier lugar, instalación, o dependencia de cualquier titularidad pública o privada. (Art. 27).

Además, si bien algunas CCAA han regulado para la protección de esta materia órdenes que determinan el horario de espectáculos y actividades, (Orden IYJ/689/2010, de 12 de mayo, de la Comunidad de Castilla y León). En otras tantas, se ha seguido confiando en el aparato local para el establecimiento y regulación de horarios especiales de apertura y cierre como es el caso del Art. 5 de la Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.

La protección de la contaminación lumínica y atmosférica

Este aspecto de la materia tiene una especial protección transversal a través de la Agenda 2030, perteneciendo al cuerpo de una serie de medidas que la UE ha venido desarrollando para la protección del cambio climático en alta escala de prioridades en la Agenda Europa 2030 a través de 17 objetivos de desarrollo sostenible⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido que transpone la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a la evaluación y gestión del ruido ambiental.

⁶⁹¹ Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. Desarrollo Real Decreto 1042/2017, de 22 de diciembre, sobre la limitación de las emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de las instalaciones de combustión medianas y por el que se actualiza el anexo IV de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. Observar que es el preámbulo de esta norma donde se indica que *“en este contexto se ubica el importante acervo jurídico y el conjunto de políticas y medidas que la Comunidad Europea ha venido desarrollando desde los años setenta en materia de calidad del aire, y los tratados regionales y multilaterales adoptados para alcanzar otros objetivos de la protección atmosférica tales como reducir la contaminación transfronteriza, proteger la capa de ozono o combatir el cambio climático. Por lo que a España se refiere, también cabe situar en este proceso la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del ambiente atmosférico que, junto a su extenso desarrollo reglamentario, ha servido hasta la fecha como norma básica para enmarcar la respuesta a los problemas de la contaminación del aire”*. Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Para dar verdadero cumplimiento a la norma se ha dado una vuelta más en la técnica y se pretende utilizar la presión fiscal para el cumplimiento de una norma, es por

La legislación básica en la materia viene dada por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, sin embargo, la atribución competencial de las EELL la realiza en los términos que la atribuya el legislador sectorial estatal y autonómico. La figura de la ordenanza tipificadora con las carencias ya descritas, vuelve a ser clave en el ejercicio de la potestad sancionadora del medio ambiente existiendo una continua remisión a la tipificación en las ordenanzas de infracciones y regulación de la materia confiando en el nuevo Título XI de la LBRL. (Arts. 5.3 y 37 de la Ley 34/2007 de 15 de noviembre de calidad del aire y protección de la atmósfera).

Respecto a la inspección, del mismo modo que observamos en materia de ruido, será el municipio la Administración competente siempre que la materia no exceda su ámbito de conformidad con el art. 26, y el inspector deberá ser un funcionario con carácter de agente de la autoridad⁶⁹².

En referencia a la tipificación de las ordenanzas municipales este tipo de sanciones, huelga mencionar por la contemporaneidad del asunto la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2020⁶⁹³ (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, donde concluye que *“los municipios pueden establecer normas, incluso más rigurosas que las normas estatales y autonómicas, como consecuencia de la protección del medio ambiente que comprende el paisaje urbano, la contaminación lumínica y la contaminación visual que es un derecho”*. Dedicó el Séptimo a razonar sobre la oposición de la recurrente al procedimiento regulado en el Capítulo II en lo referente al procedimiento sancionador señalando: *“Que admite que los Ayuntamientos puedan regular, por intermedio de ordenanzas, el régimen sancionador municipal sin amparo en la legislación sectorial como pretende la parte actora, con cita de su sentencia 868/2011, de 15 de noviembre (...) (F.J.1)”*. *“(...) Sentencia Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011 (casación*

ello que la potestad sancionadora queda materializada en infracciones y sanciones tributarias. Orden TEC/351/2019, de 18 de marzo, por la que se aprueba el Índice Nacional de Calidad del Aire.

⁶⁹² Evolución normativa autonómica. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora*, op.cit., p. 139-144.

⁶⁹³ M. MORA RUIZ (8 de abril de 2021), “Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo. Comunidad Valenciana. Energía eléctrica. Impuestos”, *actualidadjuridicaambiental.com*, <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/author/mmoraruiz/>. Esta sentencia forma parte del elenco de las *“atrevidas”* que consideran consustanciales al municipio las atribuciones reprimir conductas contrarias a derecho siempre que se trate dentro del ejercicio de sus competencias *“naturales”*. Minimización del impacto visual confirmándose la legalidad de la protección de la contaminación ambiental mediante ordenanza que veda la instalación en determinados suelos, bien de dominio público, bien de dominio privado, de ciertas instalaciones.

3002/2004). En esta Sentencia se han confirmado pronunciamientos respecto a la regulación de los aspectos estéticos y de adecuación al entorno -impacto visual-, en el marco establecido en la legislación urbanística que no debe realizarse necesariamente por los planes de dicha naturaleza, sino que constituye el objeto propio de ordenanzas municipales aprobadas por los entes locales. Se rechazó que la no definición reglada de los conceptos impida acotar el margen de incertidumbre del concepto jurídico indeterminado. Sentencia Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (casación 1370/2007)”.

Por la “remisión en blanco” (art. 5.3) que realiza el legislador básico estatal, no cabe sino redirigirnos al legislador autonómico. En la CCAA de Madrid, es la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid en la que se indica que “los municipios podrán, en cualquier momento, realizar las inspecciones y comprobaciones que consideren necesarias en relación con las actividades objeto de Evaluación Ambiental de Actividades”. Observemos en primer lugar la falta de claridad en cuanto a la atribución de competencias o ámbitos de la misma donde el legislador sectorial permite el paso a las EELL, y en segundo plano, como al regular los servicios para el ámbito competencial autonómico se reserva la condición de funcionarios, así como las funciones de vigilancia e inspección. En su aspecto subjetivo son considerados agentes de autoridad con la potestad de acceder a aquellos lugares donde se desarrollen actividades previa identificación y sin aviso previo, así como el acompañamiento de asesores técnicos para el ejercicio de sus funciones⁶⁹⁴.

3.2.3. AGUAS.

Dos normas estatales son las de principal aplicación en la Administración local en materia de abastecimiento y depuración de aguas: El Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

⁶⁹⁴ Art. 50 comunidad Madrid. Fíjese todo el desarrollo en el caso de inspección autonómica: Sanciones, potestades, ejercicio de autoridad, del que carece cuando se regula el ámbito local. En caminos paralelos la Ley del País Vasco, o la Ley 8/2002, de 18 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico de Galicia donde en su art. 51 establece un distinto régimen competencial sancionador en función de la población del municipio. T. QUINTANA LÓPEZ, A. B. CASARES MARCOS (2014), *Ley de evaluación ambiental: Ley 21-2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tirant lo Blanch.

Pese a que el art. 322 del RDPH en relación con el TRLA, establece al Organismo de Cuenca como órgano inspector y sancionador; su ámbito se limita a captaciones, vertidos, y todo lo referente a la denominada zona de policía y dominio hidráulico donde el Ayuntamiento carece de competencias exclusivas (arts. 316 y 322 RDPH).

Para nuestros pequeños municipios, los medios de intervención suelen destinarse a aspectos de la materia, tales como, el cerramiento de pozos, captaciones o sondeos y acometidas ilegales. Para el segundo de los aspectos resulta ilustrativo lo dispuesto por el TS en la STS de 21 de junio de 1999 donde precisa las competencias y potestades municipales para el corte del suministro de agua en una entidad local. Este pronunciamiento indica que, a tenor del artículo 1.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), el Ayuntamiento puede imponer que se efectúe debidamente la prestación del servicio por los particulares, y el propio artículo 17.1 del RSCL otorga potestades para aprobar las tarifas, fijar las condiciones técnicas y determinar las modalidades de prestación así como las garantías de interés público y las sanciones aplicables amén de la revocación de la autorización si procediera. Añade el TS que *“la autorización para el corte del suministro de aguas es de competencia del organismo oficial correspondiente”*. Pero entiende el TS que *“habida cuenta del poder municipal de prestación del servicio de suministro de aguas, bien sea mediante servicio público propio, bien sea mediante un servicio prestado por particulares, el organismo competente es desde luego el propio Ayuntamiento”*⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Esta doctrina del TS ha sido reiteradamente aplicada por los TSJ en los supuestos en los que se enfrentan a demandas de particulares contra los Ayuntamientos que han procedido a cortar el suministro de agua por carecer de título; por todas, valga citar la Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) de 23 de marzo de 2009. Por su parte, el TSJ de Galicia en Sentencia de 13 de septiembre de 2010 mantiene, respecto a la cuestión controvertida, el criterio de que sería ciertamente inaceptable que por el Ayuntamiento se tolerara la continuación de una actividad ilegal (enganche fraudulento). Debemos añadir que, al unísono de lo dispuesto en la normativa patrimonial, el Organismo de Cuenca controla las obligaciones municipales de concesión y tratamiento de aguas residuales, pudiendo inspeccionar y sancionar las actividades municipales conforme a lo dispuesto en los arts. 96 y 116 del TRLA y 315 del RDPH. Así se acredita entre otras en la STSJ de Murcia Nº 914/2016 de 24 de noviembre. Vid. Capítulo VII. Circulares de los años 80 de las Subdelegaciones del Gobierno sobre el cerramiento de pozos. La reciente STS de 27 de julio de 2021 fija doctrina jurisprudencial en relación a quien corresponde la limpieza ordinaria de los cauces de los ríos: *“la atribución legal de la competencia administrativa para el mantenimiento de los cauces del dominio público a favor de la Comisaría de Aguas del correspondiente organismo de cuenca conlleva, con carácter general, el deber de conservación y limpieza de los cauces públicos, correspondiendo a dicho organismo justificar motivadamente cuándo tal deber sea competencia de otras Administraciones o usuarios. Y este deber general de mantenimiento y limpieza ordinarias de los cauces públicos que como deber de policía corresponde a los organismos de cuenca constituye una potestad reglada que ha de ejercerse en los términos establecidos en la normativa sobre planificación hidrológica y territorial, así como de medio ambiente”*.

Es por ello que corresponde al Ayuntamiento mediante norma de carácter general (ya sea ordenanza del servicio, ya sea reglamentación del mismo), el establecimiento de los criterios del suministro a los usuarios, y, si no la tuviera, podrá acordar el corte del suministro. Así lo refrenda el TSJ Castilla y León nuevamente en Sentencia de 29 de octubre de 2010 en su FJ 8: *“Al haberlo así establecido en una ordenanza municipal dictada por el Ayuntamiento en el ámbito de sus competencias municipales, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 18.1.b) y 26.1.a) de la LRBRL, del artículo 56.1.g) del R.D. 1690/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, y del art. 33 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, (...)”*.

Respecto del cerramiento de pozos y captaciones ilícitas, las Consejerías Autonómicas se han pronunciado indicando que, en materia de suministros pozos y cerramientos, es la acción urbanística municipal bajo la disciplina de las órdenes de ejecución la encargada de repeler la conducta infractora. Pues pese a lo dispuesto en el art. 108 del R.D. 863/198 de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, cabe afirmar que la intervención de las secciones de minas ha de referirse única y exclusivamente a las cuestiones relacionadas con la realización del sondeo desde el punto de vista de la normativa minera (estudio y aprobación del proyecto básicamente). Esto es, la actuación de la autoridad minera debe limitarse a los márgenes de su competencia material y sustantiva⁶⁹⁶, obviando pronunciarse sobre otras consideraciones sobre las que no posee competencia de acuerdo con la legislación vigente (Ley de Aguas y RDPH), que las atribuye especialmente al Organismo de Cuenca. Así mediante el RDPH en su artículo 188 bis se dispone que, para garantizar el sellado en las captaciones de agua en supuestos de extinción de derechos, subsidiariamente el Organismo de Cuenca podrá proceder al sellado repercutiendo los costes en el titular de la misma.

Sin embargo, este sellado únicamente se referirá a captaciones autorizadas previamente por el Organismo de Cuenca correspondiente, pues de lo contrario solamente quedaría abierta la vía de la disciplina urbanística, recayendo una vez más el protagonismo punitivo en nuestras pequeñas administraciones. (Art. 8 LUCYL).

⁶⁹⁶ T. QUINTANA LÓPEZ (2013), Concesión de minas y protección del medio ambiente, Valencia: Tirant lo Blanch.

En el tratamiento de Aguas residuales observamos una mayor participación del Organismo de Cuenca (AGE) por tener orígenes en el Derecho Europeo⁶⁹⁷ y por su acercamiento a la competencia de salubridad. El cumplimiento de la Directiva sobre tratamiento de aguas residuales conlleva que desde el año 2005, todos los municipios y pedanías mayores de 2.000 habitantes deberán contar con sistemas de depuración conformes a los límites de vertido en ella establecidos. Esta obligación, junto con la del incremento de la conciencia en la protección de los recursos hídricos, ha conllevado una fuerte inversión por parte de las Administraciones Públicas a todos los niveles (europeas, nacionales, autonómicas y locales) en el diseño, construcción y mantenimiento de estaciones depuradoras de aguas residuales.

Aún con todo, el Ayuntamiento parece seguir siendo el primer responsable para el cumplimiento del Derecho administrativo en esta materia⁶⁹⁸. Consideramos que podrían resultar esclarecedoras las argumentaciones previstas por el Tribunal Superior de justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de su Sentencia número 710 de 29 de diciembre de 2009 FJ 6º: *“Resultando pues acreditada la realidad del vertido contaminante con capacidad y en relación a todo ello debe señalarse que dicho Ayuntamiento es el responsable de la gestión y el mantenimiento de la red de alcantarillado que conduce los vertidos por lo que no puede desentenderse de las consecuencias de los mismos en relación con el dominio público hidráulico. (...) Y si bien es cierto que las industrias conectadas al alcantarillado deben de tener autorización de vertido a menos que el Ayuntamiento se responsabilizado por ellos, ello no excluye la responsabilidad de éste en vertidos*

⁶⁹⁷ La transposición de la Directiva 91/271/CEE al Derecho español, está contenida en el Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre), por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. La transposición de la Directiva 2000/60/CE en España se realizó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que incluye, en su artículo 129, la modificación del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por la que se incorpora al derecho español la Directiva 2000/60/CE, estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

⁶⁹⁸ Más discutida parece la competencia local en cuanto a los vertidos en aguas subterráneas a tenor de lo mencionado por este autor. *“La LBRL no atribuye de forma expresa a las EELL competencias sobre el control de la calidad de las aguas subterráneas. Las funciones que, en esta materia, corresponden a los Municipios «en los términos de la legislación del Estado y de las CCAA», se pueden encuadrar principalmente bajo los títulos de protección del medio ambiente, salubridad pública, depuración y tratamiento de aguas residuales, o recogida de residuos”*. I. SANZ RUBIALES (1997), *Los vertidos en aguas subterráneas*, Madrid. Marcial Pons, p. 84. Citando para finalizar a la legislación sectorial al amparo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, donde en el art. 42 se recogen como servicios mínimos a prestar por los Ayuntamientos como el *“control sanitario del medio ambiente, contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales”*.

producidos en redes de saneamiento, que son siempre Municipales. (...) Por todo lo que la responsabilidad del Ayuntamiento es evidente, mantenimiento que en modo alguno puede eximirle de atender a las consecuencias de lo vertido en su red. Pero es que, a mayor abundamiento, el artículo 25.2 l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local señala que: «El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la Legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: 1) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales», obligación que no sólo no se desvirtúa sino que se corrobora por lo establecido en el artículo 26.1 de la misma norma»”.

No obstante, y pese al control del Organismo de Cuenca tal y como se dispone en el art. 253: “El Organismo de Cuenca efectuará cuantos análisis, inspecciones y tomas de muestras que considere necesarios para verificar la existencia de vertidos en exceso u no autorizados”. El Ayuntamiento como responsable inmediato de la competencia ejecutiva y para defender la misma, debiera elaborar y aprobar una ordenanza reguladora al respecto con la tipificación de infracciones y sanciones para identificar y sancionar al sujeto que actué como responsable del vertido.

También le asisten al municipio poderes de policía en lo que respecta a las medidas de carácter restrictivo y control del uso del agua⁶⁹⁹ si bien con prioridad a los grandes municipios y más descuidados cuando no proscritos la pequeña planta municipal tal y como establece el art. 27.3 del PHN para los municipios de más de 20.000 habitantes respecto a la elaboración de los Planes de Emergencia. Incluso la última línea jurisprudencial apuesta por la competencia de las CCLL para dictar medidas que complementen aún con nuevas fórmulas normas estatales y autonómicas rebasando la reserva legal y considerando innecesaria la habilitación legal específica⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ J. AGUDO GONZÁLEZ (2007), *Urbanismo y gestión del agua*, Madrid: Iustel, p. 261-270. Art. 2.1 del Decreto 97/2005 de 29 de septiembre por el que se establecen medidas excepcionales para la regulación del abastecimiento de agua en la Comunidad de Madrid y art. 10.12 del Decreto 93/2005 de 17 de mayo, por el que se adoptan medidas excepcionales en relación con la utilización de recursos hídricos para los EELL de Madrid y Barcelona respectivamente.

⁷⁰⁰ STS de 9 de mayo de 2001. Como engrosamiento del elenco de sentencias “atrevidas” que mencionamos anteriormente. Bien es cierto que nos referimos únicamente a la adopción de medidas de ordenación de los recursos y no propiamente a la imposición de sanciones.

3.2.4. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNICIPAL.

En distintos preceptos de la normativa de Régimen local se dota a las EELL de plena capacidad jurídica para la defensa de sus bienes y derechos. (68 LBRL y arts. 9.2 y 3 del REBEL). Además, la conservación y mantenimiento de los bienes municipales corresponde a la entidad a la que estén afectados según lo descrito por la LPAP y el RBEL. (Art. 44)⁷⁰¹.

Es por ello que, al tratarse de intereses locales, el legislador ha querido dotar de competencias a los municipios en la materia no quedando legitimada la intervención del resto de administraciones acerca de las infracciones cometidas y residuos depositados en el patrimonio de la Administración local⁷⁰².

Hemos de reseñar que, en este caso, la imposición de la sanción es compatible con la imposición de la restitución del daño o reposición al estado original en el que se encontraba el bien. (Art. 28.2 LRJSP). Y, además, que los arts. 192 y ss. de la LPAP tipifican como infracción la producción de daños en el patrimonio municipal y atribuyen la competencia sancionadora al titular de los bienes y derechos⁷⁰³. Más discutida ha sido la cuestión acerca de las prerrogativas de las que disponen las EELL en materia de

⁷⁰¹ Consideramos en este apartado la especial relevancia del libro “*Espacio público y ordenanzas locales. Estudio sobre su régimen jurídico*” que comienza por expresar la dificultad para definir el espacio público proponiendo su expresión en relación a los distintos ámbitos que cataloga la normativa (LPAP, LBRL, Ordenanzas locales, Prácticas Sexuales, Botellón, etc.). CUBERO MARCOS, J. I., LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019), *Espacio público y ordenanzas...*, *op.cit.*, p. 25. Es así como distintos autores coinciden que el antiguo orden público queda atribuido a medio de la LOPSC pero estrictamente circunscrito al ámbito de sus competencias o espacios públicos de su titularidad. (Art. 32.3 LOPSC).

⁷⁰² Ordenanzas municipales de convivencia y vandalismo. Vid. Capítulo IX. P. INFIESTA (27 de enero de 2017), “San Andrés pone freno al vandalismo con una ordenanza de convivencia Talar árboles y quemar contenedores se multará con hasta 3.000 euros; defecar en la calle, con 500”, *diariodeleon.es*, <https://www.diariodeleon.es/articulo/leon/san-andres-pone-freno-vandalismo-ordenanza-convivencia/201701270400001657209.html>. M. IBÁÑEZ PICÓ (2008), “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, núm. 307, p. 143-184.

⁷⁰³ Volvemos a hacer hincapié en lo establecido por el Tribunal Superior de justicia de Navarra en su Sentencia de 4 de julio de 2002, en donde se enjuiciaba la reclamación a un particular del pago de una cantidad por daños causados en el patrimonio municipal, señalando que el acto administrativo de reclamación pudiera tratarse de una actuación del Ayuntamiento como sujeto de Derecho privado y no de un verdadero acto administrativo, por cuanto no cabría su ejecución subsidiaria del expediente de reposición a la situación original. Consideramos que esto no debiera ser así para el caso del menoscabo de bienes demaniales. Tanto así que el art. 192 de la LPAP tipifica como infracción los daños a este tipo de bienes, y practicando el expediente complementario que permite el art. 28.2 de la LRJSP, debiera proceder el interesado a la reposición a su situación originaria e iniciando de lo contrario el Ayuntamiento expediente de ejecución subsidiaria.

Derecho público para la defensa de sus bienes y derechos. La posibilidad de evitar la vía civil, y proceder a la autotutela ejecutiva para la reparación de los daños causados por particulares u otras administraciones en los bienes municipales ha sido generalmente limitada por la jurisprudencia.

Como principal legitimación del uso de la fuerza para la autodefensa de los bienes o patrimonio administrativo huelga mencionar lo descrito por IÑAKI AGIRREAZKUENAGA: “*Combatir los desórdenes que pudieran ocasionar los particulares sería la finalidad de la actividad de policía. Cuando estos desórdenes tomen la forma de ataque, impedimento, daño u obstáculo material causado por la existencia individual frente a la actividad administrativa, la policía estaría obligada a actuar haciendo uso de la fuerza en defensa de la propia administración*⁷⁰⁴”.

Mención especial cabe hacer aquí en relación al popular concepto del civismo. Si bien objetar que se trata de una problemática que pasa de soslayo a los municipios especialmente destinatarios de la tesis (por su carácter predominantemente rural y no urbano) que en suma redundaría en el más profundo epicentro del orden público del que partía esta tesis. Veamos a continuación.

El poder público en todo caso debe definir un sistema legal que establezca una estructura estable y equilibrada y que garantice el histórico “*contrato social*⁷⁰⁵”. Con todo, para la prevención de todos estos actos vandálicos sí parece que tengamos un bien jurídico protegido claro y fácilmente identificable: la educación, cultura y el civismo juegan un papel fundamental.

Tan pronto como pretendemos imbuir de valores éticos y de conducta a todos nuestros dirigentes⁷⁰⁶ debiéramos de manera correlativa instruir a nuestros ciudadanos con idénticos pretextos para salvaguardar aquella máxima de que no es posible conseguir buenos representantes políticos en una sociedad sin valores.

⁷⁰⁴ Vid. STSJ Navarra y lo dispuesto en el art. 62 de la LPACAP. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa directa*, p. 47.

⁷⁰⁵ J. J. ROUSSEAU (2013), *El contrato social*, *op.cit.*

⁷⁰⁶ Véase la proliferación de los códigos éticos y de conducta en la última década. Tanto a nivel nacional como a nivel europeo. R. JIMÉNEZ ASENSIO (2017), “Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: algunas experiencias”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 43, p. 160-199.

Pero separándonos del tema sociológico o ético y puenteadando al antiguo orden público, la urbanidad pareció vuelta a poner en boga a través de la LOE⁷⁰⁷. Resulta complejo encuadrar el tradicional orden público como una competencia local general, quedando en todo caso circunscrito a la materia de competencia local que atribuya el legislador sectorial para poder aplicar las medidas represivas o de seguridad⁷⁰⁸.

Como no puede ser de otro modo y tras la nueva redacción dada a la LBRL por la LMRGL, la ordenanza se erige como el instrumento inspector-sancionador garante del Derecho administrativo. Las materias son variopintas en función del municipio a tratar desde grafitis y pintadas, destrucción de mobiliario urbano, residuos, cuidado de parques, venta ambulante, ruidos o limpieza pública⁷⁰⁹. Poniendo de manifiesto que bajo el paraguas de la convivencia o civismo subyacen varios de los fines administrativos municipales (urbanismo, vías públicas, limpieza viaria, medio ambiente), que nos recuerdan claramente a la proliferación de los fines administrativos del primigenio orden público.

Más trascendente para nuestro estudio es la aplicación del Derecho administrativo sancionador a este tipo de materias. Entendemos que el fin del poder represivo no debe ir dirigido en este caso a preservar el espacio público como ámbito de convivencia y civismo, donde todos tengan derecho a desarrollar sus actividades o disfrutar de espacios y servicios públicos) definiendo las conductas antisociales que deterioran y degradan nuestro municipio (139 LBRL). Sino que tal y como enunciábamos *“ut supra”* debe buscar alternativas a la sanción pecuniaria proponiendo medidas reeducadoras donde nuevamente caemos en el abismo local.

⁷⁰⁷ Preámbulo: *“En lo que se refiere al currículo, una de las novedades de la Ley consiste en situar la preocupación por la educación para la ciudadanía en un lugar muy destacado del conjunto de las actividades educativas y en la introducción de unos nuevos contenidos referidos a esta educación que, con diferentes denominaciones, de acuerdo con la naturaleza de los contenidos y las edades de los alumnos, se impartirá en algunos cursos de la educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato”*.

⁷⁰⁸ El título X de la LBRL ya habilitó a las ordenanzas locales la potestad sancionadora en el espacio público al tipificar el deterioro de equipamientos o infraestructuras, así como el impedimento de un espacio público. Además, la jurisprudencia parece haber admitido una *“competencia municipal genérica”* sobre la convivencia a tenor de la STS de 22 de abril de 2010 relativa a una ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejercía la prostitución.

⁷⁰⁹ Grandes municipios como Madrid o Barcelona han profundizado en la materia con la famosa Ley del botellón. Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid. Sobre la tipificación del botellón en las ordenanzas locales y su posible inclusión en materia de salubridad huelga mencionar: CUBERO MARCOS, J. I., LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019), *Espacio público y ordenanzas...*, *op.cit.*, p. 182 y ss.

En alguna ocasión los municipios, con soluciones más vanguardistas⁷¹⁰ han incluido medidas alternativas a las sanciones administrativas de carácter resocializador. Sin entrar en el debate acerca de la posibilidad de que una ordenanza local tipifique sanciones distintas a lo previsto en el título XI de la LBRL sin un apoyo expreso legal; (lo cual dicho sea de paso consideramos fuera del ordenamiento jurídico) si resulta realmente complejo y atribulado la fructificación de un sancionador en el ámbito local, cuanto o más lo será conmutar esta sanción por una medida alternativa⁷¹¹ sin disponer de una unidad administrativa o dependencia adecuada⁷¹². Un capítulo del que no han hecho excesivo uso estas ordenanzas es de la “*reparación del daño causado*” que como expediente complementario prevé expresamente la LRJSP con las reservas antes mencionadas⁷¹³.

3.2.5. SERVICIOS SOCIALES.

Habida cuenta de la reforma que la normativa y la jurisprudencia han producido en este sector, hay tres pasos claves en las competencias locales de salud, servicios sociales e inspección sanitaria.

1- Asunción de la titularidad de la competencia por las CCAA.

A través de un intento fallido por parte de la AGE de conminar a las CCAA a la asunción de estas materias de las EELL a través de las DTI, II, III de la LRSAL: “*Asumiendo las CCAA las competencias que se preveían como propias por parte del municipio*”.

2- Una cláusula residual de transitoriedad.

⁷¹⁰ Ordenanza de las Palmas de Gran Canaria de 1998. Art. 93 ordenanza convivencia social de Barcelona. Que establece la posibilidad de “*sustituir la sanción de multa por sesiones formativas, participación en actividades cívicas u otro tipo de trabajos para la comunidad*”.

⁷¹¹ N. TORRES ROSELL (2006), “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: estudio empírico sobre su aplicación en Lleida”, *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 17, p. 279-312.

⁷¹² Al hilo de este asunto, recordamos los trabajos en beneficio de la comunidad dimanantes de sentencias penales también realizables en los pequeños Ayuntamientos. Q. MARAÑA SÁNCHEZ (2010), “Ayuntamientos y trabajos en beneficio de la comunidad”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 12, p. 1920-1926. Audiencia Provincial de Orense (Sección 1ª), sentencia 2.01.2017. El art. 49. 6º del C. Penal señala que: “*Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena*”.

⁷¹³ J. I. CUBERO MARCOS, I. LASAGABASTER HERRARTE (2019), *Espacio público y ordenanzas locales...*, *op.cit.*

La DT II de la LBRL permite a los municipios, provincias e islas conservar estas competencias en tanto que las CCAA no completen lo dispuesto en las disposiciones de la LRSAL asumiendo al completo la titularidad del servicio.

3- Un varapalo constitucional.

Una vez más es la vía del recurso de inconstitucionalidad y no el costoso conflicto en defensa de la autonomía local⁷¹⁴ el que consigue demostrar que el legislador básico se ha excedido y que limitar una competencia a las EELL o revocarla para sí, será una acción que deberá llevar a cabo la administración que ostente la competencia. Esto es así por cuanto no estamos hablando de regular “*qué materias tienen un interés predominante local*” algo que sí ha avalado el constitucional en la designación por el Estado, sino que la AGE actúe como legislador sectorial careciendo de título competencial y revocando una competencia previamente señalada como materia local.

La STC 41/2016, de 3 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1792-2014 interpuesto por la Asamblea de Extremadura en relación con diversos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local establece que: “*En consonancia con la estructura territorial compuesta que diseña el art. 137 CE (STC 82/1982, FJ 4), la Constitución no encomienda en exclusiva la distribución del poder local ni al Estado ni a las Comunidades Autónomas, según se ha recordado ya. Cada cual en el marco de sus atribuciones ha de regular y conferir competencias a los entes locales. El art. 149.1.18 CE ampara solo una ordenación básica de las condiciones con que el Estado y las Comunidades Autónomas han de atribuir competencias locales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b), 159/2001, FJ 4, 121/2012, FJ 7]. El Estado solo podrá atribuir competencias locales específicas, o prohibir que éstas se desarrollen en el nivel local, cuando tenga la competencia en la materia o sector de que se trate. En materias de competencia autonómica, solo las Comunidades Autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle; sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137, 140 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía. Ciertamente, las bases pueden llegar a prefigurar específicamente el poder local en materias de competencia autonómica, pero, de acuerdo con lo razonado*

⁷¹⁴ F. CASTILLO BLANCO (2000), *El conflicto en defensa de la Autonomía local*, Granada: Cemci, p. 113-149.

en el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia, solo para garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino; o para atribuir directamente competencias locales, si ello no supone «un obstáculo a las competencias que corresponden» a las Comunidades Autónomas (STC 214/1989, FJ 12). Estas disposiciones han superado el ámbito que la Constitución asigna a una regulación básica sobre atribuciones locales (art. 149.1.18 CE) y, con ello, han invadido las competencias autonómicas”.

4- La situación actual.

La atribución municipal de los servicios sociales ha quedado reducida a una lacónica y aséptica *“evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”*.

Amplio debate ha suscitado esta materia sobre la pandemia que ha asolado el planeta y hasta qué punto es un municipio competente para subvencionar, ayudar o minorar los desastres sociales colaterales a esta enfermedad. Para ello debemos ser conscientes de que tras la reforma por la LRSAL, la competencia en servicios sociales parece limitarse a la exclusión si obedecemos al art. 25 e) y al art. 26 c) de la LBRL, por lo que empezaremos definiendo este concepto. El concepto de exclusión social se refiere a los procesos y situaciones que impiden la satisfacción de las necesidades básicas de las personas. La imposibilidad del desarrollo comercial como trabajo, han entendido algunos juristas locales, provoca la ausencia de recursos materiales y económicos para las familias y vecinos que se dedican a ello, imposibilitando su participación en el consumo de bienes y en las condiciones de vida de una sociedad determinada. Por ello, a través de esta vía muchos municipios han procedido a la convocatoria de ayudas en la medida que la Administración local, como entidad más cercana al ciudadano y tras el cierre de numerosos negocios del municipio, podría constituir la única posibilidad de subsistencia mientras dura el cese de las actividades. Todo ello siempre y cuando no exista normativa autonómica que ya permita la concesión de este tipo de ayudas por las CCAA, a riesgo de estar produciéndose una duplicidad de competencias. (Art. 7.4 LBRL y preámbulo de la LRSAL). A mayor abundamiento la propia normativa dictada durante el Estado de alarma⁷¹⁵ parece habilitar a las Corporaciones Locales, tanto para la adquisición de

⁷¹⁵ Artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, establece que *“con cargo al suplemento de crédito se realizarán las correspondientes transferencias a las comunidades autónomas, Ceuta y Melilla para financiar las prestaciones básicas de los servicios sociales de las comunidades autónomas, Diputaciones provinciales, o las corporaciones locales, que tengan por objeto exclusivamente hacer frente a situaciones extraordinarias derivadas del COVID-19. Este Fondo podrá destinarse a la financiación de*

mascarillas, como para llevar a cabo los contratos permitidos en el Real Decreto-ley 8/2020 para hacer frente a situaciones extraordinarias derivadas del COVID-19, como es la adquisición de medios de prevención (EPI).

Sin una unión en común de la legislación básica y sectorial aplicable, no ha sido posible llevar a cabo la reforma económica pretendida con éxito sobre la Administración local, padeciendo el régimen inspector y sancionador el mismo descuido que la propia atribución competencial en la materia.

En la normativa autonómica que hemos tratado, exponemos que si bien para Castilla y León, Madrid, Aragón, o País Vasco prevén un régimen inspector y sancionador a cuenta de los municipios. (Art. 48 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León., art. 46 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de servicios sociales de la Comunidad de Madrid, art. 48 Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón, art. 40 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales del País Vasco); Andalucía y Navarra prevén un servicio de inspección propio atribuyendo la potestad sancionadora a la Consejería competente. (Arts. 36 y 87 respectivamente).

Sin embargo, lo cierto es que la legislación vigente sólo limita el ejercicio de las competencias propias a su atribución por parte del legislador sectorial⁷¹⁶ y verdaderamente a la fecha y tras el denominado “*varapalo constitucional*”, el legislador sectorial sigue atribuyendo a nuestros municipios numerosas competencias en materia de servicios sociales⁷¹⁷.

Junto con ello hay que tener en cuenta el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la LRSAL, que regula en su artículo 4 las competencias en materia de educación, salud y servicios sociales, estableciendo que las competencias

proyectos y las contrataciones laborales necesarias para el desarrollo de las siguientes prestaciones: (...)
f) *Adquisición de medios de prevención (EPI)*”.

⁷¹⁶ Vid. Capítulo VIII. Recordar que el art. 25 no es un “*numerus clausus*”; esto es, que el legislador sectorial puede atribuir competencia a otras materias que no tengan propiamente el interés predominante local para haber sido recogidas en el precepto.

⁷¹⁷ Muchos Ayuntamientos con población incluso inferior a los 5000 habitantes, mantienen en sus plantillas trabajadores especializados o con tareas relativas a servicios sociales (técnicos, psicólogos municipales, educadores, etc.). Sobre este asunto merece destacar. L. TOLIVAR ALAS, M. CUETO PÉREZ (2020), *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública*, Madrid: Tirant lo Blanch.

en materia de gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, a las que se refiere la DT II de la LRSAL, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las Leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad de Castilla y León⁷¹⁸.

Dicho lo anterior debemos analizar la legislación autonómica, en concreto y para nuestra comunidad: La Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León, que en su artículo 8 regula las competencias de las EELL, incluyendo el ejercicio de las *“competencias en materia sanitaria y prestar los servicios mínimos obligatorios de naturaleza sanitaria que tienen atribuidas por la legislación de régimen local y demás normativa sectorial de aplicación”*. En particular indica que corresponde a los Ayuntamientos: *“(…) El ejercicio de las competencias en materia de control sanitario y de salubridad que tengan atribuidas por el ordenamiento jurídico”*. Añade el precepto que, para el desarrollo de sus funciones, los Ayuntamientos deberán actuar de forma coordinada con el personal y los medios de los que disponga la Administración sanitaria de la Comunidad de Castilla y León, en la forma que reglamentariamente se establezca.

3.2.6. POLICÍA LOCAL Y PREVENCIÓN Y EXTINCIÓN DE INCENDIOS⁷¹⁹

La policía local es un servicio obligatorio para los municipios de más de 5000 habitantes. Además, el art. 1.3 de la Ley 57/2003 de 16 de diciembre que introduce la DA X a la LBRL apuesta por los controles más cercanos como los más eficaces. Las competencias

⁷¹⁸ El apartado 2 de este precepto añade que *“el resto de competencias en dichas materias atribuidas a las Entidades Locales de Castilla y León por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local”*.

⁷¹⁹ Nos hemos saltado la protección civil porque en la práctica lo que se viene realizando en esta materia es reconducir todas las infracciones a la LOPSC, pues pese a una primera valoración de enviar desde las comisarías correspondientes al órgano central para sancionar desde allí, de conformidad con el art. 46 y ss. de la Ley 17/2015 del Sistema Nacional de Protección Civil; finalmente se han devuelto a las Delegaciones del Gobierno. Sólo para el caso que dichas infracciones no sean subsumibles en materia de seguridad ciudadana, la competencia sancionadora será de la Delegación del Gobierno para leves, Dirección General de Protección Civil graves y Ministro del Interior para las muy graves arts. 46 y ss. de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. Se trata de una muestra más del *“cajón de sastre”* de la LOPSC. No obstante, pese a la atribución a la alcaldía de la competencia en esta norma, hemos de recordar que deberá ceñirse al ámbito de su competencia, por lo que si el municipio no goza del servicio o competencia de protección civil no podrá sancionarse la infracción tipificada.

inspectoras y sancionadoras en materia de seguridad ciudadana vienen atribuidas a la Guardia Civil o a Policías Nacionales y Locales⁷²⁰ (arts. 11 y 12. LOFCSE). No obstante, hemos visto en el Capítulo relativo a la inspección como estos funcionarios actúan como auxiliares del servicio de inspección en las EELL en casi cualquier materia⁷²¹ y complementaremos el párrafo con lo establecido en el apartado del tráfico⁷²².

En materia de prevención y extensión de incendios las normas suelen derivar la potestad sancionadora en la alcaldía cuando afecte a sus competencias (art. 31 de la Ley 4/2007 de Protección Ciudadana de CyL, art. 54.3 Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia). E incluso la Ley Andaluza (Ley 5/1999, de 29 de junio, de Prevención y Lucha Contra los Incendios Forestales) se atreve a regular un procedimiento sancionador en la materia con arreglo a lo siguiente:

- Habilita la denuncia con el siguiente tipo: “*Cualquier persona podrá denunciar la realización de conductas que constituyen infracción administrativa con arreglo a la presente ley*”.
- Prevé la posibilidad de adoptar medidas provisionales por el órgano competente.
- Establece un plazo de resolución desde el acuerdo de iniciación de 6 meses.

Para nuestra región, el artículo 86 de la Ley 3/2009, de 6 de abril, de Montes de Castilla y León (LMCYL) establece que corresponderá a la Consejería competente en materia de montes, en coordinación con la Administración General del Estado, la organización de la

⁷²⁰ F. JOSÉ BAUZÁ (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: IUSTEL.

⁷²¹ “*Las leyes de procedimiento se han limitado a contemplar la compulsión sobre las personas como n medio más de ejecución del acto administrativo, si bien dejan huérfano de regulación en sede administrativa el uso de la fuerza, es así como surgen preguntas del tipo ¿cómo ha de materializarse el desalojo de un inmueble, en caso de oposición violenta y activa de sus ocupantes?, ¿o la entrada en un domicilio, cuando los agentes están provistos de una autorización judicial? ¿o la represión de una manifestación ilegal (...)* Nada de esto se regula en nuestras leyes, que huyen espantadas de toda referencia al empleo de la fuerza y lo cual neutraliza la actuación de los agentes prudentes y somete a cualquier tipo de arbitrariedad ejercida por quienes carecen de esta virtud”. F. J. BAUZA MARTORELL (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: Iustel, p. 16-17.

⁷²² EVA MENÉNDEZ argumenta la carencia normativa de la CCAA de Asturias en materia de policía local argumentando que “*el problema más importante en el Principado de Asturias es la carencia de normas-marco en la materia por parte de la CCAA, lo que ha provocado que los Ayuntamientos, que debían elaborar sus propios reglamentos en aplicación de las mismas, como fija incluso con plazo la DA1ª.2 de la Ley 6/88 haciéndose eco de la previsión del art. 52.1 de la LOFCSE no lo hayan hecho. Optando por diversas soluciones los municipios con mayor representación de la CCAA; esto es, la aplicación de la legislación estatal con desarrollo en la potestad reglamentaria local*”. E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2003), “Fuerzas de Seguridad”, en: A. ARCE JANÁRIZ, *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*. Estudio sistemático, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 479.

defensa contra los incendios forestales⁷²³, que incluirá la prevención, detección y extinción, así como la restauración de las áreas afectadas, todo ello sin perjuicio de las competencias de las entidades locales.

En cuanto a las competencias municipales, el artículo 25.2 de LBRL establece que *“el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios”*.

No obstante, el artículo 26.1.c), de la precitada norma jurídica, establece como obligatoria esta competencia para los municipios de población superior a 20.000 habitantes, que no es el caso del municipio de nuestro ámbito.

La LMCYL, en concreto a su artículo 89, dispone que: *“Con el fin de actuar coordinadamente en la prevención de los incendios forestales, podrán constituirse Agrupaciones de Defensa Forestal, que tendrán personalidad jurídica propia, en las que se integrarán los propietarios de montes o sus asociaciones, las entidades locales, las organizaciones profesionales agrarias y las asociaciones o entidades que incorporaren entre sus fines la protección de la naturaleza”*.

Por otra parte, también debemos tener en cuenta las competencias propias de las Diputaciones Provinciales, las cuales se regulan en los artículos 36 a 38 de la LRRL. En cuanto a las competencias propias, son definidas como *“las que le atribuyan en este*

⁷²³ El aprovechamiento de los montes ha trascendido el medio ambiente urbano quedando delimitado generalmente a la tutela del Gobierno Autonómico. Sobre el aprovechamiento de los montes. EVA MENÉNDEZ concluye las dos facetas de los montes. Una original y rentable; como es la explotación económica de los mismos a través de pastos, aprovechamiento maderero o resinas y de la otra; como un recurso natural esencial para el medio ambiente, cuyo papel en la biodiversidad es imprescindible, proliferando actualmente una tercera concepción del uso de los mismos para fines recreativos, de ocio, deportes o naturaleza E. M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2005), “La experiencia comparada en materia de montes. Francia y Alemania”, en: L. CALVO SÁNCHEZ, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: estudios de derecho forestal, estatal y autonómico*, Madrid: Thomson-Paraninfo. Respecto de la Ley 43/2003 de 21 de noviembre de montes cabe mencionar el libro de B. LOZANO CUTANDA (2005), “El régimen sancionador de la Ley de montes” en: L. CALVO SÁNCHEZ, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003...*, op.cit. Es cierto que esta norma olvida a las EELL en su art. 73 limitándose a citar únicamente a los órganos de la AGE y de las CCAA. Proponiendo MIRIAM CUETO su conexión con otros títulos competenciales pudiendo hacer partícipes a las EELL. (Hoy en día cuestión más discutida por la circunscripción del medio ambiente al medio ambiente urbano). M. CUETO PÉREZ (2005), “Sanidad y genética forestal”, en: L. CALVO SÁNCHEZ, *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003...*, op.cit.

concepto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública y, en todo caso, las siguientes”.

“c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supra comarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los Municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación”.

Así pues, las primeras conclusiones a la que podemos llegar para nuestra autonomía son:

- La extinción de los incendios forestales es una competencia propia de la Junta de Castilla y León, en nuestro caso, sin que ello impida que el Ayuntamiento de menor población pueda acudir a la celebración de los convenios⁷²⁴ a los que hace mención el artículo 89 de la LMCYL.
- En la extinción de incendios, fuera del ámbito forestal en el que podrá participar a través de los citados convenios, el municipio sólo tiene la obligación de disponer y prestar el servicio de extinción de incendios en aquellos cuya población sea superior a los 20.000 habitantes. Por lo tanto, estamos ante una competencia propia pero no obligatoria ya que su prestación en municipios de población inferior a la indicada corresponderá a la Diputación Provincial, salvo que el municipio de forma voluntaria haya asumido tal competencia, por cuanto a nuestros municipios destinatarios poco le afecta.

⁷²⁴ “El presidente de la Diputación de León, Eduardo Morán, y el alcalde de la ciudad de León, José Antonio Diez, han anunciado este miércoles la regularización de la prestación del servicio de extinción de incendios a un total de 14 municipios de la provincia del área funcional de la capital leonesa que aglutinan a alrededor de 48.000 ciudadanos. De este modo, según el convenio que ambas instituciones firmarán una vez que la decisión sea ratificada en sendos plenos, la Diputación abonará anualmente al Ayuntamiento de León 979.403,98 euros en contraprestación por el servicio prestado por los Bomberos de León en el territorio de la provincia. No obstante, y hasta que la red provincial de bomberos entre en funcionamiento, el Parque de la capital continuará acudiendo a prestar servicio allí donde surja una emergencia”. DIPUTACIÓN DE LEÓN (5 de mayo de 2021), “La diputación y el Ayuntamiento regularizan la prestación del servicio de bomberos”, [dipuleon.es, https://www.dipuleon.es/newsSearchAction/Diputacion/Noticias_de_Diputacion/conbom5521;jsessionid=F7B93A0DC511F81ED2A63DC839FE715D?f=lastnews1](https://www.dipuleon.es/newsSearchAction/Diputacion/Noticias_de_Diputacion/conbom5521;jsessionid=F7B93A0DC511F81ED2A63DC839FE715D?f=lastnews1).

3.2.7. ORDENACIÓN DEL TRÁFICO.

La doctrina define la ordenación del tráfico como el conjunto de medidas y actuaciones concretas y específicas para cada caso que, sin modificar substancialmente una infraestructura, tienden a mejorar su explotación⁷²⁵. En suma, se trata de alcanzar por parte de las Corporaciones locales la articulación de un conjunto de medios personales, materiales y económicos, que constituyan un verdadero servicio municipal. Profundizando en nuestro estudio nos centraremos en la vigilancia del tráfico como la actividad material que realizan los agentes de la autoridad consistente en velar, mediante la observación directa por el cumplimiento de las normas reguladoras del tráfico⁷²⁶.

La potestad.

En materia de tráfico, el legislador sectorial a medio del art. 7 del TRLTSV atribuye al municipio la competencia para la denuncia y sanción de las infracciones en el ámbito de su competencia abarcando así las potestades inspectoras y sancionadoras. Nos interesan aquí las potestades del municipio del tipo ejecutivo a diferencia de las del tipo normativo a tenor por lo esgrimido por CANO CAMPOS⁷²⁷. La fiscalización e imposición de deberes, la potestad para imponer sanciones, y la potestad de coacción administrativa directa.

No obstante, se prevé una reserva a los Jefes Provinciales de Tráfico⁷²⁸ que asumirán la competencia de los alcaldes cuando por razones justificadas, o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por éstos como es el caso de carecer de agentes de la policía local. Todo ello, previo convenio administrativo⁷²⁹ de colaboración

⁷²⁵ E. BALAGUER CAMPHUIS (1978), *Elementos de ingeniería de tráfico*, Madrid: Universidad Politécnica de Madrid citado en T. CANO CAMPOS (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, *op.cit.*

⁷²⁶ CANO CAMPOS distingue dentro de esta potestad municipal la fiscalización de deberes y la imposición de deberes. Lo que nosotros nos hemos atrevido a englobar dentro de los dos grandes Capítulos de la tesis como la técnica mediante la prevención y la técnica mediante la represión. (Vid. Capítulos III y IV). T. CANO CAMPOS (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, *op.cit.*, p. 161 y ss.

⁷²⁷ T. CANO CAMPOS (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, *op.cit.*, p. 157.

⁷²⁸ 84.4 TRLTSV. Segundo párrafo. “*Quedan excluidas de la competencia sancionadora municipal las infracciones a los preceptos del título IV, incluyendo las relativas a las condiciones técnicas de los vehículos y al seguro obligatorio. Los Jefes Provinciales de Tráfico y los órganos competentes que correspondan, en caso de comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, asumirán la competencia de los alcaldes cuando, por razones justificadas o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por éstos*”.

⁷²⁹ Convenio de carácter potestativo y voluntario que, en el caso de no suscribirse como estadio común de los menores municipios, provocan la desatención de las infracciones y labores del tráfico urbano.

suscrito con el Ministerio del Interior a través de la Delegación Provincial de Tráfico, a quien competará la potestad sancionadora. Respecto a la tipificación de la infracción ha de estarse al contenido del RGC, que reserva en el art. 89 la regulación de las actas de inspección.

El procedimiento y la vinculación.

Respecto al estacionamiento de vehículos y movilidad, la propia denuncia, al igual que lo previsto en los procedimientos estatales de Trabajo y Seguridad Social, constituye un acto formal de iniciación del procedimiento. Así el art. 86 del TRLTSV establece que el procedimiento sancionador puede iniciarse mediante denuncia de los agentes de la autoridad y que *“la denuncia formulada por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, y notificada en el acto al denunciado, constituye el acto de iniciación del procedimiento sancionador, a todos los efectos”*. Los correspondientes boletines de denuncia se extenderán por triplicado ejemplar: Uno de ellos para el denunciante, otro para el denunciado y el tercero, para la alcaldía correspondiente. Tales boletines serán firmados por el denunciado y denunciante, sin que la firma de este último implique conformidad con los hechos que motivan la denuncia sino únicamente con la recepción del ejemplar. Si el denunciado se negara a firmar o no supiera hacerlo se hará constar en el boletín. (Art. 6 RPST)⁷³⁰. Las denuncias además deben ser notificadas en el acto⁷³¹, haciendo constar los datos referidos en el TRLTSV excepcionando esta situación únicamente por razones justificadas, que se harán constar expresamente tales como la obstaculización en

⁷³⁰ STS de 17 de marzo de 1977. *“Los boletines de denuncia, en cuanto a sus ejemplares, constituyen unidad de acto, debiendo reflejar con exactitud las mismas e idénticas circunstancias y contenido”*. Radicando su finalidad en que *“se refleje idéntico contenido en lo que se refiere a la narrativa de los hechos y circunstancias concurrentes para la valoración ulterior de la infracción acusada, su ámbito, extensión objetiva y consecuencias”*. Si se negara a firmar estaríamos ante un supuesto por tanto de rechazo de la notificación a tenor de lo previsto en la LPACAP.

⁷³¹ Respecto a la subsidiariedad de la notificación por edictos huelga mencionar la STC 145/2004, de 13 de septiembre en la que se establece que, si fue posible notificar en el domicilio, la notificación por edictos vulneraría el derecho fundamental a ser informado de la acusación y será causa de nulidad de pleno derecho siempre que la administración municipal conociera o pudiera conocer el domicilio. Concluyéndose que: *“El Ayuntamiento no ha actuado con la diligencia que le era exigible, y ha generado a la recurrente en amparo, al impedir ejercer su derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante”*.

la circulación, factores meteorológicos adversos, obras y otras circunstancias en que la detención del vehículo también pueda originar un riesgo concreto⁷³².

De este modo, este mismo texto legal prevé un procedimiento abreviado en el que, con la propia notificación de la denuncia (al considerarse ya iniciado el procedimiento y en el caso de producirse el pago en el periodo indicado), queda concluido el procedimiento sancionador con las reducciones oportunas. (Art. 93 y 94 TRLTSV).

Por lo que refiere la instrucción, las denuncias dictadas por las autoridades encargadas del tráfico se convierten a menudo en el único contenido de las propuestas de resolución con el símil en otro momento establecido para la LOPSC respecto a la ratificación a tenor de lo citado en el art. 11.1 de la LOPSC.

En los municipios que carecen de policía local, este procedimiento de vinculación automática es más difícil de urdir. La Guardia Civil podrá actuar como denunciante, pero generalmente remitirá el boletín de denuncia al Ayuntamiento para que inicie el oportuno procedimiento sancionador⁷³³. En otro caso, la denuncia a través de particulares o de corporativos, también puede dar pie a dictar el oportuno acuerdo de iniciación, pero ya con las limitaciones y conveniencias conocidas⁷³⁴.

3.2.8. TURISMO.

Competencias:

Sin perjuicio de lo dispuesto para otras EELL (provincias: Promoción turística de la provincia, coordinación y apoyo a entes locales en la materia; mancomunidades;

⁷³² A través de la STS de 15 de noviembre de 2000 y 23 de mayo de 2001 el TS estableció que: “Las denuncias únicamente suponen la iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados y en la misma se haya hecho constar una sucinta exposición de los hechos, la matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción el lugar, hecho y hora de las misma”. Respecto a la presunción de veracidad y valor de las denuncias de los agentes. Vid. Capítulo IV.

⁷³³ Por una cuestión competencial no es propiamente la Guardia Civil la autoridad competente que tiene encomendada la vigilancia del tráfico en el ámbito municipal, sino únicamente lo realizará de manera subsidiaria es los municipios que carecen de la misma y que dispongan de ordenanza aprobada. (LOFCSE, art. 7 TRLTSV).

⁷³⁴ Sobre las medidas de coacción administrativa y las sanciones no pecuniarias. T. CANO CAMPOS (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, Madrid: Iustel, p. 200 y 207.

comarcas⁷³⁵), según el art. 25.2.h) de la LRBRL “*el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias en las siguientes materias: información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local*”⁷³⁶”.

La LRSAL declina la ocupación del tiempo libre en el concepto de turismo, ampliando sorprendentemente el ámbito de actuación, puesto que los motivos del viajero o turista pueden ser complementarios o distintos al puro ocio o vacacional. A tenor de lo citado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “*En definitiva, el fenómeno turístico, al margen de los diversos sectores jurídicos en los que de hecho puede incidir, también puede definirse a partir de las diferentes personas que intervienen: el turista y sus motivaciones; la empresa, actividad o establecimiento turístico y la Administración, entre otros. De hecho, es desde éstos últimos intervinientes, empresas y Administraciones turísticas, y no desde la motivación del que hace turismo, que se define con mayor acierto el objeto de la legislación turística*”⁷³⁷”.

Aún con todo, el turismo en el ámbito municipal viene apocopado a la “*promoción del turismo en el ámbito local*” por mandato de la LRSAL. De manera transversal se vienen integrando en esta materia aspectos medio ambientales, culturales y de desarrollo sostenible⁷³⁸ tal y como detalla el Real Decreto 416/2014, de 6 de junio, por el que se aprueba el Plan Sectorial de Turismo de Naturaleza y Biodiversidad 2014-2020 en los títulos competenciales que le atañen indirectamente al Estado. (Arts. 149.1.13 y 149.1.3 CE).

El turismo es una competencia autonómica dentro de los límites territoriales de la respectiva comunidad de conformidad con el art. 148.1.18. Por ello como norma general, la potestad sancionadora es ejercida por el servicio territorial competente (art. 91. Ley 14/2010 de 9 de diciembre de Turismo de CyL). Empero, al gozar los Ayuntamientos de

⁷³⁵ Los arts. 4 y 5 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, se refieren, respectivamente, a las competencias turísticas de las Provincias y Comarcas. Ej. El Bierzo de Castilla y León, de las cuales pueden depender los consorcios o patronatos de turismo (art. 7).

⁷³⁶ Más preciso que el anterior art. 25.2.m): “*actividades o instalaciones culturales o deportivas; ocupación del tiempo libre*”.

⁷³⁷ C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Derecho administrativo del turismo*, Madrid: Marcial Pons, p. 38.

⁷³⁸ O. ARIÑO BOUAZZA (2019), “La segunda generación de leyes autonómicas de turismo”, *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, núm. 1, p. 1-17.

cierta participación en lo que a las actividades turísticas que radiquen en su término municipal se refiere, (museos, aldeas, zonas protegidas) la reserva de esta competencia llevará aparejado cierto poder de policía a través de la tipificación de infracciones en las ordenanzas reguladoras del servicio para la correcta utilización y funcionamiento de los establecimientos y equipamientos públicos⁷³⁹.

Actualmente, las competencias propias en turismo (originariamente asignadas por la LBRL u otras leyes) se separan de las culturales, deportivas y de ocio, pero a la vez se limitan a partir del anterior concepto genérico de turismo en aras a evitar duplicidades. Se acota tanto la materia (“*actividad turística de interés y ámbito local*”) como las potestades que se ejercen sobre ella “*información y promoción*”⁷⁴⁰; ello sin perjuicio de otras materias con incidencia indirecta, y de las llamadas competencias impropias en este ramo de la actuación administrativa⁷⁴¹.

En cuanto a la vertiente organizativa, la gestión directa de las concejalías de turismo, entes institucionales locales⁷⁴², y sociedades locales, ha dejado paso muchas veces a una gestión indirecta o singular a través de sociedades mixtas, fundaciones de iniciativa pública, consorcios turísticos⁷⁴³...etc.

Especial interés reúne la figura de los llamados “*municipios turísticos*” o “*zonas de gran afluencia turística*” (áreas coincidentes con todo el municipio o parte del mismo)⁷⁴⁴. Son

⁷³⁹ Subsumibles este tipo de infracciones en el Título XI de la LBRL que actúa como Ley de cobertura de las ordenanzas locales para estos supuestos.

⁷⁴⁰ J. A. CARRILLO DONAIRE, P. NAVARRO RODRÍGUEZ (2014), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*, Madrid: La Ley, p. 103.

⁷⁴¹ Reconocidas expresamente por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León.

⁷⁴² Sobre la dificultad de limitar conceptual y jurídicamente el Sector Público Local y fijando sus orígenes en el RSCL, ALEJANDRA BOTO se hace eco de los informes de fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas y su extensión al Sistema Europeo de Cuentas (Sec-95). Reglamento (CE) N° 2223/96 del Consejo de 25 de junio de 1996. A. BOTO ÁLVAREZ (2014), “Redimensionamiento del sector público local”, en: T. QUINTANA LÓPEZ, A. B. CASARES MARCOS, *La reforma del régimen local*, Madrid: Tirant lo Blanch.

⁷⁴³ Con anterioridad a la regulación general de los consorcios por la LRJSP, estas entidades habían sido objeto ya de reforma para su sostenibilidad y eficiencia en la disposición adicional vigésima de la LRJPC, introducida por la LRSAL; así como en los arts. 12 a 15 y disposición adicional sexta de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa. La LRJSP ha derogado tales normas, más las previsiones de régimen local en la materia: Arts. 87 LBRL; 110 del TRRL; y 37, 38, 39 y 40 del RSCL.

⁷⁴⁴ Aunque también pueden reconocerse «*Comarcas de Interés Turístico*» (art. 25 Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña).

declarados por resolución de las Comunidades Autónomas (Consejo de Gobierno o Consejería competente) a instancia de los municipios implicados (o a iniciativa de la Administración turística con el acuerdo preceptivo del Ayuntamiento correspondiente). Sin perjuicio de la consideración de municipios o zonas turísticas por la legislación estatal a efectos fiscales y de liberalización de horarios comerciales⁷⁴⁵. Regulados por la legislación autonómica de Régimen local o turismo, conforme a la remisión que hace el art. 30 de la LBRL, donde se sitúa el origen de este régimen especial⁷⁴⁶; amén de en la legislación fiscal, y por la legislación estatal básica en materia de horarios comerciales a los efectos de su liberalización.

La policía en el turismo. Prevención, sanción y arbitraje⁷⁴⁷.

Para el inspector de Turismo, entre las consecuencias de la condición de agente de la autoridad se encuentra la posibilidad incluso de emplear la fuerza en situaciones de urgencia. También se caracterizan por su independencia en el ejercicio de las funciones inspectoras, sin perjuicio de la dependencia administrativa jerárquica (art. 74.1 Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León).

Aunque la potestad de inspección turística corresponde a las Administraciones autonómicas a salvo de lo ya analizado para el ámbito local, los inspectores pueden recabar el apoyo de otras Administraciones y el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía Local. En texto del art. 78.4 de la Ley 14/2010 de 9 de diciembre: *“Las actas de inspección levantadas y firmadas por los inspectores de turismo, de acuerdo con los requisitos establecidos por la normativa aplicable, disfrutan de la presunción de certeza y tienen valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que los interesados puedan aportar o señalar en defensa de sus derechos o intereses”*.

⁷⁴⁵ Efectos de la declaración: *“Mejora del sector en el Municipio a través de singulares fuentes de financiación (convenios de compensación financiera para prestación de ayudas autonómicas o incremento de subvenciones), fórmulas de coordinación y asistencia para la correcta y sostenible prestación de los servicios turísticos municipales, más servicios mínimos obligatorios y de calidad, especialidades urbanísticas, especificidad tributaria para la participación en tributos del Estado o el establecimiento municipal de tributos o recargos específicos y, sobre todo a efectos de la legislación de horarios comerciales, liberalización de horarios comerciales”*. Anexo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ART. 125 TRLRHL, Legislación autonómica y normativa básica sobre horarios comerciales, Ley 18/2014 de 15 de octubre de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

⁷⁴⁶ Con la pionera Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

⁷⁴⁷ Nos hemos tomado la licencia de extendernos en esta materia al ser explicada en el segundo semestre de 2021 como profesor asociado en la ULE para el curso 2020/2021.

Como instrumentos propios de la inspección en el ámbito turístico cabe citar a título enunciativo:

Planes de inspección turística. Previsto por algunas Comunidades Autónomas (normalmente anual), donde se concreta la labor inspectora a realizar, en aras sobre todo de una intervención administrativa uniforme e igualitaria: ámbito geográfico de la inspección, empresas/actividades objeto de inspección, contenido de la inspección, objetivos a alcanzar, etc.

Hojas de reclamaciones: (Antiguo Libro de Reclamaciones, estatal y turístico). Se trata de un instrumento de colaboración del usuario turístico con la inspección administrativa turística. Es una herramienta ágil para trasladar a la Administración las deficiencias apreciadas por los turistas en la prestación/uso de los servicios/bienes turísticos, dando lugar, en su caso, a la incoación de un procedimiento administrativo sancionador por la denuncia reclamación⁷⁴⁸, así como a la solución del conflicto por el “*sistema arbitral*”

Téngase en cuenta que la Administración sí puede sancionar administrativamente, y encauzar la solución del conflicto por la vía arbitral o como mediadora incluso, pero no puede exigir al empresario infractor la satisfacción de las pretensiones compensatorias del reclamante ni terceros por el perjuicio ocasionado (responsabilidad patrimonial como medida accesoria a la sanción solo por daños a la Administración; solo, por tanto, vía arbitral, mediación, o judicial). Si la denuncia afecta a otra Administración debe remitirse a la misma, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civil o penal⁷⁴⁹.

Visitas y Libro de Inspección o Libro Oficial de Visitas. Como quiera que el inspector goza de la facultad de acceder libremente a las instalaciones, registros y documentación (visitas), algunas legislaciones autonómicas de turismo regulan pormenorizadamente el Libro de Inspección o Libro Oficial de Visitas. En la mayoría de la normativa autonómica

⁷⁴⁸ Entiendo que la posible incoación del procedimiento de oficio tras la denuncia también se notificaría a la empresa, como interesada. Asimismo, como todo procedimiento de oficio, la fecha del acuerdo de incoación supone el inicio del procedimiento de oficio a los efectos del plazo del silencio y otros, pero será en la notificación de ese acuerdo de incoación donde debe cumplirse con el deber de información previa del art. 21.4 LPACAP: Plazo de resolución y notificación, y sentido en su caso del silencio (caducidad por procedimiento sancionador con efectos perjudiciales ex art.25 LPACAP).

⁷⁴⁹ Ej. Arts. 12.7 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; 28 de la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León y 25 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Castilla y León; y Decreto Castilla y León 109/2004, de 14 de octubre, reguladora de las hojas de reclamaciones de los consumidores y usuarios.

queda confeccionado como un documento conformado por la Consejería correspondiente que debe estar siempre a disposición de los inspectores de turismo, al objeto de que puedan reflejar en él las incidencias y resultado de sus visitas e inspecciones. Su carencia, manipulación o uso indebido puede ser objeto de sanción.

Como nota de singularidad, la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears (art. 95) se une a aquellas normativas que especifican un poco más las funciones del inspector reservándole la condición de funcionario y agente de autoridad tras la habitual cláusula genérica que atribuye la inspección “*a la Administración competente en la materia*”, sin tener en cuenta, dicho sea de paso, la concurrencia de competencias y sin delimitar a quién de las dos administraciones para el caso concreto le corresponderá la potestad inspectora⁷⁵⁰.

Potestad sancionadora o represiva:

La casuística de las infracciones administrativas pasa desde las leves (no facilitar la cumplimentación de las hojas de reclamación; no cumplimiento de obligaciones de información en la labor inspectora; no o incorrecta exhibición de distintivos; deficiencias en condiciones y limpieza de instalaciones; expedición facturas, tiques/tickets o justificantes de pago sin los requisitos exigidos...). Graves: (Publicitación de actividades sin autorización, declaración responsable o habilitación; inexactitud u omisión de datos no esenciales en autorización, declaración responsable o habilitación; incumplimiento condiciones del título habilitante; no disponer o no entregar las hojas de reclamaciones; obstaculización de la labor inspectora; no expedición de facturas, tiques/tickets o justificantes de pago...). Muy graves: (Prestación servicio turístico sin autorización, declaración responsable o habilitación; inexactitud u omisión de datos esenciales en autorización, declaración responsables o habilitación; impedimento de la labor inspectora; no prestación o prestación deficiente de servicios con grave perjuicio para los clientes; utilización de subvenciones para fines distintos; vulneración derechos

⁷⁵⁰ El principado de Asturias asume el traspaso de competencias en materia de turismo a través del Real Decreto 3550/1983 de 28 de diciembre. “*En virtud de la competencia en materia de turismo el Principado de Asturias como el resto de CCAA ha tratado de ordenar las empresas y actividades turísticas mediante la autorización de los alojamientos turísticos y demás actividades turísticas, así como los requisitos que han de reunir las instalaciones turísticas, ha planificado territorialmente la actividad turística, coordinando las actuaciones desarrolladas en el marco autonómico con las EELL(...) finalmente, el papel inspector y sancionador en esta materia*”. M. CUETO PÉREZ (2003), “Turismo”, en: A. ARCE JANÁRIZ, *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*. Estudio sistemático, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 273.

fundamentales, como actuaciones discriminatorias por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, discapacidad u otra circunstancia personal o social ...).

En cuanto a la responsabilidad se citan como personas responsables las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, que incurran en las infracciones tipificadas legalmente (titulares de establecimientos/actividades, personas que realicen la actividad ilegal...). Suele preverse la responsabilidad solidaria de los titulares por infracciones materiales del personal a su servicio: Responsables sin necesidad de que su personal se declare fallido o insolvente, sin perjuicio del derecho de repetición contra el mismo⁷⁵¹. Además, en nuestra Comunidad Autónoma, el art. 92 de la vigente Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo, ha creado el “*Registro de infractores en materia de turismo de la Comunidad de Castilla y León*”, donde se inscriben de oficio todos los sancionados por resolución administrativa firme conforme infracciones de dicha Ley.

Intervención arbitral. (Arbitraje de consumo y turístico).

Sin perjuicio de la vía judicial y aunque hay proyectos de arbitraje turístico específico (sujetos en cualquier caso a la misma regulación, con especialidades respecto a la formación de los árbitros, dominio de idiomas, inmediatez, etc.), lo normal⁷⁵² es la aplicación también para este ámbito del arbitraje de consumo como mecanismo de solución de conflictos (quejas o reclamaciones) entre el consumidor y el empresario turístico de carácter extrajudicial, gratuito, rápido y voluntario

Se impone, pues, la remisión al sistema arbitral de consumo, como arbitraje especial más utilizado, regulado en la actualidad⁷⁵³ por los arts. 57 y 58 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RD. Legislativo 1/2007, de 16

⁷⁵¹ Con alguna modulación, art. 80.2 de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León.

⁷⁵² Art. 14 Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León: “*La Administración de la Comunidad de Castilla y León fomentará la resolución de conflictos que se produzcan entre las empresas turísticas y los turistas a través del arbitraje de CONSUMO*». Según art. 91, “*son órganos competentes para sancionar las infracciones leves: el titular del Servicio Territorial en materia de turismo; para las infracciones graves: el Director General en materia de turismo; y para las infracciones muy graves: el consejero en materia de turismo*”. Según arts. 85 y 87, “*la cuantía de las multas oscila (sin perjuicio de actualizaciones por Decreto conforme IPC) de 100 a 900 € en infracciones leves, de 901 a 9.000 € en infracciones graves, y de 9001 a 90.000 € en infracciones muy graves; todo ello según determinados criterios para su graduación: subsanación de anomalías, perjuicios causados, número de personas afectadas, beneficio ilícito obtenido, categoría del establecimiento, reincidencia... Que, en puridad, no son sanciones, por mucho que se denominen «sanciones accesorias» en el art. 86, “que solo son anudadas a las infracciones graves o muy graves”*”.

⁷⁵³ Recientemente, M. MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2014), *El sistema arbitral de consumo*, Lisboa: Juruá.

de noviembre, modificado con posterioridad (art. 51.1 Constitución⁷⁵⁴); RD 231/2008, de 15 de febrero, sobre el sistema arbitral de consumo (modificado en 2009); y art. 27 de la Ley Castilla y León 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León; amén de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, General de Arbitraje.

Quedan excluidas del arbitraje de consumo las materias resueltas por resolución judicial firme, salvo ejecución; aquellas en las que ha de intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de los que no pueden actuar por sí mismos; y cuando existan indicios racionales de delito (como intoxicación, lesión o muerte).

Las partes serán citadas a una audiencia, donde podrán presentarse alegaciones y pruebas. El arbitraje se decidirá en “*equidad*” (según prácticas generalizadas y aceptadas, sin necesidad de fundamentación en preceptos o doctrina jurisprudencial) o en “*Derecho*”.

3.2.9. FERIAS, ABASTOS, MERCADOS, LONJAS Y COMERCIO AMBULANTE.

La LRSAL elimina el mercado como servicio obligatorio para los municipios de más de 5000 habitantes; y pese a lo referido en el enunciado, la competencia local en esta materia ha quedado restringida a la venta ambulante (arts. 148.1.14 y 148.1.12).

Entendemos venta ambulante⁷⁵⁵ como aquel tipo de comercio que se realiza de forma no sedentaria por comerciantes, esto es, fuera de un establecimiento comercial permanente en instalaciones comerciales desmontables o transportables ubicadas ya sea de manera periódica u ocasional en lugares debidamente autorizados. Para estos supuestos, el control de la institución municipal juega un papel fundamental en cuanto a la verificación previa por medio de las autorizaciones o declaraciones responsables (art. 41 Ley 2/2015 de 4 de marzo del Estatuto del Consumidor de Castilla y León). La ordenanza vuelve aquí a jugar un papel fundamental⁷⁵⁶ limitándose la competencia a la venta ambulante con el carácter

⁷⁵⁴ “*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”.

⁷⁵⁵ Sobre la definición de este concepto y los diversos subtipos, consideramos importante. CUBERO MARCOS, J. I., LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019), *Espacio público y ordenanzas...*, *op.cit.*, p. 347 y ss.

⁷⁵⁶ “*Al presentar la potestad sancionadora un carácter funcional o instrumental sobre los ámbitos materiales sobre los que el municipio tenga competencia todo recae en las ordenanzas municipales. Estas comprenden tanto el poder para definir normativamente los comportamientos reprobables y los castigos de que deben ser objeto los sujetos que los hayan cometido, como el poder para ejecutar el contenido de*

“no sedentario” que a ésta se le atribuye y siempre y cuando se desarrolle en el término municipal. Artículo 42. Regulación de la actividad. *“Las Ordenanzas municipales de venta ambulante deberán determinar, como mínimo: e) Régimen interno de funcionamiento del mercadillo. f) Previsión del régimen sancionador aplicable”*.

Poco que añadir en la legislación extremeña, la Ley 8/2018 de 23 de octubre del Comercio de Extremadura, vuelve a poner en entredicho la autonomía de la potestad inspectora en la Administración local como poder preventivo y singularmente separado del represivo. La citada, considera la inspección como parte holística del procedimiento sancionador con competencia en la misma al quedar atribuida por el legislador sectorial: *“Corresponde a los Ayuntamientos la inspección, instrucción del procedimiento y sanción de las infracciones a la presente ley”*.

En la Rioja, la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de ordenación de la actividad comercial y las actividades feriales en la Comunidad Autónoma de La Rioja en su art. 70 atribuye a la Consejería competente las potestades inspectoras y sancionadoras, haciendo muestra de que está pensando en un comercio con carácter periódico y permanente y no en el mercado municipal. Esta obligación parece colegirse del art. 19.9 al reservar el orden público al Ayuntamiento respecto del cierre de establecimientos⁷⁵⁷. En idéntica línea, la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de comercio de la Comunidad Valenciana⁷⁵⁸ atribuye la competencia inspectora y sancionadora a la Conselleria competente, sin embargo, en materia de venta no sedentaria reserva a la institución municipal la potestad represiva.

las normas anteriores. Las ordenanzas ubican la titularidad de ambos poderes en la entidad municipal. Así por un lado desarrollan normativamente el régimen sancionador de los mercados de abastos y por otro determinan que los propios órganos municipales son los competentes para su ejecución”. B. PORTA PEGO (2006), *Mercados minoristas municipales: régimen jurídico-administrativo*. Barcelona: Atelier, p. 389. *Ibidem*, p. 392. Acerca de la problemática entre responsabilidad y autoría. *“Las sanciones previstas por las normas municipales reguladoras del servicio de mercado son de dos tipos. Sanciones económicas (multas) y sanciones de contenido personal (la suspensión de autorizaciones y concesiones o su extinción). Esta circunstancia obliga a retomar la disociación entre responsabilidad y autoría y a ponerla en conexión con la naturaleza de las sanciones del régimen municipal de abastos. Ello se debe a que la identidad entre autor y responsable de la infracción permite la imposición de sanciones personales, pero tal posibilidad no es tan clara cuando la condición de responsable y de autor no coinciden en un mismo sujeto”*. En la misma línea, H. VILLAREJO GALENDE (2008), *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Madrid: Comares.

⁷⁵⁷ *“...Por razones de orden público, los Ayuntamientos podrán acordar el cierre, de manera singularizada, de establecimientos que vendan bebidas alcohólicas...”*.

⁷⁵⁸ Art. 109 2. *“Las infracciones en materia de venta no sedentaria serán sancionadas por los Ayuntamientos de acuerdo con lo dispuesto en sus ordenanzas, y, en su defecto, según lo establecido por la presente ley”*.

3.2.10. SALUBRIDAD PÚBLICA Y ACTIVIDADES FUNERARIAS.

Las competencias municipales en materia de salud e inspección sanitaria comparten trayectoria con el actual cuerpo del art. 25.e) de la LBRL al haber seguido la senda de las DTI y III. Además, la LRSAL elimina como servicio de prestación obligatoria para todos los municipios el “*control de alimentos y bebidas*”.

Empero, la importancia y trayectoria de los cementerios y actividades funerarias en el ámbito local, hace que les reservemos un breve espacio para desarrollar su régimen competencial⁷⁵⁹. Podemos fijar la génesis de la importancia de esta competencia en la época liberal, y en concreto, huelga mencionar el Decreto de 23 de junio de 1813 que aprobó la Instrucción para el Gobierno Económico-Político, disponiendo la obligación de cementerio no sólo a los Ayuntamientos sino a todos los pueblos⁷⁶⁰ al establecer que: “*Estando a cargo de los Ayuntamientos de los pueblos la policía de salubridad y comodidad, deberán cuidar de la limpieza de las calles, mercados, plazas públicas y de las de los hospitales, cárceles y casas de caridad o de beneficencia; velar sobre la calidad de los alimentos de toda clase; cuidar de que cada pueblo haya cementerio bien situado*”.

El Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 en su artículo 150 atribuyó los cementerios dentro de un conjunto de facultades de orden urbanístico a “*la exclusiva competencia de los Ayuntamientos subordinada sólo a la observancia de las leyes generales del Reino*”. Además, su artículo 201 incluyó ya entre las obligaciones mínimas municipales la “*policía sanitaria de cementerios*” y en su artículo 203 establecía que “*todos los Ayuntamientos tienen obligación de construir cementerios públicos de su propiedad*”.

La Base 33 de la Ley Sanitaria de 25 de noviembre de 1944 cuyo párrafo 31 remite al precepto, distinguía entre cementerios municipales católicos y cementerios municipales civiles, independientes de los católicos. Junto a éstos, podrían existir cementerios privados, en los que “*cualquiera que sea la entidad a que pertenezcan, la función de policía sanitaria corresponderá a la autoridad de este carácter del lugar en donde esté enclavado*”.

⁷⁵⁹ L. TOLIVAR ALAS (2008), *Ayuntamientos, Registro Civil y Municipalismo Funerario*, Madrid: Iustel.

⁷⁶⁰ Parangonando al art. 26 a) donde se configura el cementerio como un servicio mínimo obligatorio en todos los municipios.

Esta inconcreta y genérica materia a caballo entre la salud y la sanidad⁷⁶¹, pese ser uno de los objetivos de la LRSAL limitar del control municipal en la materia, sigue atribuida a las EELL por parte de la legislación sectorial a través de la competencia de salud pública (art. 12 Ley General Salud Pública).

El TC en su afamada sentencia para el Régimen local 4/1981, de 2 de febrero, examinando el ámbito de la autonomía municipal y sin entrar por tanto en otras cuestiones de carácter confesional, declararía acerca de la Ley de Sanidad Nacional que: *“La Base 33, párrafo 2º de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, que establece la competencia de la Administración del Estado en materia de cementerios públicos y privados no puede calificarse de inconstitucional por cuanto no puede afirmarse que no concurren razones sanitarias que excedan del estricto ámbito de los intereses peculiares de los EELL. Las competencias municipales en esta materia no tienen así que excluir necesariamente otras competencias concurrentes⁷⁶²”*.

Pero es sobre todo en el ámbito de la sanidad, donde la legislación estatal ha permanecido incólume ante la reforma local continuando vigente en el art. 42 las atribuciones de las EELL en relación al: *“Control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales, control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones...”*. Observemos como esta materia tiene un cariz eminentemente policial e intervencionista. La actividad de la Administración local en este caso se circunscribe al control llevado a cabo a través de las dos vías expuestas en la tesis, preventiva y represiva.

En esta línea se han pronunciado las normas autonómicas acerca de la inspección sanitaria atribuyendo un importante papel en el control sanitario y la potestad sancionadora a los EELL, algunas incluso en fecha posterior a la reforma de la LBRL⁷⁶³. Para muestra la

⁷⁶¹ La sanidad animal perdura como competencia de las CCAA sin perjuicio de la reserva que realiza el art. 75 de Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal estatal para la importación y exportación de animales y la autorización de entidades elaboradoras de productos zoonutricionales.

⁷⁶² Resulta anacrónica esta sentencia respecto a la regulación actual puesto que además de haberse transferido la sanidad mortuoria a la totalidad de las CCAA como se demuestra la siguiente nota al pie, la LGS de 1986 vino a rebajar las atribuciones estatales y tal y como hemos visto sigue sin actualizar las atribuciones municipales a la realidad vigente.

⁷⁶³ Art. 6 Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana. Art. 48 Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears. Art. 18 Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. Arts. 52 y 53 Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública Cataluña. Art. 40 Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía. Art. 80 Ley 8/2008, de 10 de julio, de

circular de la dirección de Administración local sobre la necesidad de observar los ámbitos competenciales respectivos por las administraciones públicas en el ejercicio de políticas para hacer frente a los efectos económicos y sociales provocados por la declaración del Estado de alarma por el gobierno de España con ocasión de la pandemia del COVID- 19⁷⁶⁴.

salud de Galicia. Art. 60 Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. DA3º Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón.

⁷⁶⁴ A continuación, se describen estas competencias. **COMERCIO:** El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en su artículo 70.1.20, atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, competencia exclusiva en materia de comercio interior. El Decreto 22/2019, de 1 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo e Industria, establece en su artículo 1.1.h) que le “*compete a dicha Consejería (...), promover, proyectar, dirigir, coordinar, ejecutar e inspeccionar en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma: Las competencias en materia de comercio, consumo, ordenación ferial y artesanía no alimentaria*”. Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en el artículo 25.2, establece que: “*El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante*”. La legislación sectorial de Castilla y León en materia de comercio, - artículo 5 del Decreto Legislativo 2/2014, de 28 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Comercio de Castilla y León-, se refiere a los principios de actuación de los poderes públicos, y en este sentido, establece que: “*Los poderes públicos promoverán actuaciones tendentes a conseguir el desarrollo armónico y la modernización de la actividad comercial y las estructuras comerciales con sometimiento a los siguientes principios generales: f) Promoción del desarrollo económico y la modernización de la actividad comercial con el objetivo final de incrementar la capacidad de competencia de las empresas y garantizar una ocupación laboral estable en el sector. (...) j) Desarrollo de políticas tendentes a la protección de las pequeñas y medianas empresas del sector*”. **TURISMO:** El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en su artículo 70.1.26, atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, competencia exclusiva en materia de Promoción del turismo y su ordenación en el ámbito de la Comunidad. Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, establece en el Artículo 25.2, establece que: “*El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: h) información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local*”. La legislación sectorial de Castilla y León en materia de turismo, - Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, regula en el Título I las competencias en el ámbito del turismo regulando las competencias de la Comunidad autónoma en el artículo 3 y los de las entidades locales en los artículos siguientes. Artículo 4. “*Competencias de las provincias Las provincias de la Comunidad de Castilla y León ejercerán las siguientes competencias en materia de turismo:) La promoción turística de la provincia, en coordinación con los municipios. b) La coordinación de las acciones de promoción y fomento del turismo que desarrollen los municipios comprendidos en su ámbito territorial, sin perjuicio de las competencias establecidas en el artículo 5.b) de la presente ley. c) El desarrollo de la política de infraestructuras turísticas de la provincia y la coordinación de las acciones que en la materia realicen los municipios que la integran. d) El asesoramiento y apoyo técnico a los municipios de su ámbito territorial en cualquier aspecto que mejore su competitividad turística. e) El impulso y orientación de los Consorcios o Patronatos provinciales de Turismo. f) La aprobación de los planes de desarrollo turístico de ámbito provincial. g) La colaboración con la administración de la Comunidad de Castilla y León y entidades dependientes en proyectos conjuntos. h) Las demás competencias que les sean atribuidas por esta u otra ley, transferidas o delegadas de acuerdo con lo establecido en la legislación de Régimen Local. Artículo 5 Competencias de las comarcas Las Comarcas de la Comunidad de Castilla y León, legalmente reconocidas, ejercerán las siguientes competencias en materia de turismo: a) La promoción turística de la comarca, en colaboración con los municipios que la integran. b) La coordinación de las acciones de promoción y fomento del turismo que desarrollen los municipios comprendidos en su ámbito territorial. c) El desarrollo de la política de infraestructuras turísticas de la comarca y la coordinación de las acciones que en la materia realicen los municipios que la formen. d) El impulso y orientación de los Consorcios o Patronatos comarcales de Turismo. e) La aprobación de los planes de desarrollo turístico de ámbito comarcal. f) Las demás*”

Actividades Funerarias.

Por lo que refiere propiamente a los servicios funerarios, el Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, elimina los servicios mortuorios de la reserva del art. 86.3, y por la misma deja de ser un servicio público esencial del elenco del art. 26 de la LBRL⁷⁶⁵.

competencias que les sean atribuidas por esta u otra ley, transferidas o delegadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de Régimen Local. Artículo 6 Competencias de los municipios Los municipios de la Comunidad de Castilla y León tienen las siguientes competencias en materia de turismo: a) La protección y conservación de sus recursos turísticos, así como la adopción de medidas tendentes a su efectiva utilización y disfrute. b) La promoción turística del municipio en el contexto de la promoción de la Comunidad de Castilla y León como destino turístico integral. c) El fomento de la actividad turística en su ámbito territorial. d) La colaboración con la administración autonómica y entidades dependientes en proyectos conjuntos. e) La aprobación de los planes de desarrollo turístico de ámbito municipal. f) Las demás competencias que les sean atribuidas por esta u otra ley, transferidas o delegadas de acuerdo con lo preceptuado en la legislación de Régimen Local". EMPLEO. El Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en su artículo 76.1 atribuye a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, competencia de ejecución en materia de Empleo y relaciones laborales. Políticas activas de ocupación. La regulación sectorial se encuentra en el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo Las actuaciones en esta materia en el ámbito local se dirigen a: "Contratación de desempleados para ejecución de obras o servicios públicos esenciales o de interés general. Medidas fiscales para el fomento del empleo. Elaboración de programas y medidas de formación: la adaptación de la formación y recualificación para el empleo de trabajadores de sectores de actividad concretos, coordinadas por la Consejería de empleo e industria, previo informe del art.7.4 LBRL. la adaptación de la formación y recualificación para el empleo de desempleados la adaptación de la formación y recualificación para el empleo de desempleados, coordinadas por la Consejería de empleo e industria, previo informe del art.7.4 LBRL". EMPRESA / EMPRENDEDORES. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, dentro de los principios rectores que deben orientar las políticas públicas, establece la necesidad de garantizar con plena eficacia, entre otros, los siguientes objetivos: "El desarrollo de todas las formas de actividad empresarial, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas y a los emprendedores autónomos". Para la consecución de este objetivo, el artículo 70, apartado 1, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León otorga a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva, entre otras materias, sobre el fomento del desarrollo económico en los diferentes mercados y del comercio exterior y la planificación de la actividad económica de la Comunidad, dentro de los objetivos marcados por la política económica general (punto 18.º), así como sobre el comercio interior (punto 20.º) La Ley 5/2013, de 19 de junio, de Estímulo a la Creación de Empresas en Castilla y León permite la intervención de las administraciones locales en los siguientes ámbitos: La formación de los emprendedores fuera de centros educativos. Medidas de apoyo a personas emprendedoras, como son las destinadas a la idea de negocio, a la producción y a la comercialización de nuevos proyectos y a la elaboración de programas y medidas de orientación al emprendedor, estas últimas coordinadas por la Consejería de empleo e industria, previo informe del art.7.4 LBRL. Del mismo modo, en el ámbito del apoyo a la financiación pública y privada, las subvenciones para constituirse en autónomos, empresas de economía social y PYMES coordinadas por la Consejería de empleo e industria, previo informe del art.7.4 LBRL. Por último, medidas de apoyo a la innovación (directamente o mediante ayudas), para la creación de empresas innovadoras o de base tecnológica coordinadas por la Consejería de empleo e industria, previo informe del art.7.4 LBRL.

⁷⁶⁵ La propia Exposición de Motivos del Decreto Ley reconoce un doble propósito: liberalizar la prestación de servicios funerarios y suprimir la consideración de los servicios mortuorios como servicios esenciales reservados a las EELL. En ningún caso, sin embargo, concatena la liberalización funeraria a la ineludible supresión de los servicios mortuorios del conjunto de la publicación del artículo 86.3 de la LBRL. No obstante, es reseñable que el artículo 22 del Decreto Ley proclama que "sin perjuicio de lo anterior, los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos necesarios para obtenerla

Únicamente se vislumbra el concepto de actividades funerarias en el art. 25k) de la LBRL sin precisar en exceso su contenido. El inicial Decreto 2263/1974 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria no ha quedado derogado pese a la escasa vigencia de sus artículos⁷⁶⁶ y la legislación autonómica prevé la normativa ambiental y sanitaria como base de la regulación en cuanto a lo que a la inspección y sanción refiere⁷⁶⁷.

No obstante, la autorización del art. 22 del Decreto Ley precitado, parece referirse a futuras ordenanzas municipales en las que la potestad de intervención municipal seguirá jugando un papel fundamental. De hecho, el “*derecho sancionador funerario*” pasa por la licencia de enterramiento otorgada en el Registro Civil albergado en el Ayuntamiento⁷⁶⁸. La vigente ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil, aunque con distinta sistemática y sin referencias intimidatorias a los encargados de los cementerios⁷⁶⁹, mantiene los pilares básicos de su homónima de 1870. Así se declara que la inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece, y se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto de la muerte prestada en todo caso antes del enterramiento. En tanto no se practique la inscripción no se puede expedir la licencia para el entierro que tendrá lugar transcurridas al menos veinticuatro horas desde el momento de la muerte.

y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para el transporte de cadáveres”.

⁷⁶⁶ La DAI atribuye la competencia sancionadora al “*Gobernador Civil*”. Las CCAA poco tiempo más tarde a su constitución, no tardaron en aprobar normativa referente a la sanidad mortuoria a través del juego competencial entre el art. 148.1.21. y el art. 149.1.16.

⁷⁶⁷ Art. 42 e) LGS “*E) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria*”. Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León. El incumplimiento de lo previsto en los artículos 30, 35 y 36.7 de esta disposición se considerará infracción administrativa y será sancionada de conformidad con lo previsto en la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León. Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria de Madrid Artículo 42.1. “*Es competencia de los Ayuntamientos la autorización y el control sanitario de empresas, instalaciones y servicios funerarios regulados en este Reglamento en los términos recogidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en el Real Decreto-Ley 7/1996 de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica*”.

⁷⁶⁸ L. TOLIVAR ALAS (2008), *Ayuntamientos, Registro Civil, op.cit.*, p. 30.

⁷⁶⁹ Despenalización de la inhumación ilegal. Código Penal de 1995.

3.2.11. DEPORTE.

Es en el ámbito de las EELL donde surgen los clubes, se constituyen gimnasios y equipamientos deportivos, y se organizan demás actividades de ocio ocupando éstas un papel esencial en la gestión del deporte⁷⁷⁰.

Las competencias de las EELL en materia de deporte no parecen quedar bien definidas en la Ley del Deporte ni parece describirse el interés local en esta materia con excesiva precisión. Con todo, y sin restar importancia a la gestión del servicio del deporte, el mantenimiento de las instalaciones o las formas de financiación; por el ámbito objetivo de la tesis, nos centraremos en las competencias de policía de las competiciones deportivas que tienen lugar sobre el dominio público y en el ámbito territorial de las EELL⁷⁷¹.

El deporte establece un régimen sancionador que se acerca a los supuestos de “*sujeción especial*” denominado disciplinario⁷⁷². Esta materia atribuye las potestades de castigo a los órganos y comités deportivos quedando fuera el control de la Administración municipal (a salvo de las ordenanzas reguladoras de eventos deportivos en materias como tráfico o medio ambiente) al gozar de un régimen punitivo propio como describe el art. 74 de la Ley del Deporte donde se atribuye la competencia a organismos deportivos tales como; jueces, árbitros, federaciones o clubes deportivos y al comité español de disciplina deportiva.

Surge así este concepto de disciplina deportiva abarcando en todo o en parte la potestad sancionadora con distinto tratamiento por parte de las CCAA⁷⁷³. Dentro del gran elenco

⁷⁷⁰ “*Es en el ámbito local en el que se desarrolla la relación directa del deportista con la administración y con el movimiento asociativo y federativo*”. M. LORA-TAMAYO VALLVÉ (2003) *El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado*, Madrid: Dykinson, p. 99.

⁷⁷¹ Sobre el abuso de la figura del patrocinio tras la permisón por parte de la JCCA de la celebración de contratos menores y su límite negativo con la figura de la subvención.

⁷⁷² Desarrollado en el Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva. Supuestos de sujeción especial. Dejaremos de lado los medios de control directo del deportista tales como licencias deportivas, lucha contra el dopaje, o deporte de alto nivel, al no tener cabida en el ámbito local y desplazarse a asociaciones y federaciones deportivas. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, *op.cit.*

⁷⁷³ Existen normas autonómicas cuyo sistema de cumplimiento normativo (preventivo y represivo) no difiere de lo dispuesto en la Ley del Deporte. Es el ejemplo de la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón, La Ley 2/1994 de 29 de diciembre de Asturias, Ley 5/2015, de 26 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha, y La Ley 2/1995 de 6 de abril de Extremadura. Por otra parte, existen normas autonómicas que comienzan a distinguir ambas esferas tales

de las sanciones administrativas distinguido por GARCÍA DE ENTERRÍA⁷⁷⁴ entre disciplinarias, policía demanial, rescisorias de actos administrativos favorables y tributarias, debemos concebir la potestad disciplinaria como un subtipo de la potestad sancionadora y en concreto como aquella que afecta a las relaciones con una especial sujeción⁷⁷⁵.

El esquema aludido hasta ahora que se plasma en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y en el Reglamento de Disciplina Deportiva aprobado por Real Decreto 1591/1992 de 23 de diciembre no agotan la materia, pues las indicadas no son tampoco las únicas normas en las que se contienen infracciones y sanciones calificables como “*deportivas*”. La Ley estatal 10/1990, de 15 de octubre del Deporte, se proyecta sobre las actividades o competiciones de ámbito estatal⁷⁷⁶ y en su caso internacional, y a las personas que participen en ellas. En todos los demás casos distintos a éstos, será de aplicación el régimen sancionador establecido por las distintas leyes del deporte de las CCAA. Sin embargo, la normativa autonómica, viene presentándose en términos muy similares atribuyendo el carácter disciplinario a este “*Ius Puniendi*” deportivo como es

como la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía que diferencia la potestad sancionadora ejercida por la Consejería correspondiente de la potestad disciplinaria de las federaciones deportivas. Y en la misma línea, la Ley 14/2006, de 17 de octubre, del Deporte de las Illes Balears y la Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte de Cantabria.

⁷⁷⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1976), “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 10.

⁷⁷⁵ El problema de la potestad disciplinaria es la naturaleza del sujeto titular de la misma (clubs, asociaciones entidades colaboradoras). En esta línea la STC 190/1991, de 14 de octubre alude a la posibilidad de que las sanciones disciplinarias impuestas por los Tribunales puedan ser consideradas “*materialmente administrativas*”. En definitiva, la naturaleza del sujeto, no predetermina inexcusablemente la naturaleza de sus actos que puede ser distinta según los casos. Lo que significa que órganos no administrativos pueden imponer auténticas sanciones administrativas en el ejercicio de una auténtica potestad sancionadora. Recordando que la potestad sancionadora es ejercida por quien se la atribuye por rango de Ley. M. FUERTES LÓPEZ (1992), *Asociaciones y sociedades deportivas*, Madrid: Marcial Pons.

⁷⁷⁶ Sobre otras normas de ámbito estatal en materia de violencia huelga mencionar: Por el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Se trata de un órgano colegiado que está encargado de la formulación y realización de políticas activas contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Se adscribe orgánicamente al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, a través del Consejo Superior de Deportes. En el ejercicio de sus competencias actúa por iniciativa propia o a requerimiento del Consejo Superior de Deportes o del Ministerio del Interior. El desarrollado en materia de dopaje y que se rige por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y en el Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje. También ha sido citado el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte.

el caso del Art. 68 Ley 2/1994, de 29 de diciembre, del deporte de Asturias o el Art.112 de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía.

3.2.12. IGUALDAD Y VIOLENCIA DE GÉNERO⁷⁷⁷.

El 4 de agosto de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-ley 9/2018 de 3 de agosto de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 13 de septiembre de 2018.

En este sentido, se planteó que estas cuestiones deberían formar parte del catálogo de materias recogido como de competencia propia de los municipios en el artículo 25.2 de la LBRL. Por lo tanto, hizo imprescindible la modificación de la LBRL, para poder permitir el desarrollo de políticas contra la violencia de género añadiéndose un párrafo o) al apartado 2 del artículo 25 de la LBRL, con la siguiente redacción: *“O) Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género”*.

Es a través de la publicación de la Resolución de transferencias de la Secretaría de Estado de Igualdad para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las EELL en el Pacto de Estado contra la violencia de género para el ejercicio 2019, donde se han especificado dichas medidas de actuación a través de una línea de Subvenciones, y donde se establecen las cuantías establecidas y reguladas de conformidad con la Disposición final sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y con la Disposición adicional única del Real Decreto ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

Sin perjuicio del control establecido por parte de la LGS ante el incumplimiento o ausencia de justificación de la subvención y las obligaciones de reintegro, el control de esta materia hasta la fecha ha venido atribuido a la figura del FHCN. Para justificar los

⁷⁷⁷ Hemos omitido las letras m y n por la siguiente razón. Lo referente a las competencias de patrimonio cultural y educación en los arts. 25m y 25n) es subsumible en la competencia de disciplina urbanística, sin embargo, sobre los aspectos culturales y la regulación de los espectáculos huelga mencionar: T. D. NÚÑEZ GÓMEZ, L. TOLIVAR ALAS (2008), *El escenario jurídico del teatro*, Oviedo: Universidad de Oviedo. De un lado, el control de la gestión del patrimonio en lo procedente a equipamientos culturales, y del otro la conservación, mantenimiento y vigilancia de los centros escolares, puesto que el resto de la competencia es ejercida por las CCAA.

fondos recibidos, los Ayuntamientos presentarán, además, a la Secretaría de Estado de Igualdad antes del 31 de octubre de 2020, los siguientes informes⁷⁷⁸:

- Un informe final del Secretario/Interventor referido a las actuaciones realizadas para el desarrollo del Pacto de Estado en materia de violencia de género. El informe describirá el nombre del programa, la fecha de su puesta en marcha, la medida del Pacto de Estado que desarrolla, las actuaciones realizadas, el grado de ejecución del presupuesto y la valoración del programa: dificultades y propuestas.
- Un informe del Secretario /Interventor descriptivo del impacto del desarrollo del programa en la población beneficiaria.

4. CONCLUSIONES.

La proliferación sobre el papel de infracciones administrativas.

El actual desbocamiento normativo caracterizado por una inflación de leyes y una hipertrofia de reformas legislativas ocasiona consecuencias de calado en el ordenamiento jurídico perdiendo la norma su función estabilizadora de las relaciones jurídicas. Pese al aumento del tipo en el Capítulo de la normativa que refiere a infracciones y sanciones, el legislador sectorial como principal surtidor de normas, no ha tenido demasiado tino al coordinar la multiplicación de fines administrativos y las subsiguientes infracciones, con una técnica adecuada a los medios de intervención de las EELL para el cumplimiento del derecho⁷⁷⁹.

El régimen inspector y sancionador parece ser considerado como un anejo de la competencia matriz, de manera que aunque la CE no lo establezca de forma expresa, en los casos en los que existe competencia para la regulación de una materia concreta, existe

⁷⁷⁸ Fundamento de derecho quinto de la resolución de transferencias de la secretaría de estado de igualdad para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el pacto de estado contra la violencia de género, para el ejercicio 2019. Actual regulación: Resolución de 8 de septiembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, de transferencias para el desarrollo de nuevas o ampliadas competencias reservadas a las entidades locales en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género para el ejercicio 2021.

⁷⁷⁹ La excesiva normación en lo que refiere a las EELL no implica la aplicación ni la efectividad y eficacia de las mismas, la materialización de la inspección, supervisión y posterior represión con la sanción es una tarea pendiente en la mayoría de las pequeñas administraciones locales.

también como anejo, otra competencia para establecer su régimen de infracciones y sanciones con la consiguiente competencia y atribución de inspección. Es lo que nuestro Tribunal Constitucional ha denominado como el carácter instrumental de las competencias sustantivas extendiendo a nuestros entes locales, lo citado para las CCAA⁷⁸⁰. Sin embargo, este anejo del que hablamos y del que todo legislador autonómico se ha encargado de incluir, parece haberse fabricado a modo de “*copia y pega*” como una necesaria reserva formal por el carácter instrumental de la potestad, pero sin embargo, pocos han profundizado en realmente la eficacia de dicho título y de su carácter más simbólico que material.

Competencias Estado-CCAA-EELL y un legislador sectorial inerte.

El carácter bifronte⁷⁸¹ se convierte en una “*ratonera*” para el legislador estatal cada vez que pretende la modificación, ordenación o incluso desarrollo de normativa en la que la Administración local está involucrada, por una explicación bien sencilla. De una parte, el legislador estatal carece de título suficiente para realizar una regulación completa del Régimen local, al gozar únicamente de competencias puntuales⁷⁸², y de la otra, las CCAA

⁷⁸⁰ Como muestra el FJ 8º de la STC 124/2003, de 19 de junio: “*En relación a la potestad sancionadora debe señalarse ante todo su carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, como hemos señalado en diversas resoluciones (STC 48/1988, de 22 de marzo, fundamento jurídico 25; 227/1988, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 29; 96/1996, de 30 de mayo, fundamento jurídico 7). de ahí que las Comunidades autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (artículo 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1 C.e. STC 87/1985, de 16 de julio, fundamento jurídico 8; STC 196/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico 3). la regulación de las infracciones y sanciones que las Comunidades autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (STC 227/1988, fundamento jurídico 29), y, en todo caso, habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 C.e.; de igual modo, el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al administrativo común, cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (artículo 149.1.18 C.e.), sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador, por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado (STC 87/1985, de 16 de julio, fundamento jurídico 8)”.*

⁷⁸¹ Vid. STC 84/1982, de 23 de diciembre.

⁷⁸² Además del sistemático varapalo al que viene azotando a la reforma el TC la (LRSAL) y que desarrollemos en el Capítulo reservado a la autonomía, resulta ilustrativo en el marco de la tan en boga “*administración electrónica*”, la STC 100/2019, de 18 de julio. Mediante escrito presentado en el TC el 14 de enero de 2019, el Consejo de Gobierno del País Vasco, promueve conflicto positivo de competencia contra varios preceptos del Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para móviles del sector público. La STC 100/2019, de 18 de julio dictamina en su FJ 8º que: “*De acuerdo con la doctrina constitucional, cuando la competencia estatal es para definir las bases de una materia, como es el caso, hay que tener en cuenta que el reparto competencial solo quedará cerrado mediante la ordenación que establezca el Estado. Una función esencial de las bases es que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas como norma básica, cualquier clase de precepto*

no han pretendido una colaboración conjunta o un desarrollo correlativo a la legislación básica limitándose a buscar el fallo del Estado en cualquier traspiés en el que se extralimitara en su competencia por el afán acaparador antes citado. Las CCAA han agotado las competencias del art. 148 sobre Régimen local sin embargo nunca han trabajado de la mano con el Estado para legislar de un modo conjunto⁷⁸³. Siendo imposible sin una colaboración conjunta, que una verdadera reforma o innovación del Régimen local emerja⁷⁸⁴.

La problemática de la normativa aplicable y el ejercicio sancionador.

A la problemática de la fragmentación subjetiva de los titulares para la sistematización del derecho represivo y preventivo que atrás añoráramos, le sumamos ahora la dificultad de la normativa que debe regir para nuestras EELL en virtud del prolijo sistema de fuentes que le es de aplicación. Esto es, la dificultad de sistematización del Derecho administrativo para nuestros entes locales no sólo se incardina en sus peculiaridades acerca de su estructura material, sino también si tenemos en cuenta la ausencia de clarificación del Derecho administrativo que con carácter general le es de aplicación al Régimen local⁷⁸⁵. En palabras de FRANCISCO VELASCO⁷⁸⁶: *“Derecho local es una expresión puramente descriptiva. Relata la existencia de un orden normativo referido a las EELL, a su organización, actividad, relaciones con otras organizaciones superiores y con los ciudadanos. Ese orden jurídico incluye fuentes normativas muy diversas: La CE, los TI, los EEAA, las Leyes, los reglamentos y por fin, las normas de las propias EELL: ordenanzas, reglamentos, bandos decretos de alcaldía, presupuestos y planes*

legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura. Por eso, con carácter general, la legislación básica debe tener rango de ley: sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas”.

⁷⁸³ Entendemos que el fracaso de la LRSAL y de las precedentes reformas locales no viene dado sino porque no se pudo plantear una modificación del régimen local desde la legislación estatal obviando al legislador autonómico y/o viceversa.

⁷⁸⁴ La máxima podría resumirse en lo siguiente, esta regulación estatal no es acorde al sistema de fuentes constitucional al haber invadido competencias autonómicas, procedemos a impugnarlo, pero no a regularlo una vez se produzca el vacío normativo tras el fallo estimatorio.

⁷⁸⁵ A este lamento en el que invocamos aspectos formales para el cumplimiento del derecho, debemos sumarle lo ya dispuesto de la carencia de un texto único recopilatorio de infracciones y sanciones a modo de Código Penal.

⁷⁸⁶ F. VELASCO CABALLERO (2009), *Derecho local. Sistema de Fuentes*, Barcelona: Marcial Pons, p. 27-28.

urbanísticos”. Este derecho que se contiene implícitamente en la CE y en las demás fuentes normativas y es de aplicación por parte del TC y TS presenta un esquema heterogéneo y frecuentemente contradictorio e incoherente.

Errores y abandono por parte del legislador sectorial.

Al igual que lo analizado en Capítulos anteriores; en la legislación sectorial, su regulación no supera salvo excepciones, la previsión de la legislación estatal en un claro reenvío a la Administración local de “*organízate como puedas, tienes potestades y autonomía*” que a los ojos de cualquier empleado público de la pequeña Administración local se traduce en un abandono y una caída en el abismo del caos⁷⁸⁷.

Que la entidad más cercana al ciudadano sea la que inspeccione y sancione tiene unos riesgos que no han sabido soslayarse. Sin ánimo de exhaustividad, el legislador autonómico ha seguido los mismos criterios para redactar la actividad inspectora que la potestad sancionadora y cometiendo a nuestro juicio los idénticos errores. Falta de descripción del inspector, homogeneización de la Administración local sin tener en cuenta la planta municipal o la carencia de servicios, ausencia de vinculación entre actas de inspección e inicio del sancionador, y colaboración de la inspección autonómica estatal y provincial de manera aislada y separada del procedimiento⁷⁸⁸. No sólo nos aquejamos de que el legislador sectorial autonómico obvie detallar las condiciones y ejercicio de las actuaciones previas para el “*arranque*” del inicio del procedimiento sancionador, sino de que cuando tímidamente optan por su regulación, lo realizan de manera muy distorsionada con la realidad municipal a modo de utopía procedimental (urbanismo y medio ambiente): “*El técnico competente, el funcionario encargado de la inspección*”, cuando no la cláusula genérica de “*El Ayuntamiento*”⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ El legislador autonómico ha confiado en la inerte organización de la mayoría de la planta municipal para el cumplimiento de una de las potestades fundamentales que prevé el Derecho administrativo para su cumplimiento.

⁷⁸⁸ Veremos como el RUCYL y distintas normas autonómicas, reservan a “*funcionario*” las facultades de inspección. Luego por silogismo, si en la mayoría de municipios españoles no hay funcionarios encargados de la inspección, no habrá función inspectora.

⁷⁸⁹ En una materia como el urbanismo donde por tolerancia a iniciales irregularidades administrativas se ha derivado en ilícitos penales, cuando el legislador se preocupa un mínimo del cumplimiento del Derecho administrativo procede en el siguiente orden: regular la inspección de manera autónoma e independiente, excluir al personal político de las potestades, y vinculación de las inspecciones por técnicos independientes a la adopción del acuerdo de iniciación. Consideramos esto, porque describen la inspección urbanística como una técnica autónoma separada de todo acto político y ejercida por funcionarios imparciales e

Nos recuerda esta situación al peligro de la atribución genérica de potestades que desembocan en la inacción administrativa⁷⁹⁰ y no satisfacen el fin original del amplio apoderamiento de la actividad de policía.

Cuando la inspección y la sanción van en serio.

Observemos como a modo de parangón, cuando las autonomías o la AGE se han preocupado verdaderamente por los medios de aplicación del derecho en una materia, han detallado su regulación sin confiar en organizaciones externas.

En materia de patrimonio, en la normativa autonómica de Castilla y León, cuando se regula la inspección y sanción por parte directamente de la consejería en los arts. 77 y ss. en los aspectos de la materia que atañen a su competencia, lo realiza con sumo detalle, lo que nos ayuda a deducir que si no se hace así para los municipios es porque se es consciente del vacío y ausencia de medios existentes y no tanto por la confianza ciega en la “*autoorganización municipal*”.

Cuando el Estado quiere inspeccionar garantizando su eficacia (materias exclusivas del Estado y de escasa ejecución local como Trabajo y Seguridad Social) se ha esforzado en los medios de la eficacia y el cumplimiento del derecho. El procedimiento sancionador por infracciones en el orden social y de liquidación de cuotas de la Seguridad Social se iniciará, siempre de oficio, en virtud de acta de infracción o acta de liquidación, previas las investigaciones y comprobaciones que permitan conocer los hechos o circunstancias que la motivan. Pues bien, aquí la conexión es clara, el acta de infracción o liquidación no sólo vincula el ulterior sancionador, sino que inicia el propio procedimiento. Además la ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, otorga a los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la presunción de certeza , sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.

El art. 13.4 prevé para estos inspectores: “*Adoptar, en cualquier momento del desarrollo de las actuaciones, las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas*

independientes. Lo cual podría acercarse a los procedimientos sancionadores del Estado, un poco a los tramitados por la CCAA pero nada al 90% de los municipios Españoles con menos de 5000 habitantes.

⁷⁹⁰ Disentimos de la atribución genérica de potestades utilizando el título de la Autonomía local. S. MUÑOZ MACHADO (2015), *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.

a su fin, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación mencionada en el apartado anterior, siempre que no cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos”.

Y lo realmente sin duda más importante, las consecuencias. Las medidas derivadas de esa actividad inspectora tienen autonomía propia y prevén efectos jurídicos frente a terceros tras una primera opción de requerimiento o advertencia previa ante incumplimientos que permite requerir al sujeto responsable para que en el plazo que se señale adopte las medidas en orden al cumplimiento o subsane las deficiencias observadas: *“Advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes”.*

Además, la característica principal gracias a la que se asume y respeta esta figura y este medio de aplicación del Derecho administrativo es la imparcialidad derivada de la externalización⁷⁹¹. Esta inspección o control no quedan en el olvido pues son competentes los inspectores para iniciar procedimientos sancionadores, iniciar procedimientos para devolución de cantidades y/o ordenar la paralización inmediata de actividades⁷⁹².

El derecho sancionador como reparto de “lo político”. Las nulas relaciones interadministrativas en el derecho punitivo administrativo.

Al haber actuado la autonomía como límite en ocasiones a las relaciones interadministrativas⁷⁹³ y haber dejado en manos de corporativos la imposición de sanciones, no sólo a los ojos del ciudadano sino también a los ojos de las autoridades, se

⁷⁹¹ Práctica generalizada en las Inspecciones de Hacienda y de Seguridad pública, donde es habitual que el personal inspector resida en localidades distintas al lugar donde se practiquen las verificaciones. Ya NIETO mencionaba la falta de respeto en cuanto al cumplimiento y parte del porqué resulta ser en la menuda Administración local porque lo impone el mismo *“compañero de café o de dominó”*. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador, op.cit.*

⁷⁹² Para muestra un botón, la Ley del cambio climático, como cuando realmente se pretende un cumplimiento por parte de la AGE, se limita el control municipal a través de *“Ordenanzas Locales”* o *“Potestad Sancionadora Local”* tal y como se hace en normas a pesar de carácter básico, sino que se optan por controles externos y especializados o una presión fiscal individual con inspectores tributarios.

⁷⁹³ *“La casi inexistente colaboración entre administraciones se ha sustituido en parte por una mayor centralización de las decisiones esenciales, y la legislación básica se ha extendido hasta comprender medidas muy concretas y, todo ello con la finalidad declarada de reducir el déficit público (cuando se pretende conseguir un objetivo común no hay más manera que recentralizan pues sino no se obedece al estado. Esta misma razón ha llevado a imponer a todas las CCAA y EELL la obligación legal de informar al ministerio de hacienda sobre sus respectivos gastos de personal DAI del RD. Ley 20/2012 de 13 de julio”*. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función, op.cit.*, p. 112.

ve esta práctica como una intromisión en el ámbito administrativo y jurídico del otro político (cuando la Consejería de patrimonio sanciona a un Ayuntamiento o cuando la CCAA lo hace directamente a un vecino).

Lo que queremos poner aquí de manifiesto es el abandono del poder de policía en la Administración local por parte de la AGE y las CCAA. Sancionar siempre es un problema, cada político refiere a su ámbito y cuanto más podamos encajar en la “*autonomía local*” mejor, a salvo de aquellas materias donde sea absolutamente inviable su aplicación por los Ayuntamientos.

En suma, sobre las competencias exclusivas locales, el legislador sectorial atribuye y dota la potestad de inspección y sanción sobre sus materias sin delimitar quién debe ejercer esa inspección o el tratamiento que hay que dar a la misma siendo excesivamente parco con las especialidades procedimentales que el legislador básico permite completar. El absurdo parangonable en materia de tráfico, sería que el Estado tuviera una competencia para ordenar el tráfico, pero sin identificar quiénes son esos controladores o inspectores y añadiendo que cuando nos denunciaran o levantaran acta, no se tuviera bien claro las medidas ulteriores o consecuencias, a quién hay que dar traslado de la misma, o las secuelas de su inactividad.

Propuestas.

De la normativa autonómica analizada sí podemos extraer tres técnicas que pudieran ser favorables con su debida articulación, y que nos ayudarán al impulso en la redacción del texto.

Colaboración y cooperación.

De una parte, la colaboración y asistencia por parte de las Diputaciones y CCAA. El legislador ha sido consciente de la falta de medios y la imposibilidad de materializar ciertas potestades por parte de los municipios, previendo esta colaboración cuando el municipio acredite la ausencia de medios en materia inspectora y sancionadora⁷⁹⁴. Sin embargo, esta colaboración no soluciona los problemas descritos, pues cristaliza en una puesta a disposición de personal inspector que realiza actas previas, únicamente a solicitud de la alcaldía sin conexión alguna con la instrucción del procedimiento y no pudiendo delegar la tramitación del procedimiento administrativo sino actuaciones

⁷⁹⁴ Vid. Capítulo IX.

materiales aisladas. Esto conlleva una colaboración y cooperación abstracta y sin materializar en todo caso sometida a la voluntad corporativa.

Vinculación.

La denuncia por parte de un funcionario competente en el ejercicio de sus potestades debiera iniciar el oportuno procedimiento, ser título suficiente para practicar un requerimiento preventivo o cuanto menos condicionar o vincular las actuaciones del órgano competente para iniciar el procedimiento. La legislación andaluza y manchega trabajan en la laguna de las dos potestades e intentan conjugar la inspección y la sanción previendo responsabilidades en caso omiso, siendo éstas la excepción a la norma general y entendiendo que es la senda del cumplimiento del Derecho administrativo.

Externalización.

Proponemos también, tal y como reseñaba la legislación catalana o gallega, que, para el grueso de municipios de menos de 1000 habitantes, los medios de aplicación del derecho se ejecuten a través de organismo externos bien sean diputaciones, CCAA, o consorcios y agencias creados para tal fin bajo una delegación cuasi plena del ejercicio de sendas potestades (inspección y sanción) y no sólo a través de encomiendas o puesta de medios que descansan sobre la responsabilidad del primer edil invocando la autonomía local.

VI. LA NEUTRALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS GOBIERNOS LOCALES.

1. LAS ENTIDADES LOCALES COMO VERDADERAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Pecaríamos de redundancia si reproducimos nuevamente la evolución histórica de nuestras EELL, pero no podemos iniciar este Capítulo sin una breve mención histórica a la génesis de las EELL como verdaderas administraciones. Pese a que vamos a considerar el liberalismo⁷⁹⁵ como punto de partida de la moderna Administración local⁷⁹⁶ no pocos autores han apreciado que el verdadero régimen municipal moderno comienza con el reinado de los Reyes Católicos (autonomía de ciertos reinos con la subsecuente atribución de privilegios a los pueblos y villas dotándoles de cierta organización de lo local). Pero soslayando dicha liza, lo cierto es que no es hasta la CE de 1812⁷⁹⁷ cuando llega la

⁷⁹⁵ “El liberalismo emprendió una profunda reforma municipal en un sentido centralizador y uniformador frente al particularismo propio del Antiguo Régimen. Pero, aunque en esto estaban de acuerdo las dos tendencias del liberalismo español –moderada y progresista–, en lo demás se entró en una constante polémica que explicaría la multiplicidad de disposiciones legislativas sobre esta materia que se dieron durante todo el siglo XIX. Moderados y progresistas tenían dos modelos municipales distintos. Los puntos de mayor discordia fueron los relativos al control de la autoridad municipal por parte del gobierno, y la mayor o menor extensión del sufragio en las elecciones municipales. Para los moderados el alcalde era el representante del gobierno en el municipio, por lo que debía ser nombrado por la administración central, mientras que los progresistas consideraban que el alcalde era, por supuesto, la autoridad ejecutiva en el municipio, pero su origen debía ser electivo. Además, los progresistas defendieron la extensión del cuerpo electoral, aunque sin llegar a defender nunca el sufragio universal en las elecciones municipales. Por otro lado, es fácil encontrar contradicciones e incoherencias entre algunas disposiciones y la ideología oficial de cada uno de los dos partidos que las aprobaban”. E. MONTAGUT CONTRERAS (27 de febrero de 2016), “Los Ayuntamientos en la época liberal”, *nuevatribuna.es*, <https://nuevatribuna.publico.es/articulo/historia/Ayuntamientos-espana-liberal/20160227185330125875.html>. No debemos olvidar también la importancia de la época de la restauración borbónica para el régimen local. La característica fundamental de la legislación local surgida de la Restauración fue el centralismo y su aspecto más falible, el incumplimiento práctico de la misma. Ambos presupuestos conectarían directamente con el caciquismo, lo que produjo una sensación de provisionalidad de la legislación local de la Restauración, planteándose el criterio permanente de reforma desde sus orígenes hasta la promulgación de los Estatutos de mitad de la década de los veinte, así leemos en la Exposición de Motivos del Estatuto Municipal que: “Durante los cuarenta y siete años de vida que cuenta la Ley de 2 de octubre de 1877, se ha intentado su reforma, siempre infructuosamente, veintidós veces”. E. ORDUÑA REBOLLO (2005), *Historia del municipalismo español*, *op.cit.*

⁷⁹⁶ F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado ...*, *op.cit.*, p. 93 y ss.

⁷⁹⁷ Las corrientes históricas del municipalismo. En el siglo XIX se pusieron de moda los estudios medievales y la recuperación del pasado histórico municipalista. El origen de esta corriente, surgió con el

revolución liberal de las EELL, desaparecen los señoríos⁷⁹⁸ y se crean Ayuntamientos allí donde existan mil almas o incluso menos previa petición de los vecinos y concurriendo razones económicas⁷⁹⁹.

En suma, se produce una ruptura con el tradicional régimen feudal, considerándose la institución municipal como cauce de participación ciudadana que se libera definitivamente del régimen medieval y comienza a adquirir ese “autogobierno” característico de una administración, y propio para la satisfacción de sus propios intereses. Es en este momento también donde emerge la división provincial (aunque de manera más homogénea) llevada a cabo por Javier de Burgos y todavía vigente.

preámbulo de la Constitución de 1812 y por la obra de F. MARTÍNEZ MARINA (1813), *Teoría de las Cortes*, Madrid: Imprenta de Fermín Villalpando. Lo municipal llamó el interés de la doctrina y la investigación de las instituciones municipales se manifestó a partir de 1850 con las obras de Muñoz y Romero o de Colmeiro, en un proceso que no se ha cerrado hasta la fecha, entre ellas: La de Martínez Sacristán, abogado de Madrid, autor de un solo libro *Municipalidades de Castilla y León*, editado en 1877, que recogió la historia del Municipio desde la época de Roma a la Restauración canovista, estaba dividida en cuatro períodos (romano-visigodo, invasión árabe-reconquista, Austrias y Borbones, guerra de la independencia-constitucionalismo).

⁷⁹⁸ Decreto del 6 de agosto de 1811 de las Cortes de Cádiz. Del 4 de junio al 1 de julio de 1811, se estuvo debatiendo en las sesiones de Cortes (aunque ya se había estado planteando antes) la abolición de los señoríos, que finalmente fue aprobada. El Decreto abolía los señoríos convirtiéndolos en simple propiedad privada, así como el vasallaje y las prestaciones personales al señor (sernas y otros derechos feudales). Digresión histórica del liberalismo español. Trienio liberal. 1820-1823. Década ominosa. 1823-1833. 1833-1840. Regencia María Cristina. 1840-1843 regencia Espartero. 1844-1868. Reinado Isabel II (54-56) bienio progresista. 1868-1874. sexenio democrático que suele dividirse en tres (o cuatro) etapas: la primera, la del gobierno provisional español 1868-1871; la segunda, el reinado de Amadeo I (1871-1873); la tercera, la Primera República Española, proclamada tras la renuncia al trono del Rey Amadeo de Saboya en febrero de 1873, restauración borbónica: (1874-1931) se conoce por restauración borbónica a la etapa política de la historia de España desarrollada bajo sistema monárquico que se extendió entre finales de 1874 (momento del pronunciamiento del general Arsenio Martínez Campos que dio fin al periodo de la primera República española) y el 14 de abril de 1931 (fecha de proclamación de la segunda República). El nombre alude a la recuperación del trono por parte de un miembro de la casa de borbón, Alfonso XII después del paréntesis del sexenio democrático. F. GARCÍA DE CORTÁZAR, J. M. GONZÁLEZ VESGA (2017), *Breve historia de España*, Madrid: Alianza.

⁷⁹⁹ Primera fusión con éxito de municipios o más bien ciertos municipios pasan a ser pedanías. Pese a la agrupación de las localidades pasándose de entre unas 20.000 a unas 9.000 por nuestro territorio de predominio minifundista, surgen problemas para la constitución y régimen económico de los Ayuntamientos. “*Comprender nuestra historia local exige conocer las distintas formas de administración del territorio, diferentes en cada reino de la Península y que, nacidas en una época en que apenas existe el Estado, sobreviven sin embargo, cuando éste se ha fortalecido, es decir, hasta principios del siglo XIX, época en la que la revolución liberal impondrá cambios espectaculares. Un proceso cuyo inicio es necesario conectar con las distintas formas de repoblación que se producen en la península como consecuencia del esfuerzo que supone el periodo histórico multiseccular que luego se llamara reconquista*”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 23. “*El resumen de los objetivos revolucionarios puede hacerse así: nueva distribución del mapa municipal y creación homogénea del escalón provincial; representatividad ciudadana y división de poderes*”. F. SOSA WAGNER (1997), *Manual de derecho local*, Madrid: Tecnos, p. 26.

El siglo XIX se caracteriza por las pugnas en el poder entre liberales y moderados⁸⁰⁰. Los primeros con un ideario más descentralizador y apostando por una autonomía de los municipios respecto del Gobierno central que no apoyan los moderados.

No obstante, a que en el año 1836 se restablezca el régimen de Cádiz, con la elección mixta y centralizadora de los alcaldes recogida en la Ley de 1840, vuelve la posibilidad de suspender y disolver Ayuntamientos en oposición a la ley progresista de 1823⁸⁰¹. Es por ello que no llega propiamente a conseguirse una independencia o emancipación municipal que le atribuya a la misma el carácter pleno de administración pública⁸⁰², reticentes tanto liberales como moderados (los segundos más que los primeros) en que el ejercicio de las atribuciones de las municipalidades pudiera menoscabar los intereses del Gobierno central.

⁸⁰⁰ Destacando las principales características de la reforma de 1823. “*Se ahonda la separación entre funciones administrativas (reservadas a Ayuntamiento y Diputación) y funciones políticas y de orden público (alcalde y jefes políticos como delegados del poder central); refuerza el carácter ejecutivo del alcalde frente al resto del Ayuntamiento, que lo preside con más poderes; se mantiene el control central de la administración económica pero se inicia la publicidad de las sesiones cuando se abordan asuntos de presupuestos o tributarios; los recursos electorales municipales pasan a ser conocidos por las Diputaciones Provinciales convirtiéndose éste en uno de los instrumentos más importantes de la reforma que, destinada a no involucrar al poder central en las luchas locales, refuerza a las oligarquías provinciales, pues las lecciones, reñidas, dan lugar a mil conflictos que son expresión de los que agitan la vida social y económica de los vecinos y referidos generalmente a contribuciones aprovechamiento de bienes y rendiciones de cuentas*”. F. SOSA WAGNER (1997), *Manual de derecho local*, Madrid: Tecnos, p. 29.

⁸⁰¹ C. NÚÑEZ RIVERO, S. GARCÍA ARANDA (2010), “La Autonomía local en los orígenes del constitucionalismo español (1808-1873)”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 7.

⁸⁰² Administración es así definida por POSADA como “*número de distribución de los agentes que tiene el gobierno a su disposición para ejecutar las leyes*” definiendo a continuación del Derecho administrativo y la ciencia de la administración como “*la que arregla los derechos de los ciudadanos y de la sociedad recíprocamente*”. J. POSADA HERRERA (1845), *Lecciones de administración*, Madrid: Imprenta de la Sociedad de Operarios del mismo Arte. El propio ZANOBINI al explicar la administración desde las concepciones objetiva, formal y subjetiva y siguiendo a FORTI y VITT, define objetiva y formalmente la administración como la actividad práctica del Estado que atiende de manera inmediata los intereses públicos cuya satisfacción le están encomendados por Ley. (Explicando la administración desde las concepciones objetiva, formal y subjetiva). G. ZANOBINI (2020), “Curso de Derecho administrativo”, Chile: Olegnik. Citar también como estudioso de régimen local otro “*Posada*”, ADOLFO GONZÁLEZ DE POSADA y Biescas del que podemos citar obras tales como *España en crisis* (1923), *La reforma constitucional* (1931); *La crisis del Estado y el Derecho político* (1934); *La República Argentina. Impresiones y Comentarios* (Madrid, 1912); *En América. Una campaña* (1911); *La República del Paraguay* (Madrid, 1911); *Leopoldo Alas Clarín* (Oviedo, 1946); *La idea pura del Estado* (Madrid, 1944); *Pedagogía* (Valencia, ¿1910?); *Teorías políticas* (1905); *Tratado de derecho político* (1929). En la década de 1980 se publicó parte de su obra inédita: *Breve historia del Krausismo español* (Oviedo, 1981) y *Fragmentos de mis memorias* (Oviedo, 1983). Vid. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes...*, *op.cit.*

En cuanto al nacimiento e importancia de la Administración local tras la concepción del Estado, suele considerarse a POSADA HERRERA como artífice de la misma⁸⁰³ al hacer suyas las siguientes palabras: *“Una de esas primeras comisiones fue la creada el 8 de junio de 1841 en aras a la reforma de la Administración local. Las comisiones, atendiendo sin duda a los deseos del Gobierno, proponen entre otras medidas ampliar el sufragio, reservar la disolución de los Ayuntamientos al acuerdo de las cortes y ampliar las competencias de las diputaciones tan decisivas para el triunfo liberal, aunque sometidas a un rígido control estatal. Propuestas todas que el Gobierno quiso llevar adelante pero que permanecieron sepultadas en las gavetas de los proyectos del Gobierno y que, al cabo, siguieron la suerte de la propia regencia”*.

A todas estas idas y venidas le siguen el Estatuto Real de 1834, las Constituciones del 45⁸⁰⁴, 69 y el Proyecto del 73⁸⁰⁵, pero hemos de esperar hasta la CE de 1978 para que se configure la Administración local como una verdadera administración pública al proclamar en el art. 137 de la CE una triple distribución vertical de los poderes del Estado y dotando a los municipios de autonomía administrativa en el art.140⁸⁰⁶.

La Administración local, como parte de administración pública territorial o sector público, se engarza en el Título IV de la CE compartiendo título con el Gobierno y bajo los valores y principios predicables en el texto⁸⁰⁷. Adquiriendo así la condición tope de

⁸⁰³ También a Posada le atribuimos el proyecto de Ley sobre presupuestos y contabilidad municipal, que llegaron a aprobarse en Cortes.

⁸⁰⁴ Se restringe la representatividad en el municipio y en la provincia; el alcalde resulta elegido según la fórmula mixta y es libre el nombramiento de alcaldes Corregidores. El Jefe político sale reforzado al presidir el Tribunal Administrativo Provincial, como antecedente de nuestra JCA.

⁸⁰⁵ Liberalismo y régimen local plasmado ya a lo largo de la evolución histórica del Derecho Penal-Derecho administrativo del Capítulo II. Huelga mencionar aquí la Ley de 1870 en la que el municipio es *“la asociación legal de personas que residen en un término municipal”* o la dictada en 1877 al restaurar la monarquía borbónica restringiendo el sufragio activo y pasivo y en idéntica línea centralizadora la Ley de 1882. A la centralización de la primera restauración borbónica con la victoria en la guerra de sucesión le sigue un periodo fructífero de la época liberal para culminar con una nueva centralización coetáneo a la segunda y tercera restauración.

⁸⁰⁶ Dentro de las administraciones públicas, o sector público como define el art. 2 de la LPACAP, a las EELL se les otorga la más alta cualificación. Son las administraciones territoriales aquellas que extienden sus competencias a un territorio en concreto. RAE diccionario del español jurídico. Art. 11 LBRL.

⁸⁰⁷ Art.1 LBRL *“1. Los Municipios son Entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades.2. La Provincia y, en su caso, la isla goza, asimismo, de idéntica autonomía para la gestión de los intereses respectivos”*. Son entidades básicas de la organización territorial del Estado. Distribución vertical de poderes de la STC 4/1981, de 2 de febrero.

administración pública a tenor del preámbulo de la LBRL: “Con lo que todas las instancias administrativas son idénticas en cuanto a capacidad en la esfera de sus asuntos, derivando la desigualdad únicamente de la estructura inherente al interés público como fruto del esfuerzo permanente de integración político-social en el orden constituido”⁸⁰⁸.

2. LA NEUTRALIDAD ADMINISTRATIVA DE LA ORGANIZACIÓN LOCAL. POTESTADES ADMINISTRATIVAS POR PARTE DE CORPORATIVOS LOCALES.

La neutralidad administrativa de la Organización local.

La Organización local como Administración pública, no se presenta únicamente como un sujeto imparcial en los asuntos en que interviene, sino por el contrario también como parte interesada en una determinada resolución de los mismos (juez y parte en la autotutela ejecutiva)⁸⁰⁹. Ahora bien, dado que los intereses que la Administración ha de satisfacer

⁸⁰⁸ La administración como personificación jurídica del Estado. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA por su parte afirma que “sólo cuando el Estado actúa investido de administración es una verdadera y propia persona jurídica”. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 52. Lo que supone dos importantes consecuencias. A) Somete su amplia esfera de actividad a una unidad. Cualquiera que sea aquella, siempre será imputable a la persona jurídica que actúa. B) Introduce en el complejo aparato orgánico, un elemento de permanencia frente a los cambios y transformaciones que se producen con relativa frecuencia en el seno de cada administración pública.

⁸⁰⁹ Sobre la relación entre política y derecho. “El derecho, ya sea público o privado posee su propio ámbito relativamente autónomo como tal, más seguro cuando se encuentra a la sombra de una gran decisión política, por ejemplo, en el marco de un Estado estable. Pero al igual que sucede con todas las esferas de la vida, y el pensar humano puede ser utilizado en apoyo o en contra de alguna otra esfera. Defendemos el mal uso de la política y no la política en sí. La soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas, que el impero de un ordenamiento superior no es más que una frase vacía si no posee el sentido político que determinados hombres pretenden gobernar sobre lavase de este ordenamiento superior, sobre personas de un ordenamiento inferior”. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de lo político*, op.cit., p. 96.

son de carácter público⁸¹⁰, su actuación deberá estar presidida por un principio de objetividad, según señala expresamente el art. 103.1 de la CE⁸¹¹.

Una de las principales características de la función administrativa garantizada por la constitución es la objetividad. La STC 77/1985, de 27 de junio señala al respecto que el art. 103.1CE de la CE en su primer inciso recoge un principio de neutralidad de la Administración dentro del cual se incluye el mandato “*de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales*”. Encontrando fundamento en dicho principio el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración, especialmente de los funcionarios públicos (STC 178/1989, de 2 de noviembre), así como la regulación de las garantías de imparcialidad de autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus funciones, que se concretan en el deber de abstención⁸¹² (art. 52 TREBEP).

Para cierta doctrina y para la sentencia del año 1985 precitada; de la garantía constitucional de la objetividad devienen los principios de neutralidad⁸¹³, imparcialidad

⁸¹⁰ Sobre el conflicto entre lo político y lo público, dejando entrever que el problema no es la ciencia política si no el uso partidista de la misma... “*Las consecuencias de equiparar lo político a lo público son en primer lugar que se oponga por ejemplo una actitud de política de Estado a otra de naturaleza partidista, o que se pueda hablar de una política religiosa, educativa, comunal l social, etc. (...). Y en segundo lugar en la manera usual de expresarse en el marco de las polémicas cotidianas intraestatales, el término político aparece muchas veces como equivalente al propio de la política de partidos, la inevitable falta de objetividad de toda decisión política defecto que no es sino reflejo de la distinción entre amigo y enemigo inherente a toda conducta política, se expresa en las penosas formas y horizontes que dominan la concesión de puestos y política de sinecuras de los partidos políticos*”. *Ibidem*, p. 62.

⁸¹¹ C. BARRERO RODRÍGUEZ (2019), *Lecciones de Derecho Administrativo, op.cit.*, p. 29.

⁸¹² FJ 3º. “*Si resulta que no sólo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio, sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que ha de presidir la organización y la actividad de la Administración Pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias*”. Cabe hacer un llamamiento aquí a la positivación del conflicto de interés por parte del art. 64 de la LCSP y a la oriunda regulación en la Ley 3/2015 de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado en la nueva redacción dada a las prohibiciones de contratar del TRLCSP con ocasión de la promulgación de la LRJSP.

⁸¹³ Sobre el peligro de una neutralidad absoluta. “*Si sobre la tierra no hubiese más que neutralidad, no sólo se habría terminado la guerra, sino que se habría acabado también la neutralidad misma, del mismo modo que desaparecería cualquier política, incluida la de la evitación de la lucha si dejase de existir la posibilidad de una lucha en general. Lo decisivo es siempre y solo la posibilidad de este caso decisivo, el de la lucha real, así como la decisión de si se da o no ese caso*”. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de lo político, op.cit.*, p. 66. “*Si un Estado mundial llegara a abarcar a toda la tierra y a todos los hombres, no sería ya unanimidad política y llamarlo Estado no sería más que una figura retórica vacía. Si toda la humanidad y todo el mundo quedasen unidos sobre la base de unanidad únicamente económica y de tráfico, esto no se traduciría en más unidad social de lo que puedan serlo los inquilinos de un bloque de viviendas o los usuarios conectados a una misma red de gas o los pasajeros de un mismo autobús...*”. *Ibidem*, p. 87.

e integridad que sí recoge la legislación administrativa⁸¹⁴. Sin embargo, otros autores han optado por delimitar o precisar los términos de cada concepto⁸¹⁵.

Para PAREJO ALFONSO “*objetividad se ofrece como la contrario a parcialidad*”; es PÉREZ LUQUE⁸¹⁶, quien sustenta que “*la objetividad, por tanto, equivale a toda ausencia de subjetividad y está relacionada con la imparcialidad*”. O EMBID IRUJO, el que arguye que “*objetividad e imparcialidad son manifestaciones del principio de fidelidad de los funcionarios a la Constitución*”. En la misma línea le sigue MORELL OCAÑA⁸¹⁷, relacionando la objetividad de la Administración con la imparcialidad del funcionario⁸¹⁸ en tanto en cuanto “*existe una correlación necesaria entre objetividad de la Administración e imparcialidad del funcionario. Toda institución actúa a través de las personas que la integran: La voluntad de la institución es la voluntad de la persona que hace uso de la competencia de aquélla. La objetividad de la Administración es entonces una consecuencia de la imparcialidad con la que el funcionario actúe*”.

Imparcialidad, ausencia de subjetividad, eliminación de los intereses personales que por razones de parentesco, amistad o enemistad pusieran en peligro el funcionamiento de la Administración (76 LBRL y 21 ROF además de 23 y 24 LRJSP) o como una auténtica manifestación del principio de eficacia⁸¹⁹, refieren directa o indirectamente al halo de la

⁸¹⁴ Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa Preámbulo LRJSP. “*La enumeración de los principios de funcionamiento y actuación de las Administraciones Públicas se completa con los ya contemplados en la normativa vigente de responsabilidad, calidad, seguridad, accesibilidad, proporcionalidad, neutralidad y servicio a los ciudadanos*”.

⁸¹⁵ J. L. MEILÁN GIL (1996), “La administración pública a partir de la constitución española de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, p. 55-100.

⁸¹⁶ L. PAREJO ALFONSO (1989), “La eficacia como principio jurídico de la acción administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219. A. PÉREZ LUQUE (2005), *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos. A. EMBID IRUJO (1987), *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución*, Madrid: Inap. Citados por F. M. GARCÍA COSTA (2011), “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 289, p. 21-42.

⁸¹⁷ L. MORELL OCAÑA (1993), *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública*, Madrid: Civitas.

⁸¹⁸ En este fundamento irá nuestra investigación a lo largo del capítulo, pues vamos a reivindicar la neutralidad de los Corporativos locales en el ejercicio de funciones administrativas. No tanto lo relativo a los empleados públicos locales (funcionarios, personal laboral o eventual) sino como al personal al servicio de la Administración local donde sí quedarían incluidos los miembros electos.

⁸¹⁹ Sobre la relación con el principio de eficacia. “*La imparcialidad u objetividad en cuanto cualidad de la conducta de los agentes administrativos encuentra su esencia en el modo como se han de entender y aplicar las normas. Exige, en este sentido, una fidelidad a la voluntad plasmada en la regla de derecho, en su interpretación y ejecución; fidelidad que implica la renuncia a toda interpretación lograda desde el*

garantía constitucional del principio de objetividad. Sin embargo, hasta el momento no hemos dado con la acepción del principio de objetividad o con el principio en sí mismo que extrañamos al definir la problemática estructura de la Administración más cercana al ciudadano en la difusa separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo.

Nuestros autores se han abstenido hasta el momento de una relación del principio de objetividad con la politización del aparato burocrático, pero la Administración local ha sido considerada como la plataforma imprescindible y llave de la dominación política nacional con una difícil separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo⁸²⁰.

Por eso, el aspecto de la objetividad que queremos traer a colación (toda vez pueda considerarse la neutralidad como subprincipio del mismo), es la objetividad como estricta separación de las decisiones administrativas, de la oportunidad y de la conveniencia de la esfera política en sentido partidista⁸²¹. Así y como prelude a nuestro capítulo desvelaremos cómo se pronunciaba en 2013 el TC respecto a la dificultad del alcalde de dirigir tanto gobierno como la Administración local: *“Por ello debemos señalar, en primer lugar, que el mencionado precepto constitucional atribuye al alcalde y concejales tanto el gobierno como la Administración municipal, esto es, y sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar a menudo la delimitación de ambas funciones, tanto la alta dirección de la política municipal en lo que supone de adopción de decisiones con criterios esencialmente políticos, como también la suprema dirección de la Administración municipal a la que se refiere, junto al resto de Administraciones públicas, el art. 103 CE”*. (STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 6º)⁸²².

subjetivo querer y opinión del que actúa. La eficacia es un principio de contenido amplio que exige a cada administración ante todo la efectiva satisfacción de los intereses públicos que las leyes le encomiendan”. L. MOREL OCAÑA (1993), *El principio de objetividad, op.cit.*, p. 63.

⁸²⁰ A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 234 y 267.

⁸²¹ *“La democracia de partidos, en los términos en que ha desembocado la nuestra, deja de ser democracia para convertirse en oligarquía de secretarios generales y secretarios de organización, los personajes que con más denuedo –y con mayor eficacia- adulteran el sistema”*. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2021), *Panfleto contra la trapacería política, op.cit.*, p. 23.

⁸²² Este fundamento llevó al TC, a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 126.2 de la LBRL que otorgaba al alcalde la facultad de nombrar miembros de la JGL a sujetos que carecieran de la condición de concejales.

Pese a compartir el título ejecutivo constitucional, ha sido tradicionalmente predicado el principio de la neutralidad política de la Administración y la neutralidad administrativa del Gobierno⁸²³. Como muestra de la primera sintaxis que componen este doble principio, presenta interés lo esgrimido por J. A. SANTAMARÍA⁸²⁴, quien define la neutralidad como “*la disponibilidad de la burocracia frente a cualquier opción política que ostente el Gobierno*”. De este modo podría configurarse el principio de neutralidad como la prohibición de intervenir la Administración en la esfera política o gubernativa, esto es, la prohibición del carácter político de la Administración, de modo que ésta vendría obligada a respetar la elección de alternativas, tiempos y prioridades políticas que realice el Gobierno; y la garantía de la sujeción de la burocracia al Gobierno, con independencia de la opción política que lo componga⁸²⁵. En este sentido se predica la neutralidad de la Administración como un deber de imparcialidad del funcionario respecto a su ideal político reafirmando el yugo⁸²⁶ al que ha de someterse la Administración respecto del Gobierno en función y los principios del estatuto del empleado público.

El principio desarrollado parece extender la vertiente de la neutralidad política de la Administración, pero no la neutralidad administrativa del equipo de gobierno. Respecto de este último tan anhelado, encontramos reflejo en la STC 80/2002, de 8 de abril en sus FJ 3º y 7º y en la STC 151/1999, de 14 de septiembre. En la primera respecto a las labores

⁸²³ Gobierno y administración son cosas distintas se atreve a decir Posada en sus lecciones, porque “*el gobierno produce la administración o, mejor dicho, la administración es uno de los elementos del gobierno, de otro lado, las funciones del gobierno son de una esfera más elevada que la de la administración, ésta tiene funciones que, aunque no de tanta jerarquía, aunque no tan importante no son menos provechosas al bienestar y a la felicidad del país*”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 72. No se puede ocultar que el Gobierno desempeña también una actividad puramente administrativa. La STC 196/1990, de 29 de noviembre diferencia perfectamente la actuación del Gobierno como órgano constitucional que encarna el poder ejecutivo, del Gobierno o Consejo de Ministros como órgano máximo de la Administración Pública cuyas actuaciones están sometidas a control del Poder Judicial. En la misma línea el art. 97 de la CE atestigua que el gobierno está compuesto por el presidente, vicepresidente, los Ministros y “*los restantes miembros que establezca la ley*” abriendo aquí la puerta al menos a la figura de los Secretarios de Estado de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁸²⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR (1991), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 249.

⁸²⁵ *Ibidem*. La STC 190/2001, de 1 de octubre según la cual RTVE no es “*una empresa ideológica, sino un servicio público obligado a mantener neutralidad ideológica por el art. 103 CE*” (FJ. 4). F. M. GARCÍA COSTA (2011), *Delimitación conceptual*, op.cit.

⁸²⁶ Concepción orgánica de la administración y de qué separación realmente debe existir entre gobierno y administración: Distinguiendo una separación absoluta de un verdadero desarrollo de objetivos. C. BARRERO RODRÍGUEZ (2019), *Lecciones de Derecho Administrativo*, op.cit., p. 23.

administrativas que como representantes electorales⁸²⁷ deben tener todos los candidatos independientemente de la formación por la que concurren a las elecciones y en la segunda, ante la solicitud de amparo interpuesta por el alcalde tras la condena el ámbito penal por los delitos electorales⁸²⁸ cometidos en el proceso electoral previos a los comicios⁸²⁹: *“Ahora bien, la falta de celo de la Administración electoral, en este caso de la Junta Electoral Provincial, tampoco exonera a los interesados por definición en los resultados de los mismos de su imprescindible diligencia. Además de la Administración electoral, que desde su neutralidad como tal Administración está en el ejercicio de sus funciones al servicio de quienes concurren a los comicios, el ordenamiento prevé, para que éstos puedan velar porque no les sean quebrantados sus intereses electorales”*. STC 80/2002, de 8 de abril, *“En definitiva, el representante que no ha sabido cumplir con las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia en la gestión en el cargo de alcalde, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro que, como es el de Senador, participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político al más alto nivel...”*. (STC 151/1999, de 14 de septiembre. FJ. 3º).

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico administrativo consagra el principio de neutralidad⁸³⁰, para la separación del Gobierno y de la Administración en la vertiente aquí

⁸²⁷ Sobre los principios de neutralidad en los comicios locales nos atrevimos a escribir un bosquejo en el consultor de los Ayuntamientos. M. RODRÍGUEZ BARDAL (24 de mayo de 2019), “La figura de los representantes de la administración”, *El consultor de los Ayuntamientos*, Doctrina.

⁸²⁸ Por lo que respecta a los gastos en los procesos electorales y el uso de los caudales públicos en la financiación de las campañas políticas, es interesante el texto de M. FUERTES LÓPEZ bajo la línea de los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas y aquejándose de la falta de neutralidad política de éste. M. FUERTES LÓPEZ (2017), “La semilla de la corrupción: los dineros de las formaciones políticas” en: A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Madrid: Civitas, p. 155-188. Además, sobre la exigencia de responsabilidad a los miembros de los partidos políticos, cuestión que nos recuerda la responsabilidad personal (Vid. Capítulo IX) señala la autora que: *“Para prevenir conductas nocivas habría que insistir en la exigencia de responsabilidad administrativa y penal. La responsabilidad administrativa debería saltar con las alertas derivadas de una amplia información -transparencia se dice ahora- ante cualquier decisión que apareciera pringada por esa red clientelar: contratación de personal amigo o familiar, adjudicaciones de contratos, subvenciones ilegales... Para perseguir la responsabilidad penal se requieren más medios en la fiscalía anticorrupción y en los juzgados que instruyen los sumarios. Hemos visto que muchos procesos se extienden durante años”*.

⁸²⁹ Como una muestra más de cómo el Derecho administrativo sucumbe ante el Derecho penal en el cumplimiento de la Ley.

⁸³⁰ SÁNCHEZ MORÓN citando las competencias del gobierno en materia de personal: *“Las competencias específicas señaladas en el art. 3.2 de la LMRFP son de naturaleza directiva y, tras la aprobación del EBEP (que derogó os apartados e) y f), se refieren sólo a la AGE: Establecer directrices en materia de personal para los demás órganos de esa administración; determinar instrucciones para la negociación de las condiciones de empleo de los funcionarios (además de dar validez y eficacia a los acuerdos que se*

traída, no parecen extenderse de la cristalización de unas obligaciones éticas y morales tipificadas en códigos de conducta ⁸³¹.

Bajo la luz de este Capítulo iremos un paso más allá a defender el principio de la neutralidad administrativa del Gobierno, y trabajaremos en la costosa tarea de intentar delimitar las funciones administrativas de las EELL y su debida separación del Gobierno y política local⁸³².

Potestades administrativas por corporativos locales.

Analizamos en este Capítulo el cumplimiento normativo desde una óptica subjetiva⁸³³. Esto es, si el personal político⁸³⁴ ante la falta de personal de los pequeños municipios, es

alcancen a través de ella; y para la negociación colectiva con el personal sujeto a derecho laboral; fijar normas y directrices anuales para la aplicación del régimen retributivo; aprobar la oferta de empleo, la estructura en grados del personal, los intervalos de niveles de puestos de trabajo asignados a cada cuerpo o escala y los criterios generales de promoción profesional de los funcionarios". M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 106.

⁸³¹ Con los inermes mecanismos de cumplimiento ya analizados y donde el Derecho penal ha de salir en su auxilio en el caso de grandes irregularidades STC 151/1999, de 14 de septiembre referida "*ut supra*". Sobre todo, lo relativo al buen gobierno de la administración analizado en el ámbito sancionador. (Capítulos II y III).

⁸³² SÁNCHEZ MORÓN, menciona el uso de la Autonomía local como manera de repartirse el poder la política y el "*clientelismo*" por la excesiva cercanía con el ciudadano. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 83.

⁸³³ "*No hay que discutir si el político debe tener conocimientos de gestión pública o no. Si los posee mejor sino no hay nada que decir y bajo ningún concepto pueden establecerse filtros de carácter elitista o meritocrático a la hora de acceder a un puesto directivo de carácter político. En cambio, sí que es exigible a él y al partido político que lo ha seleccionado o filtrado que sea un buen político. Exigencia que es muy difícil ya que la labor de un político es muy compleja ya que consiste en articular los diferentes intereses particulares y egoístas de los ciudadanos en un bien común o interés general. Nada más y nada menos. En este sentido hay que vindicar la política como una profesión, aunque no esté ni pueda ser reglada. El directivo político posee (la mayoría de las veces) o debería poseer competencias tan diversas como capacidad de liderazgo, de comunicación, de atender y entender las demandas sociales individuales y colectivas, de negociar, de conciliar intereses, de ser muy intuitivo y empático, etc. En este sentido puede considerarse equivocada y perversa la moda de ubicar en puestos de dirección política a profesionales de la gestión, es decir a tecnocratizar las cúpulas políticas. Es un error ya que perfiles técnicos (como pueden ser los altos funcionarios) carecen de las competencias y habilidades antes descritas de forma sucinta*". C. RAMIÓ MATAS (20 de septiembre de 2019), "La relación entre políticos y funcionarios", *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-relacion-entre-politicos-y-funcionarios/>

⁸³⁴ "*Es raro encontrar una definición clara de lo político. En general la palabra se utiliza sólo negativamente, en oposición a otros conceptos diversos, por ejemplo, en antítesis como lo política y economía, política y moral, política y derecho, y a su vez dentro del derecho entre derecho político y derecho civil etc.*". Sobre la diferencia entre política y administración: "*Existe por ejemplo jurisprudencia y bibliografía sobre el concepto de asociación política o de la reunión política en el derecho de asociaciones, y por otro lado la práctica del Derecho administrativo francés ha intentado fundar un concepto del móvil político con el fin de poder distinguir con su ayuda entre actos gubernamentales*

el más idóneo para realizar las funciones administrativas de aplicación directa de la norma y las consecuencias que de ello se infiere⁸³⁵.

La Administración local, parece haber quedado notoriamente acreditado, ocupa parte del denominado “*poder del Estado*” instrumentalizado a través de los denominados poderes públicos. Distinguimos en el concepto de poderes públicos los poderes del Estado, de los entes que materializan esos poderes, configurándose las EELL como uno de ellos ex artículo 137 de la CE⁸³⁶. Sin embargo, esta identidad o status jurídico de las EELL al respecto de las administraciones superiores que permite hablar al legislador en el preámbulo de la LBRL de una “*esencial igualdad posicional de las administraciones territoriales*”, no debe hacernos olvidar las modulaciones que ese status jurídico experimenta como consecuencia de la incidencia del principio de territorialidad y cercanía en el ejercicio de sus potestades⁸³⁷.

Ese poder público garantizado constitucionalmente se plasma para nuestras EELL en un elenco de potestades administrativas ex art. 4 de la LBRL⁸³⁸. Y a su vez, de esas potestades administrativas emanan facultades de la Administración local para realizar los distintos fines de la tipología de actividades administrativas que le son propias.

políticos y actos administrativos no políticos y sustraer así los primeros al control de la justicia administrativa”. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de lo político, op.cit.*, p. 54.

⁸³⁵ J. I. MORILLO-VELARDE (1977), *El alcalde en la Administración...*, *op.cit.*, p. 84. Trata de explicarse por el autor la doble concepción político-administrativa del alcalde (gobierno de los pueblos y presidencia del Ayuntamiento), y como se encaja a “*golpes*” a este órgano judicial y político medieval en el incipiente régimen administrativo instaurado en las EELL españolas.

⁸³⁶ “*Con carácter general, la actividad de las EELL tiene la misma naturaleza, está dotada de igual virtualidad que la actividad de las administraciones públicas consideradas superiores. Sus actos vinculan y se imponen con igual fuerza jurídica a los particulares e, incluso deben ser respetados por las otras administraciones. Objetivamente, la actuación local participa de la misma naturaleza que la AGE, persigue los mismos fines de interés público en su extensión y goza de los mismos medios coactivos de poder público*”. Mismo aparato jurídico, administración territorial como máxima condición del sector público. A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales, op.cit.*

⁸³⁷ Estas modulaciones pueden estar derivadas de la esfera limitada de sus competencias o, en síntesis, de la posición de las EELL en la estructura compleja del Estado y sobre todo su estructura como administración pública.

⁸³⁸ No debemos olvidar que, frente a la autoridad, imparcialidad e independencia del Juez (117 CE), la administración pública está investida por la Ley de potestades, de poderes exorbitantes de actuación que la sitúan en una posición de supremacía con respecto a los demás sujetos con que se relaciona. Para algunos autores es esta precisamente la característica típica de la administración.

Entendiendo por potestades administrativas la “*facultad de crear modificar o extinguir relaciones jurídicas frente a terceros que tengan el deber jurídico de soportar*”⁸³⁹”.

Por mandato del artículo 97 de la CE, el Gobierno dirige la Administración, pero esto no quiere decir la plena sujeción del aparato burocrático a la conveniencia política⁸⁴⁰, sino que el cauce procedimental administrativo debiera seguir independiente de las motivaciones políticas⁸⁴¹. Empero, la mayoría de las potestades de las EELL se imputan a los dos principales órganos del aparato local: alcalde y Pleno⁸⁴² bajo la figura de la atribución⁸⁴³, olvidando que se están asignando funciones tanto políticas (ligadas a la toma de decisiones) como funciones administrativas reservadas en la esfera de la

⁸³⁹ “*Los poderes jurídicos reconocidos expresamente por el ordenamiento jurídico, que atribuyen a las Administraciones Públicas, titulares de los mismos, una habilitación para desarrollar actuaciones ejecutivas específicas que produzcan efectos actuales o potenciales sobre los particulares y sus ámbitos de interés, en una esfera concreta y que tienen por objeto la satisfacción de los intereses generales*”. V. MANTECA VALDELANDE (2011), “Las potestades administrativas: régimen general”, *Actualidad Administrativa*, núm. 18, p. 5. Vid Capítulo IV. Para GAMERO tal y como hemos visto en el Capítulo relativo a la inspección, la exclusividad de los funcionarios públicos sólo debe predicarse respecto de las potestades administrativas que impliquen ejercicio de autoridad (restrictivas, gravamen o soberanía), puesto que la teleología del art. 9.2 del TREBEP apuntaba a la reserva de puestos de trabajo de los nacionales frente a los extranjeros. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, *op.cit.*, p. 452-454. Con cita de la STS 21 de noviembre de 2009. Rec. 4035/2005 y la STS 1841/2018 DE 19 De diciembre sobre la externalización de las actividades inspectoras y sancionadoras.

⁸⁴⁰ J. POSADA HERRERA (1845), *Lecciones de administración*, *op.cit.*, p. 30.

⁸⁴¹ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública*, *op.cit.*, p. 47 y 48.

⁸⁴² Modificación del carácter del pleno, de órgano ejecutivo a parlamentario. Tras la reforma operada en el régimen local como consecuencia del Pacto Local, el Pleno, en el régimen común (y más si cabe en el especial), ha ido perdiendo capacidad dispositiva convirtiéndose en un foro parlamentario y de control al Gobierno municipal. Es así que el artículo 46.e) de la LBRL ordena que “*en los plenos ordinarios se integre una parte dedicada al control de los demás órganos de la corporación, que deberá presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones*”. Acreditándose de este modo como se sigue potenciando y sobrecargando la gestión municipal en la figura del alcalde en cada reforma administrativa.

⁸⁴³ Art. 21.1. “*El alcalde es el presidente de la corporación y ostenta las siguientes atribuciones (...)*”. Art. 22.2. “*Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones (...)*”.

Administración autonómica y estatal a empleados públicos⁸⁴⁴ y más concretamente funcionarios de carrera⁸⁴⁵.

ÁLVAREZ GENDÍN,⁸⁴⁶ en su obra Tratado general de Derecho administrativo, nos daba ya una precisa definición de la extensión de las funciones políticas en relación a las administrativas: “*Poder ejecutivo ni es sólo Gobierno, ni sólo Administración. Participa*

⁸⁴⁴ “No obstante, el límite entre área política y área administrativa no está determinado con precisión y es difícil de determinar, más aún con la tentación de los políticos de todo signo por situar y promocionar al personal de su estricta confianza es permanente lo mismo que la tentación de los funcionarios de asegurarse el ámbito de decisiva autonomía y, en su caso aumentar su poder de decisión”. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 22. “Se reconoce que el baile de funcionarios es producto de cambios y de humoradas de los nuevos personajes del poder. Los radicales fueron especialmente dados a estos cambalaches, pues tenían fuertes intereses locales y demasiado arraigo en muchos pueblos y ciudades. Se comprende que sus afiliados buscaran compensar con algún carguillo municipal los sinsabores de la militancia partidaria y los desvelos por la causa”. Referencias también sobre las depuraciones de funcionarios locales de manera arbitrarias mediante jubilación discrecional y arbitraria en la II República. F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República, op.cit.*, p. 69 y 73-77.

⁸⁴⁵ STS 1163/2020 de 26 de mayo de 2020. El Tribunal Supremo dicta sentencia contra el uso de banderas no oficiales en los edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas. Los magistrados del alto tribunal fijan como doctrina que mostrar un símbolo no oficial en los edificios y espacios públicos “no resulta compatible con el marco constitucional vigente y, en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas”. Sentencia 587/2013, de 28 de junio de 2013. Se estima el recurso interpuesto por los procesados contra la sentencia que les condenó como autores de un delito de enaltecimiento del terrorismo. El Supremo razona que no es de aplicación el art. 578 CP a los hechos enjuiciados, ya que los recurrentes colocaron carteles con fotografías de presos miembros de ETA y mensajes cuyo contenido “no supone un enaltecimiento ni justificación” de los delitos cometidos por los presos, sino, exclusivamente, reivindicaciones relacionadas con el trato penitenciario recibido por los integrantes de la banda terrorista -acercamiento de presos al País Vasco y excarcelación de un enfermo terminal; lo cual supone un comportamiento atípico del delito por el que fueron condenados. Acuerdo JEC 2 de octubre de 2019 N.º 581/2019 acerca de la denuncia sobre la exhibición de símbolos ideológicos o partidistas en las fachadas principales de edificios públicos de la Generalitat de Cataluña. La denuncia versa sobre hechos análogos a los que dieron lugar a los acuerdos de la Junta Electoral Central de 11, 18 y 21 de marzo de 2019, con motivo de las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado de 28 de abril de este año, y tienen además el mismo responsable, el presidente de la Generalitat de Cataluña. El Acuerdo de la Junta Electoral Central de 11 de marzo de 2019 tuvo el siguiente contenido: “La Junta Electoral Central tiene una reiterada doctrina sobre la obligación de los poderes públicos de mantener estrictamente la neutralidad política durante los procesos electorales (Acuerdos de 13 y 20 de mayo de 2015, 10 de septiembre de 2015, y 24 de noviembre y 4 de diciembre de 2017), doctrina confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 6ª) de 28 de abril de 2016. Asimismo, tiene declarado que la igualdad en el sufragio es esencial en la representación democrática, y por eso la ley encomienda a la administración electoral preservarla y prohíbe a los poderes públicos -que están al servicio de todos los ciudadanos- tomar partido en las elecciones. A lo que cabe añadir que las libertades ideológicas y de expresión son derechos fundamentales de las personas, no de los gobernantes, de manera que los ciudadanos pueden ejercerlos sin más restricciones que las que imponga el respeto de los derechos de los demás (Acuerdo de 20 de mayo de 2015). Finalmente, también tiene declarado que el lazo amarillo y la bandera “estelada” son símbolos partidistas utilizados por formaciones electorales concurrentes a las elecciones. El lazo amarillo porque se ha utilizado para recordar a dirigentes o candidatos pertenecientes a formaciones políticas que se encuentran en situación de prisión preventiva. La bandera “estelada” por cuanto también se utiliza como símbolo de determinadas formaciones políticas. Ambos son signos que pueden ser legítimamente utilizados por estas formaciones políticas en su propaganda electoral pero no por los poderes públicos ya que estos deben mantener una rigurosa neutralidad política (Acuerdos de 10 de mayo de 2015 y de 4 de diciembre de 2017) (...)”.

⁸⁴⁶ S. ALVAREZ GENDÍN (1974), *Tratado general de Derecho administrativo*, Barcelona: Bosch.

de uno y otra, pues realiza funciones políticas y administrativas. Función política es la actividad de los órganos supremos de un Estado que ejecutan y aplican la Constitución, actividad que atañe a todo el país, a sus altos intereses (...). La función administrativa es la propia de los órganos que aplican, más bien, las leyes y los reglamentos del poder ejecutivo del Estado y de las Administraciones locales... ”.

En la Administración local de mayor tamaño conviven tres niveles bien diferenciados; el político o corporativo que toma decisiones, el gerente como gestor de servicios, y el FHCN como presunto⁸⁴⁷ aplicador de la ley⁸⁴⁸. Sin embargo, en las Administraciones locales objeto de esta tesis al carecer de personal, gerentes o directivos, es el propio corporativo el que actúa como gerente asumiendo directamente toda la extensión de las potestades administrativas que se indican a continuación⁸⁴⁹.

La excesiva politización de la Administración local⁸⁵⁰ no es difícil de observar si repasamos brevemente como las potestades municipales se dividen en funciones o atribuciones que recaen cuasi exclusivamente sobre los órganos de Gobierno local (art. 4 en relación con los arts. 21 y 22⁸⁵¹):

⁸⁴⁷ Sobre si realmente al FHCN le corresponde el control de legalidad y la aplicación del derecho. Vid. Capítulo X. *“El poder político va ocupando ámbitos o sectores que deberían quedar reservados a profesionales técnicamente cualificados”*. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2021), *Panfleto contra la trapacería política, op.cit.*, p. 55

⁸⁴⁸ *“En estos casos se quiera o no se quiera el rol de gerente lo asume o bien el alcalde (que sería una perversión ya que su papel es estratégico y no operativo y además la mayoría suele ser inexperto en temas de gestión o bien el Secretario-Interventor. Dirigiendo de este modo el inexperto al experto”*. C. RAMÍO MATAS (2014), *“Dirección pública: modelo gerencial versus modelo institucional inteligente. El rol de los habilitados nacionales”*, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 168, p. 192-221.

⁸⁴⁹ También LUCIANO VANDELLI subraya la idea que pondremos de manifiesto en las Conclusiones acerca de que en los pequeños municipios los políticos se subrogan en los aparatos administrativos casi inexistentes. L. VANDELLI (2006), *alcaldes y Mitos. Sisifo..., op.cit.*, p. 37.

⁸⁵⁰ Cabe mencionar la definición que hace SÁNCHEZ MORÓN acerca de la burocracia de los *“países del sur”*. La herencia del clientelismo, nepotismo y ver con perspectiva cómo se va tendiendo a la profesionalización del empleo público. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 20. Líneas atrás argumentábamos *“...olvidando que se están asignando funciones tanto políticas (ligadas a la toma de decisiones) como funciones administrativas reservadas en la esfera de la administración autonómica y estatal a empleados públicos y más concretamente funcionarios de carrera”*. Pues bien, en esta línea EDUARDO GAMERO defiende que la mayoría del elenco de atribuciones que nosotros manifestamos y que se encuentran en los arts. 21 y 22 de la LBRL de régimen local, debiera estar en mano de funcionarios públicos. E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa..., op.cit.*, p. 478. A citar, policía administrativa, revisión de oficio, ejecución forzosa e inspección y sanción. El legislador ha atribuido a los corporativos tanto la *“acutoritas”* como la *“potestas”* a través de la evolución que veremos en el Capítulo X.

⁸⁵¹ En las ordenanzas locales del municipio de Alba de Tormes (municipio de población superior a los que principalmente nos dirigimos por superar los 5000habitantes) se observa cómo se atribuye a la alcaldía

a) Las potestades reglamentarias de auto organización programación y planificación. Es el art. 22 d) el que delega en el Pleno la aprobación del reglamento orgánico municipal y de las ordenanzas. O en su letra i) La aprobación de la plantilla, la relación de puestos de trabajo, o la competencia de la alcaldía para la aprobación de las bases y convocatoria de personal en el art. 21g).

b) La potestad tributaria y financiera. Se materializa en la potestad sancionadora de la alcaldía (21 n), en la atribución del Pleno de aprobar ordenanzas (22 d), en el 22 e) donde el Pleno determina los recursos propios con carácter tributario del municipio, o en las liquidaciones tributarias que practica la alcaldía (21 s).

d) Las potestades expropiatorias y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes. La alcaldía en el 21 j) debe ejercer todas las acciones administrativas y judiciales para la defensa del Ayuntamiento. La potestad expropiatoria, pese a no haberse tipificado en los elencos del art. 21 y 22 por una mayor garantía de los ciudadanos al privarse de un derecho fundamental, queda atribuida al Pleno de manera indirecta⁸⁵².

e) La ejecutividad y cumplimiento de sus actos. Corresponde a la Alcaldía la adopción de los medios de ejecución forzosa del art. 100 de la LPACAP por el art. 21 s). O el art. 21 r), donde se le atribuye la ejecución y “*hacer cumplir los actos y acuerdos del Ayuntamiento*”.

g) La potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos. 22 g). Es la LPACAP la que atribuye al Pleno esta competencia en el art. 107 para la declaración de lesividad,

funciones eminentemente administrativas y técnicas tales como la sustitución de los materiales en el cerramiento de fincas o el lugar donde se deben depositar residuos sólidos urbanos. Artículo 16. “*Todos los solares no edificados existentes en el casco urbano deberán hallarse debidamente vallados con obra de fábrica hasta una altura mínima de dos metros, contados desde el nivel del suelo. La Alcaldía podrá permitir, si lo estimare oportuno, que dicha valla se sustituya por tela metálica que no sea de espino, siendo para ello indispensable que el solar de que se trate esté alejado del casco urbano y de sus vías principales*”. En la misma línea Artículo. 29. “*Queda prohibido depositar en la vía pública sin autorización expresa de la Autoridad tierras, escombros y materiales de derribo, correspondiendo a la Alcaldía designar el lugar dentro de la vía pública, donde deberán ser depositados tales materiales*”. Compárese el art. 21.d) de la LBRL “*dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales*” con el art. 92 e incluso con la nueva problemática sobre los funcionarios interinos, y cómo es difícil de comprender que la inspección y la sanción no sean tratadas como funciones de autoridad que deban ejercerse por funcionarios públicos.

⁸⁵² Dentro de las Entidades Locales es órgano competente para proceder a la expropiación el Pleno, excepto los actos de trámite, que corresponden al presidente, competencia expresamente atribuida por el artículo 3.4 del Decreto de 26 de abril de 1957 que aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, todavía vigente, al no existir ninguna derogación expresa o tácita por entrar en contradicción con alguna norma del mismo o superior rango, posterior. Sobre este y otros asuntos: F. SOSA WAGNER, T. QUINTANA LÓPEZ, L. TOLIVAR ALAS, M. FUERTES LÓPEZ (1998), *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas*, Madrid: Aranzadi.

entendiéndose extendido así para la revisión de oficio. Igualmente, en el artículo 22 j) se atribuye al Pleno el ejercicio de acciones judiciales y administrativas para la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria.

Y como cierre no olvidemos que el art. 21 s) señala que el alcalde será competente para *“las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales”*. Sorprende una atribución expresa y tácita en el principal órgano unipersonal local de toda potestad o atribución que el ordenamiento jurídico no atribuya a otro órgano. Hecho no baladí que ha dado origen a más de una contradicción, entre otras la expresada en la última reforma económica que modificó el art. 218 del TRLRHL donde al facultarse al alcalde a fijar el orden del día, podía éste enervar la potestad de incluir en el mismo la dación de cuenta al Pleno de aquellas resoluciones contrarias al criterio del órgano interventor⁸⁵³.

Esta distribución entre potestades y atribuciones que ha realizado el legislador estatal no debiera ser fija e inmóvil, sino que debe ir con los tiempos y en palabras de MORÓN⁸⁵⁴: *“El difícil equilibrio entre unos y otros principios e intereses debe ser constantemente vigilado y reestablecido, en beneficio de los ciudadanos, en garantía de la posición constitucional de la Administración y en directa conexión con el principio de igualdad ante la ley”*. Por lo que carece de sentido que estas atribuciones no se hayan revisado desde la primera redacción de la LBRL y cuando se han revisado hayan sido para incrementar nuevas funciones al personal político como en el caso del declinamiento de la Jefatura de personal del Secretario Municipal en la Alcaldía.

⁸⁵³ *“Creo que podemos afirmar sin equivocarnos que unánimemente todos los funcionarios y la doctrina consideran que es al alcalde a quien, de conformidad con la legislación vigente, le corresponde realizar el orden del día de las sesiones plenarias, de tal manera que el interventor no puede elevar directamente al Pleno ni los reparos ni los resultados de las comprobaciones sino que a quien lo eleva es al alcalde y este, si lo considera conveniente, lo incluirá en el orden del día de la sesión plenaria... y si no lo considera conveniente, pues no lo incluirá en la sesión del Pleno de la corporación y ni en la primera sesión que vaya a realizar ni en ninguna”*. G. RIDRUEJO RODRÍGUEZ, P. JIMENEZ RIUS, J. JUEGA CUESTA (2019), *Novedades del control interno local, op.cit.*, p. 36. De igual modo entendemos que se impide al órgano interventor dar cuenta de la información suministrada al Ministerio de Hacienda (hoy Política Territorial y Función Pública), al facultar a la presidencia como conducto único para su comunicación al pleno. Art. 207 TRLRHL en conjunción con la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera tras la nueva redacción dada por la Orden HAP/419/2014, de 14 de marzo, por la que se modifica la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales.

⁸⁵⁴ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 23.

Podemos comparar de un primer vistazo dichas atribuciones con las dispuestas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del año 1953, o lo establecido en la Base 14 de la Ley de Régimen Local del año 1945. En concreto esta última atribuye ya al alcalde la facultad de “*inspeccionar servicios y obras municipales*”. Respecto de la potestad sancionadora conserva casi idéntico tenor literal: “*Reprimir y castigar las faltas de desobediencia a su Autoridad, y las infracciones de las Ordenanzas y Reglamentos Municipales*”, se incluye también “*hacer cumplir los actos y acuerdos municipales*” y se conservan otras muchas idénticas atribuciones como convocatoria y presidencia de las sesiones, representar judicialmente al Ayuntamiento, la gestión del patrimonio y la ordenación de pagos.

Consideramos que sigue arrastrándose el problema de la doble función del alcalde⁸⁵⁵, politizándose así gran parte de las decisiones administrativas locales. Si bien es cierto que se ha conseguido solventar el problema de la triple función eliminando sus tareas judiciales y su papel como Delegado del Gobierno, la indeleble conjunción en su figura de ambos aspectos del poder ejecutivo (político y administrativo), actúan en detrimento de la segunda.

Esto puede explicarse porque ya el art. 93 disponía que en cada municipio habrá un alcalde con la doble función de representar al Gobierno y dirigir la Administración, incluyendo en este segundo aspecto presidir el Ayuntamiento y la Comisión Municipal permanente y ejecutar sus acuerdos. El intento de modernización y tecnificación de la Administración local trató de llevarse a cabo con el incremento de las potestades del alcalde.

La Ley de Bases del Régimen Local de 17 de julio de 1945⁸⁵⁶ iba a romper con la trayectoria inmediatamente anterior, para plantear el problema del alcalde desde un

⁸⁵⁵ “*Los ministros y gobernadores como agentes del poder central, son principalmente funcionarios públicos que no tienen ni la estabilidad ni la aptitud profesional de los funcionarios técnicos. Puede, por tanto, procurarse, en interés del servicio mismo, que los funcionarios técnicos que a él atienden, joven de cierta autonomía respecto de los funcionarios políticos, descentralizando así ese servicio público*”. ROYO VILLANOVA citado por F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República*, op.cit., p. 117.

⁸⁵⁶ A partir de esta norma vemos un elenco de atribuciones para la alcaldía y para el Pleno que se asemeja a la actual distribución de los arts. 21 y 22 de la LBRL, sin embargo, amplias facultades administrativas eran atribuidas ya al alcalde en el liberalismo. “*El alcalde moderado era una figura insustituible, dotada de amplias competencias y fundamental para la estabilidad de los pueblos y el orden social. Los moderados consiguieron hacer del alcalde el fiel reflejo del Jefe político/gobernador en la provincia y reproducir el esquema piramidal de gobierno que ya se venía fraguando desde el Trienio Liberal y que consiguieron instalar definitivamente. El alcalde no sólo era el Jefe del ejecutivo en el Ayuntamiento, sino que representaba al mismo y servía de correa de transmisión en la jerarquía administrativa dibujada por la*

enfoque distinto. Recoge las preocupaciones que latían en los regímenes municipales contemporáneos sobre la necesidad de modernizar la gestión municipal a nivel administrativo. Esto trata de solventarse con una ampliación de las atribuciones administrativas del alcalde y la designación gubernativa del mismo. En la presentación en las Cortes de la citada Ley, el ministro de la Gobernación afirmaba⁸⁵⁷ que: *“La figura del alcalde adquiere una mayor prestancia administrativa que aquélla de la que tradicionalmente se le venía rodeando. La permanece en el cargo de duración indefinida, la facultad de designar a los Tenientes de alcalde entre los Concejales, el atribuírseles la competencia para ejercer todas las facultades de gobierno y administración, no reservadas expresamente al Pleno o a la Comisión Permanente, es prueba de que el proyecto de Ley se hace eco de la tendencia tan generalizada en las legislaciones extranjeras de exaltar las competencias de los Presidentes de las Corporaciones locales, buscando por tal medio una finalidad de eficacia...”*.

Los partidarios de este incremento de potestades administrativas por parte del alcalde como MORELL OCAÑA afirmaban que: *“Situación el Gobierno local en manos de técnicos, no conduce sino a acrecentar la anomía del poder ejecutivo sobre la vida municipal, es decir, un poder configurado sin tener en cuenta los destinatarios de sus directivas, su esquema de valores, sus pautas reales de convivencia, etc. El poder técnico se ejerce en función de datos objetivos abstractos por personas caracterizadas por su especialización profesional, ajenas a la estructura política de la organización municipal”*.

Parece así haber quedado demostrado que las numerosas y amplísimas facultades y atribuciones del alcalde actual, son fruto de una herencia donde se practicó la

*administración liberal. Desde el punto de vista de las competencias actuaba en el mantenimiento del orden y la salud pública, el control de los recursos económicos de los pueblos y el desarrollo institucional de los mismos a través del control de la instrucción pública, la beneficencia o la gestión municipal. El alcalde controlaba las elecciones, presionaba a los mayores contribuyentes, ejercía de muro de contención contra las aspiraciones de las clases populares a través de sus competencias en materia de orden público y garantizaba en definitiva el funcionamiento de la maquinaria administrativa y recaudadora de impuestos que constituían los Ayuntamientos. Todos estos poderes, aunque amplios, se veían matizados por el principio de jerarquía administrativa a la que estaban sometidos tanto el alcalde como los Ayuntamientos. La estructura jerárquica actuó positivamente sobre el asentamiento de los Ayuntamientos como estructura básica administrativa local, pero por otra parte ralentizó extremadamente su funcionamiento y la gestión ordinaria de los asuntos locales”. C. PÉREZ RODRÍGUEZ (2015), “El alcalde del liberalismo moderado, teoría y práctica”, *Realía*, núm. 3.*

⁸⁵⁷ L. MORELL OCAÑA (1982), “La figura del alcalde en el derecho local español”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 1, p. 261-291.

modernización del Gobierno local a través del henchido incremento de soberanías a los corporativos, tendencia bien distinta a los actuales derroteros.

De un tiempo a esta parte observamos una cierta “despolitización⁸⁵⁸” del Derecho administrativo acuñando una serie de medidas de especial incidencia en lo que a la Administración local se refiere. Lo que parece pretenderse con esta serie de medidas es la profesionalización aún más del Derecho administrativo local de joven creación, a través de la tecnificación de procedimientos y desligando las decisiones de mera gestión de las de oportunidad política con los pertinentes cambios respecto al sujeto comandante. Todo ello tras hacerse necesario diferenciar un espacio para la decisión política y otro para la técnica en la Administración local.

3. LA IDÓNEA E INSUFICIENTE DESPOLITIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

3.1. TRIBUNALES DE SELECCIÓN.

En estos órganos colegiados ha tratado de coordinarse de manera escrupulosa su actividad con los principios constitucionales del art 23.2 y 103.3, no distando los mismos de una proyección del derecho fundamental de la igualdad consagrado en el artículo 14 CE⁸⁵⁹ en el ámbito del acceso a la función pública.

⁸⁵⁸ Con el término despolitización queremos hacer referencia a la neutralidad de los políticos ante las actividades administrativa, tanto los conflictos partidistas como a la relación con los vecinos, pues parece indiscutible que el Derecho administrativo en todo caso debe impulsar y gestionar las políticas públicas. “La organización administrativa, como toda organización, supone la objetivación de unas funciones, la creación de una auténtica estructura, un aparato, capaz de desempeñar eficazmente las funciones encomendadas a una entidad. En cuanto las funciones son públicas y el aparato organizativo se inserta en una institución de naturaleza política, la organización correspondiente está condicionada primariamente por unos presupuestos políticos, unas decisiones políticas que le vienen impuestas(...) esta afirmación de la politicidad de la organización administrativa no pretende excluir el valor complementario, que no marginal, de las teorías y técnicas de organización que se orientan esencialmente a la búsqueda de la eficacia y rentabilidad de la acción administrativa”. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo 2020, op.cit., p. 181*. Cuando por referencia se pide una despolitización, lo que se está buscando no es sino una superación del aspecto partidista de lo político, “la ecuación política de partido se hace posible cuando empieza a perder fuerza la idea de una unidad política del Estado”. C. SCHMITT (2014), *El Concepto de lo político, op.cit., p. 64*. Por el contrario, algunos corporativos acusan a este nuevo paradigma como un exceso de “tecnocracia” que ata de pies y manos su función de representantes. Sobre este asunto véase J. M. ZARATIEGUI LABIANO (2020), *La tecnocracia y su introducción en España*, Valladolid: Universidad de Valladolid.

⁸⁵⁹ La Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre considera que: “El art. 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados

Por tanto, todos los ciudadanos que quieran acceder a la función pública deberán hacerlo en condiciones de igualdad y garantizándose la libre concurrencia; de este modo, ninguno de los méritos ni requisitos de acceso que se establezcan para el acceso a los procesos de selección podrá establecerse de tal manera que pueda constituir un trato discriminatorio a determinados ciudadanos, ni podrá valorarse de cualquier otra forma alejada a la objetividad o neutralidad⁸⁶⁰.

En esta línea, la doctrina constitucional ha interpretado los artículos 14 y 23 CE bajo la hermenéutica de que se producirá un trato discriminatorio cuando ante iguales situaciones de hecho exista una desigualdad de trato sin que tal desigualdad tenga una justificación objetiva y razonable. Como supremo garante de la CE, el TC así se ha pronunciado en las Sentencias: 75/1983, de 3 de agosto de 1983, 23/1981, 10 julio 1981, 49/1982, de 14 julio 1982 y 65/1982, de 10 noviembre así como de las sentencias de 23 julio 1968 y 27 octubre 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para garantizar el principio de igualdad mérito y capacidad, del mismo modo que no está permitido introducir ningún criterio que no sucumba estrictamente a los principios de mérito y capacidad (empadronamiento, empleo, criterios sociales)⁸⁶¹, tampoco parecería a priori adecuado que formen parte de los tribunales, personal carente de las aptitudes necesarias que permitan preservar ese criterio técnico para dirimir o valorar los méritos

conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquéllos que, sin esa referencia, establezcan una desigualdad entre españoles”.

⁸⁶⁰ M. E. SERRANO FERRER (31 de Julio de 2007), “Los Tribunales de Selección tras el Estatuto Básico. La Discrecionalidad Técnica”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/los-tribunales-de-seleccion-tras-el-estatuto-basico-la-discrecionalidad-tecnica/>. Sobre la necesidad de deslindar la discrecionalidad técnica Nos vienen a la mente estas palabras de JUAN IGNACIO TRABAGLIA: “*Resulta necesario deslindar aquellos casos que responden a una discrecionalidad técnica en donde el decisor opta por una de las soluciones brindadas por el derecho, a aquél otro supuesto en donde quien decide debe construir la decisión puesta a resolución*”. J. I. TRABAGLIA (2020), *Discrecionalidad administrativa...*, op.cit., p. 73.

⁸⁶¹ Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 28 de julio de 1998 cuando dice literalmente: “*Se alega por el recurrente la nulidad de la condición exigida a los aspirantes de dicha convocatoria de «vivir o estar empadronado en la zona», ya que supone un acto discriminatorio al amparo del artículo 14, en relación con el 103, de la Constitución española. Pues bien, tiene razón el actor al cuestionar la citada exigencia, que en modo alguno se encuentra justificada como sostiene la Administración demandada, por la actividad a desarrollar por las personas contratadas. En efecto, el que el proyecto a presentar por los aspirantes deba mostrar el conocimiento de la zona en sus aspectos geográficos y socio culturales así como de las entidades e instituciones del territorio, no impide en absoluto que una persona que no viva o esté empadronada en la zona lo pueda acreditar. Debe entenderse, pues, que la citada condición establecida por las bases de la convocatoria es contraria al artículo 14 de la Constitución, que prohíbe todo tipo de discriminaciones por razón de nacimiento o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

del futuro seleccionado. Esto es, la igualdad impide los sesgos y el mérito y la capacidad exige que también el tribunal disponga de unos mínimos conocimientos.

El desarrollo constitucional de los principios de mérito y capacidad del art. 23 de la CE en lo que los tribunales de valoración⁸⁶² se refiere, parece comenzar con lo dispuesto en el art. 19 de la LMRFP de carácter no básico de conformidad con el art. 1.3 de la norma. Este precepto remite a un ulterior desarrollo reglamentario la composición y funcionamiento de los órganos de selección siempre garantizando la especialización, la objetividad y la imposibilidad de estar formado únicamente por funcionarios del cuerpo del aspirante (art. 19.2 LMRFP).

Su desarrollo en los arts. 11 y 12 del RGI es inequívoco respecto a que únicamente podrán formar parte de los órganos funcionarios de carrera, velándose en su composición por el cumplimiento del principio de especialidad y debiendo poseer la totalidad de sus componentes un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate. Con ello, en la AGE, el RGI dispuso que los miembros de los tribunales no pudieran ser políticos al establecer con claridad que todos los miembros del tribunal, incluido el presidente, han de ser funcionarios de carrera (art. 11).

Distinta suerte pareció correr la legislación no básica estatal de aplicación a las EELL. En primer lugar, el art. 4º del Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, por el que se simplifica el procedimiento para el ingreso en la Función Pública Local, disponía lo siguiente al atribuir al alcalde la presidencia del órgano: *“Los Tribunales calificadores de los ejercicios y méritos de los funcionarios y de los aspirantes se constituirán de la siguiente forma: presidente: El de la corporación o miembro de la misma en quien delegue (...)”*.

En la STC 85/1983, de 25 de octubre se analizó el Real Decreto 712/1982 antecedente inmediato del Real Decreto 896/1991 de 7 de junio, y en cuanto a la composición de los Tribunales llegó a decirse que *“será preciso que el régimen de tales comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre sin ceder a consideraciones externas y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora y con la adecuada presencia local, más dentro de estas coordenadas cabe más de una respuesta a la hora de reglamentar la composición de las Comisiones a las*

⁸⁶² M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 83.

que se encomienda un papel principal en el procedimiento de ingreso en la función pública”.

Aún con todo, la normativa posterior no fue demasiado esperanzadora. Al fijarse en el Real Decreto 896/1991⁸⁶³ una composición “*predominantemente*” y no “*exclusivamente*” técnica, la presencia como presidente al que lo fuera de la corporación y la ausencia de una reserva clara a la condición de funcionario únicamente describiéndose vocales con una titulación igual o superior, dejó la puerta abierta a que los miembros de la corporación accediesen a los tribunales calificadores.

Varios años de liza desembocan con ocasión de la aprobación del EBEP, en la regulación de los tribunales de selección por parte del legislador básico en el art. 60.2⁸⁶⁴ vetando de los mismos al personal de elección o designación política, funcionarios interinos y personal eventual motivando la modificación en la necesaria imparcialidad e independencia de los miembros del órgano colegiado⁸⁶⁵.

Se trata de una redacción que conforma unos límites negativos acreditando únicamente las prohibiciones y sin habilitar el tipo de personal que debe formar parte, pudiendo complementarse dicha regulación con lo dispuesto en el RD 896/1991 en tanto no se oponga al EBEP de conformidad con la DF IV. No obstante, no deja duda el precepto (bajo el objetivo de asegurar la imparcialidad y profesionalidad), de la eliminación de la presencia de alcalde y concejales en los tribunales de selección.

⁸⁶³ Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, regulando los Tribunales en el art. 4, en los términos siguientes: “E) *Los Tribunales, que contarán con un presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas.* f) *El número de miembros de dichos Tribunales que en ningún caso será inferior a cinco. Actuará como presidente el de la corporación o miembro de la misma en quien delegue. Entre los Vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma*”. Propuesta, huelga decir, que tendrá carácter vinculante de conformidad con el art. 7 del reglamento precitado.

⁸⁶⁴ Preámbulo TREBEP. “*En materia de acceso al empleo público ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección. (...). En particular se hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia en el ejercicio de las potestades que les corresponden y de ahí, que, como es regla en otros ordenamientos, se establezcan determinados límites a su composición*”.

⁸⁶⁵ Corroborando esta medida nuestra crítica sobre los principios de objetividad, neutralidad e independencia de los corporativos en el ejercicio de funciones administrativas. Vid. Potestades administrativas por corporativos locales.

La razón de ser de esta modificación pasa por la necesaria profesionalización técnica de los juzgadores en un proceso selectivo, trasladando al ámbito administrativo el principio judicial de la “*discrecionalidad técnica de los tribunales y órganos de selección*” con la que pretende garantizarse la imparcialidad del juicio técnico⁸⁶⁶ no exenta de matices⁸⁶⁷. De este modo en la STC 34/1995, de 6 de febrero, tras proclamar el claro sometimiento de la Administración a la ley al derecho, tiene a bien el tribunal introducir matices, siempre y cuando se apliquen los criterios resultantes de los conocimientos especializados por el órgano administrativo: “*En este marco general, la doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión, sin embargo, de introducir matices. Entre ellos se encuentra, por lo que ahora nos interesa, la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado «discrecionalidad técnica» de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo. Con referencia a ella, se ha afirmado que, aun en estos supuestos, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en «una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación». Una presunción iuris tantum, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador,*

⁸⁶⁶ Sobre el control de la discrecionalidad técnica la STS de 4 de diciembre de 2019: “*Resulta indiscutible que nos movemos en el ámbito propio de la discrecionalidad técnica, y, por tanto, resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder, o la proscripción de la arbitrariedad*”. F. PÉREZ SALAS (2010) “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público”, *Cemci*, núm. 8. Sobre las condiciones de las pruebas selectivas también la STS 1342/2018 de 14 de octubre de 2020 “*Por último, la ausencia de parámetros y criterios preestablecidos con que hubiera de desarrollarse la entrevista -ni tan siquiera se establece su duración-, ni los criterios de puntuación, desnaturaliza por completo el proceso selectivo, que carece de una prueba que pueda cumplir la finalidad de valorar la adecuación de los conocimientos y capacidades de los aspirantes. En definitiva, la entrevista que prevé la resolución impugnada como prueba selectiva de fase de oposición, no se adecúa a las características de este tipo de prueba, que resulta preceptiva en todo proceso selectivo (así las denomina el art. 61.3 del EBEP), salvo el caso excepcional de que una norma con rango de ley permita únicamente la valoración de méritos, conforme al citado art. 61.6, excepción que no rige obviamente en este caso*”. J. R. CHAVES GARCÍA (2017), *Vademécum de oposiciones y concursos*, Salamanca: Amarante.

⁸⁶⁷ M. E. SERRANO FERRER (31 de Julio de 2007), “Los Tribunales de Selección tras el Estatuto Básico. La Discrecionalidad Técnica”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/los-tribunales-de-seleccion-tras-el-estatuto-basico-la-discrecionalidad-tecnica/>. C. RAMÍO MATAS (20 de septiembre de 2019), “La relación entre políticos y funcionarios”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-relacion-entre-politicos-y-funcionarios/>.

bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado”.

En esta separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo se depura atribuir al órgano colegiado de gobierno la creación de plazas y su dotación presupuestaria⁸⁶⁸ (RPT y plantilla), al órgano unipersonal la aprobación de bases y convocatoria, y sin embargo, se reserva a la condición de funcionario la verificación y acreditación de los requisitos del personal que ocupará dichos puestos⁸⁶⁹.

3.2. MESAS DE CONTRATACIÓN.

En la DA II del pretérito TRLCSP⁸⁷⁰ y de la LCSP del año 2007 se permitía formar parte de las mesas de contratación sin limitación alguna a los miembros electos de la corporación siempre y cuando se hiciera inexcusable la asistencia tanto del Secretario (u órgano análogo con funciones de asesoramiento jurídico), como del Interventor⁸⁷¹. Es cierto que de una primera lectura del precepto y del espíritu de la redacción de la norma, parece colegirse el carácter subsidiario o residual de los miembros electos en defecto de

⁸⁶⁸ El art. 60. Del actual TREBEP se pronuncia en idénticos términos a su predecesor.

⁸⁶⁹ Diferencia entre las decisiones de gestión administrativa de las de mera oportunidad política. Acerca de la selección y provisión de los empleados públicos locales, son destacables las obras de J. FONDEVILA ANTOLÍN (2018), *Manual para la selección de empleados públicos*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos. T. COBO OLVERA (2012), *Empleo público local*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos. A. POSADA (2013), “Manual de instrucciones y buenas prácticas de los tribunales de selección”, *Instituto Asturiano de Administración Pública*.

⁸⁷⁰ La disposición derogatoria solo deroga expresamente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Siguen en vigor el resto de disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley. Así, siguen vigentes, salvo que se opongan a la Ley, por ejemplo, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El conflicto normativo que se plantea entre el art. 21 del RD. 817/2009 de 8 de Mayo y la DAI del TRLCSP respecto a la composición de la mesa y las funciones respecto del tipo de procedimiento, debe resolverse a favor de las previsiones de la disposición adicional segunda de la LCSP, ya que constituye legislación básica referida sólo a las entidades locales tal y como determinó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en un Informe 21/2009, de 16 de septiembre.

⁸⁷¹ Nulidad absoluta al apreciarse un defecto en la composición de la mesa de contratación. STC 93/1995, de 19 de junio y STS de 6 de febrero de 2001 al prescindirse total y/o absolutamente del procedimiento, así como la formación de la voluntad de los órganos colegiados. J. E. CANDELA TALAVERO (2014), “La Mesa de Contratación como mecanismo del control de la Administración”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 36, p. 122-139.

personal laboral o funcionario de la corporación⁸⁷², pero con todo, la asistencia y predominancia de los miembros electos respecto de los empleados públicos ha sido la práctica habitual al no existir una limitación legal que lo impidiese⁸⁷³.

Pues bien, para llevar por el buen sendero a la discrecionalidad administrativa en la baremación de las ofertas y cumplir con el principio de igualdad y no discriminación al seleccionar la oferta más ventajosa, la LCSP de 8 de noviembre regula con carácter general las mesas de contratación en su artículo 326 como un órgano de asistencia técnica especializada haciéndose eco de este modo de la tecnificación de la actividad administrativa en las EELL⁸⁷⁴.

Es de destacar que la escasa cuantía de los contratos celebrados para el grueso de nuestros pequeños municipios, hace que la mesa de contratación tenga “*per se*” un carácter residual (innecesaria en los contratos menores y potestativa en los contratos negociados sin publicidad y en los procedimientos simplificados sumarios, desplazando así un 90% de los procedimientos contractuales de nuestros pequeños municipios). En concreto, la composición de los miembros y para lo que a las EELL se refiere, se regula en la DAI⁸⁷⁵ de la norma donde se configuran las especialidades de contratación de las EELL de

⁸⁷² STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 2001 que estableció que en las mesas de contratación debiera prevalecer el aspecto técnico y que la representación política debe tener un ámbito distinto al de la mesa que, además, por ser órgano colegiado su régimen jurídico regirá por la LRJSP. Reseñable por su importancia en materia de incompatibilidades es la STS de 4 de abril de 2005 que aclara que quien deba abstenerse de intervenir en el procedimiento debe hacerlo desde el inicio del expediente, o desde que tiene conocimiento de la existencia de la causa de abstención, no sólo en el momento de votar o resolver. Acerca de la contratación como instrumento transversal por cumplimiento del art. 1 de la norma véase: T. QUINTANA LÓPEZ, S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, A. B. CASARES MARCOS (2020), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Madrid: Tirant lo Blanch.

⁸⁷³ M. FUERTES LÓPEZ (2019), *Las desventuras del dinero público: elegía al principio de “riesgo y ventura”*, Madrid: Marcial Pons. La autora explica y diferencia el riesgo y ventura que alude a la ejecución del contrato del riesgo operacional que refiere a la retribución del contratista.

⁸⁷⁴ Publicidad y no discriminación como principios fundamentales de la contratación administrativa. STS de 22 de septiembre de 1988. Estos principios tienen un carácter normativo y no meramente interpretativo. A tenor de lo dispuesto por BLANQUER CRIADO: “*El principio de discriminación entrará en juego cuando el negocio jurídico se adjudique utilizando una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos, de manera que, si es inevitable conferir a la Administración contratante un cierto margen de legítima discrecionalidad para identificar qué factores permitan valorar con mayor acierto la mejor oferta, no deberá llegar a reconocerse una facultad discrecional absoluta, pues sería contrario al principio de igualdad de trato, violándose el respeto al principio de no discriminación al introducir criterios arbitrarios que no estén vinculados con las prestaciones del objeto del contrato (Informe JCCA número 44/2004 de 12 de noviembre, STS de 5 de julio de 2005 y STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2002)*”. D. BLANQUER CRIADO (2010) *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 698.

⁸⁷⁵ Precepto que goza de carácter básico de conformidad con párrafo segundo del apartado tercero de la DF 1ª.

aplicación preferente al grueso de la Ley: *“La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros, de la misma actuará como Secretario un funcionario de la corporación”⁸⁷⁶”*.

De este modo con la entrada en vigor de este precepto se limita la participación de los cargos electos en las mesas de contratación a un tercio del total de los miembros de la misma. En la equivalente línea de garantizar una condición técnica de los miembros de la mesa, así como una imparcialidad y neutralidad de sus componentes⁸⁷⁷, se prohíbe la participación y emisión de informes de valoración por el personal eventual, y se establece

⁸⁷⁶ Resulta dudoso si cuando dicho texto legal exige un mínimo de tres, se refiere a “miembros” en total, o se refiere al número de “vocales”. Defendemos la idea de que la Ley se refiere a los miembros, lo que solucionaría el problema de muchos Ayuntamientos pequeños a la hora de configurar la mesa de contratación; sin embargo, existe más doctrina en la línea de que la Ley se refiere al número de vocales. En apoyo a este criterio, en la Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 2004, el tribunal concluye que la mesa de contratación se constituyó con solo dos miembros, cuando precisaba tres, lo que implica un vicio o defecto procedimental relevante y trascendente, por lo que corresponde anular el acuerdo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado a favor de que lo que la norma exige es nombrar a un mínimo de tres vocales. Por ejemplo, el Informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma (JCCA) de Aragón, establece que *“de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda LCSP el número mínimo de vocales de las mesas de contratación de las entidades locales es 3”*. En el mismo sentido, el Informe 96/2018 de la JCCA del Estado, ha indicado: *“De este modo el límite de tres entiende esta Junta que se refiere al número de vocales”*. Por su parte, el art. 21.7 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone que, para la válida constitución de la mesa, deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros y, en todo caso, el presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano. Con lo cual, aún con la interpretación de que el número mínimo de vocales es de tres, podríamos constituir la mesa con dos de ellos. M. P. BATET JIMÉNEZ (16 de julio de 2019), “La mesa de contratación número de comensales”, <https://lapartecontratante.blog/>, <https://lapartecontratante.blog/2019/07/16/la-mesa-de-contratacion-numero-de-comensales-por-m-p-batet/>

⁸⁷⁷ Es cierto que en el preámbulo de esta norma no se hace referencia a las circunstancias u objetivos en concreto que cumple la modificación de la composición de la mesa de contratación. No obstante, en las reformas del Libro IV ya se argumenta: *“En el Libro IV se establece un ambicioso esquema de tres órganos colegiados a nivel estatal con el doble objetivo de dar cumplimiento a las obligaciones de gobernanza que establecen las Directivas Comunitarias y de combatir las irregularidades en la aplicación de la legislación sobre contratación pública”*. Además, se remarca la condición de independientes e inamovibles respecto a los miembros de la Oficina de Supervisión de la Contratación. Por lo que parece que la misma pudiera tener el mismo propósito teleológico.

como posibilidad residual la participación de funcionarios interinos cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados acreditándose este extremo en el expediente.

Aún con todo, la discrecionalidad en la elección del contratista que hubiere presentado la oferta económica más ventajosa se escapaba de las manos del legislador sobre todo en lo que concierne a los criterios cuya baremación no depende de una fórmula matemática y objetiva. Es por ello que para los casos en los que la valoración de criterios automáticos sea inferior al 50% del total de la puntuación, la nueva norma hace necesario la formación en la mesa de un “*comité de expertos*” con cualificación apropiada y que en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato y por tanto tampoco tendrá cabida el personal electo⁸⁷⁸.

Ahora bien, una vez hemos definido en esta nueva norma las mesas de contratación como órganos de asistencia técnica especializada y se ha exigido a ciertos vocales una condición estatutaria o técnica, cabe preguntarse si existe una cualificación mínima para formar parte de las mesas de contratación al resto de miembros que la legislación omite. Para nuestra desdicha esta afirmación es desestimada por el Informe 12/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁸⁷⁹ de la Comunidad Autónoma de Aragón,

⁸⁷⁸ 146.2 a) “*En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de tres miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas; o encomendar esta a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos*”. Así como en el punto 8º de la DAII. Sobre la prohibición del personal eventual en las mesas de contratación. Además de lo establecido actualmente en la DAII de la norma ya la STS de 3 de abril de 1992 y el Informe 49/08 de 29 de enero de 2009 de la JCCA habían aclarado que el personal eventual no podía formar parte de la mesa de contratación como miembro de la misma, aunque sí podría asesorarla mediante la emisión del correspondiente informe técnico que considerara oportuno. Sobre la presencia de asesores externos en las mesas de contratación aclarar que resulta conforme a derecho pese a que no formen parte del órgano colegiado en todos aquellos actos que sean públicos.

⁸⁷⁹ Arts. 328 y 329 LCSP. Las Juntas Consultivas son concebidas como órganos a los que corresponde la interpretación de la normativa en materia contractual. Sobre la composición de las mesas de contratación y la figura de las mesas de contratación permanentes es destacable el informe que elaboramos en la sección de Administración local de la Subdelegación del Gobierno en León fecha 17 de octubre de 2019 ante la remisión de un acuerdo en el cumplimiento del art. 65 de la LBRL que establecía lo siguiente: “Creación mesa de contratación de carácter permanente: Incluso sorteando la composición contraria a derecho de la mesa de contratación al estar integrada únicamente por miembros electos, la creación de una mesa de contratación con un carácter permanente no es pacífica en la normativa legal de aplicación. Por una parte, la LCSP señala que la mesa de contratación será nombrada por el órgano de contratación en el marco de cada procedimiento. Sin embargo, la DA II abre la posibilidad de la creación de mesas permanentes”.

adoptado en su sesión del día 30 de mayo de 2018 donde se concluye que no se “se desprende la existencia de requisitos específicos para el desempeño de los puestos de presidente y de tercer vocal de las mesas”. Esto, unido al 326.4 que indica que “los miembros de la mesa serán nombrados por el órgano de contratación”, provoca que esta reforma no haya tenido toda la aceptación esperada ni haya cumplido sobradamente la independencia del órgano de valoración respecto del órgano de contratación.

El presidente de la EELL como órgano de contratación puede ser a su vez presidente de la mesa de contratación contradiciendo de este modo el principio de transparencia en la propuesta de adjudicación a tenor del informe 1/2002 de la JCCA de Canarias que emplaza a una nítida separación entre la figura y las funciones del presidente de la mesa de las del órgano de contratación, “no sólo porque expresamente dispone la normativa que éste sea designado por aquella, sino también porque atribuye al presidente de la mesa y a los demás miembros de ésta la misión de formular la propuesta de adjudicación del contrato al órgano de contratación”.

Sin embargo, a favor del oxímoron planteado en los términos de “idónea e insuficiente” esgrimimos que la composición del órgano de contratación no se ha modificado un ápice con esta nueva regulación de la contratación⁸⁸⁰. Alcalde y Pleno siguen siendo los órganos que aprueban el expediente de contratación con todas las vicisitudes y singularidades que contienen los pliegos⁸⁸¹ y gozan de idénticas prerrogativas a las recogidas en el derogado Decreto de 9 de enero de 1953⁸⁸² por el que se aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales: “La competencia para contratar, atribuida a los distintos órganos municipales y provinciales per la Ley y desarrollada en el Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, comprenderá las facultades siguientes: a) aprobar y modificar los Pliegos de condiciones; b) suspender la licitación; c) adjudicar definitivamente el remate; d) acordar la recepción definitiva de las prestaciones objeto de contrato; y abordar la resolución, rescisión o denuncia contractual”.

⁸⁸⁰ J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016), Contratación pública y transparencia medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

⁸⁸¹ El conflicto de interés con el órgano de contratación tras la nueva redacción dada al art. 61 del TRLCSP por la disposición final 9.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (actual art. 71 de la LCSP), trata de limitar la conveniencia y oportunidad del órgano de contratación.

⁸⁸² Actualmente arts. 41.11 y 50.12 ROF.

Merece la pena mencionar por su contemporaneidad el informe de la JCCA del Estado expediente 31/2021 sobre la composición de la mesa de contratación, donde se pone en entredicho, confirmando nuestra teoría, de que pueda presidir este órgano colegiado el propio órgano de contratación.

“Partiendo de las anteriores consideraciones parece evidente que la LCSP configura al órgano de contratación y a la mesa de contratación como dos órganos claramente diferenciados en cuanto a su función y con unos requisitos y composición muy distintos, de modo que la mesa es un órgano de asistencia técnica especializada, que debe realizar su función con plena independencia del órgano de contratación. Precisamente por esta razón no resulta posible admitir que el titular del órgano de contratación pueda formar parte de la mesa de contratación como presidente de la misma, ya que supondría que existiese la posibilidad de interferencia en las funciones que este órgano está llamado a desempeñar con objetividad, imparcialidad y profesionalidad. Este razonamiento es predicable tanto del órgano de contratación que tiene la competencia atribuida normativamente, como del órgano que la tiene atribuida por delegación, que a estos efectos actúa en nombre y representación del órgano de contratación delegante, y cuyas resoluciones en este ámbito se considerarán dictadas por el órgano delegante de conformidad con el artículo 9.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Lo anterior no obsta la posibilidad, reconocida en la LCSP, de que el órgano de contratación delegue en la mesa de contratación determinadas funciones concretas del expediente, respetando su régimen respecto a su composición y funcionamiento”.

Lo que nos aventura por prudencia, a no situar en la presidencia de la mesa a la alcaldía en los casos que actúe como órgano de contratación.

Tal y como pronosticara ya FUERTES LOPEZ⁸⁸³ en cuanto a la eficacia del sistema: *“Quizá lo más importante sea otorgar los medios necesarios a la Junta Consultiva de Contratación para que elabore una completa información de los contratistas y de los contratos suscritos. Sólo a través de un completo Registro Central podrá garantizarse que cualquier órgano de contratación, que realmente quiera contratar con personas*

⁸⁸³ M. FUERTES LOPEZ (1997), *El contratista y el subcontratista en las administraciones pública*, Madrid: Marcial Pons, p. 113. Sobre la regulación de las mesas de contratación de indiscutible cita J. E. CANDELA TALAVERO (2014), *La Mesa de Contratación...*, *op.cit.* C. CAMPOS ACUÑA (2018), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

solventes y profesionales, pueda obtener toda la información necesaria". Y no dejar en manos de la autonomía local, todo cuanto no alcanzan a controlar las pequeñas municipalidades.

3.3. CORPORATIVOS Y FUNCIONES RESERVADAS.

Pese a configurarse desde el inicio la tesorería una función pública necesaria en todas las Corporaciones Locales⁸⁸⁴ su ejercicio no estaba reservado al cuerpo de funcionarios de carrera que se encargan de la realización de estas funciones reservadas en los municipios de menos de 5000 habitantes (FHCN), pudiendo habilitarse a un corporativo para el ejercicio de las mismas⁸⁸⁵.

La LRSAL introduce el nuevo art. 92 bis en la LBRL que no sólo configura la tesorería como una función pública necesaria, sino que reserva su ejercicio a los FHCN. La propia LRSAL en su DT VII habilita transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2016 y ante la imposibilidad de este ejercicio por parte de FHCN, a un funcionario de carrera propio o de la Diputación Provincial, siempre y cuando estén coordinados por funcionarios del Grupo A1.

Sin embargo, el Real Decreto-Ley 10/2015 de 11 de septiembre se adelanta a las circunstancias modificando el moderno 92 bis de la LBRL y traduciendo que en los municipios de menos de 5000 habitantes el desempeño de las funciones de tesorería corresponde a la escala de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional subescala Secretaría-Intervención⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ La explicación aquí sigue la línea de que en los pequeños municipios, se puede cumplir la Ley "*un poco menos*". Los Depositarios siempre han sido FALHN, pero en municipios de menos de 5000 se permitía la figura de un concejal desde antiguo, igual que para el caso de los Depositarios a lo largo del siglo XX en los municipios de menos de 20.000 habitantes. Vid. Capítulo X. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores y tesoreros de Administración local.*, Navarra: Aranzadi.

⁸⁸⁵ Art. 18. Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional. 4. "*En las corporaciones locales cuya Secretaría esté clasificada en tercera clase la responsabilidad administrativa de las funciones de Contabilidad, Tesorería y Recaudación podrá ser atribuida a miembros de la corporación o a funcionarios cuya selección corresponda a la propia corporación*".

⁸⁸⁶ Artículo 92 bis. Funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. Son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional: "*(C) Secretaría-intervención a la que corresponden las funciones contenidas en los apartados 1.a) y 1.b). (a) La de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación*".

En estas corporaciones no existe obligación de crear un puesto de tesorería como puesto independiente reservado a FHCN (art.14). Por ello, el ejercicio de las funciones de tesorería en los mismos no necesita del nombramiento de un Tesorero, pudiendo acudirse para ello a alguna de las siguientes opciones esgrimidas por la Dirección General de la Función Pública: *“Nombramiento mediante acumulación de funciones a otro funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional de otra entidad local, ejercicio de las funciones por los servicios de asistencia de las Diputaciones Provinciales, creación por la Comunidad Autónoma de una agrupación de municipios para el sostenimiento de un puesto de Tesorería, en los mismos términos indicado para los Ayuntamientos de clase 2ª, en caso de no resultar posible ninguna de las opciones anteriores, ya sea por carecer de disponibilidad presupuestaria, ya sea por inexistencia o inaplicación de los restantes mecanismos, las funciones de tesorería podrán ejercerse por el funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional de la subescala de Secretaría-Intervención, que desempeña el puesto de secretaria, clase 3ª, y en su defecto por un funcionario de la corporación local que ejerza estas funciones a título accidental”*.

Actualmente y tras la publicación del RD 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración local con Habilitación Nacional, el Art. 14 y la DT VI han concretado estos criterios quedando claro en todo caso la imposibilidad del desempeño de la función de tesorería por un miembro de la corporación, pero sin apenas dar pistas de la puesta en marcha de esta función en los municipios más pequeños.

El artículo 14.4 del RD 128/2018 de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración local con Habilitación de carácter Nacional, dentro de la regulación relativa a los puestos de trabajo reservados a FHCN, dispone que las EELL cuya Secretaría esté clasificada en clase 3ª podrán agruparse entre sí para el sostenimiento en común de un puesto único de tesorería, al que corresponderá la responsabilidad administrativa de las funciones propias de tesorería-recaudación en todos los municipios agrupados. Este puesto está reservado a FHCN, de la subescala de Secretaría-Intervención⁸⁸⁷.

⁸⁸⁷ Sobre las funciones de tesorería y la modificación normativa. M. PAZ TABOADA (2004), “La consumación del golpe de gracia a la secretaria municipal: en puertas de una extinción”, *El consultor de los Ayuntamientos y los juzgados*, núm. 21, p. 3525-3535.

La DT VI establece que en las Corporaciones Locales cuya Secretaría está clasificada en clase 3ª excepcionalmente la función de tesorería se desempeñará por el titular del puesto de Secretaría siempre y cuando no sea posible que dicha función se ejerza mediante agrupación de Tesorería, o por las Diputaciones Provinciales, Entidades equivalentes o Comunidades Autónomas uniprovinciales a través de sus servicios de asistencia técnica, a través de acumulación, o a través de un puesto de colaboración, o bien no sea posible su desempeño por funcionario propio de la Entidad local.

Debemos también tener en cuenta que, la atribución a un funcionario propio de estas funciones reservadas a los FHCN previstas en la DT VI implicará que ejerza estas funciones a título accidental. Y para los nombramientos accidentales en Corporaciones Locales de menos de 5.000 habitantes el artículo 52. 1º del RRJFHN exige que el funcionario de que se trate cuente *“con la preparación técnica adecuada y, siempre que sea posible, que pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria”*⁸⁸⁸.

Por lo tanto, en lo posible pertenecerá al subgrupo A1 o bien contará con una titulación universitaria (por lo tanto, puede pertenecer al subgrupo A2, o incluso el C1), y sí que deberá tener *“preparación técnica adecuada”* para ejercer estas funciones⁸⁸⁹.

⁸⁸⁸ Sobre la discutida preparación técnica de los accidentales hasta la aprobación del RRJFHN. La Sentencia del Tribunal Superior de justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, de 7 de diciembre de 2006, considera también discutible la exigencia de titulación *“ya que no puede estimarse que las variaciones contenidas en las distintas modificaciones normativas sean inocuas el artículo 42 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, exige para la habilitación con carácter accidental que el funcionario designado esté «suficientemente capacitado», el posterior Real Decreto 731/1993, de 14 de mayo, en su artículo 32, estar en posesión de la titulación exigida para el acceso a la Subescala y categoría a que el puesto pertenece y el vigente Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, nuevamente que el funcionario designado esté «suficientemente capacitado» y además, no deja de ser significativo de que la modificación sea intencionada y sustancial, que mientras que en el texto de 1993 se exigía tanto para el nombramiento accidental como interino el requisito de titulación, en el Real Decreto 1732/1994, se haya modificado dicha exigencia expresa para los nombramientos accidentales, manteniéndolo, sin embargo, para los nombramientos interinos -artículo 34- (...)”*. F.J. 4.º. El Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, en Sentencia de 12 de marzo de 2008, recaída en recurso n.º 6.155/2003, considera que la ausencia de referencia a la titulación en el Real Decreto 1732/1994, ha de obedecer a que, razonablemente, se ha querido ampliar el margen de actuación municipal respecto del nivel de exigencia. Pero, de la lectura del fundamento de derecho quinto, sí parece entender referida la capacitación técnica a la posesión de determinada titulación académica.

⁸⁸⁹ Pese a la parquedad de la regulación de los funcionarios accidentales para la escala de FALHN en este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana 99/2014, de 27 de febrero, indica respecto del nombramiento y responsabilidad de los Secretarios-Interventores accidentales que *“las funciones de asesoramiento y de dación pública de la Secretaría y las funciones de fiscalización o de control interno de la gestión económico-presupuestaria y contable de todas las Administraciones Públicas y, por tanto, de las entidades que integran la Administración local, son de obligado ejercicio en todo momento, tal y como se contemplan en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, correspondiendo su ejercicio a sus titulares o, en su caso, a los empleados públicos de Administración General de la propia Entidad Local cuya selección, preparación y*

Toda vez que, por las razones legales invocadas, en ningún caso las funciones de tesorería pueden seguir siendo desempeñadas por un miembro de la corporación pese a poder realizarse para los municipios precitados por funcionarios que no ostenten Habilitación Nacional. El fin teleológico de esta modificación normativa no dista de las precedentes, pues a tenor del preámbulo del RD Ley 10/2015, la modificación del art. 92 bis obedece a una “*profesionalización*” de las funciones del cuerpo de FHCN⁸⁹⁰. Esto reafirma nuestra tesis de que toda profesionalización o tecnificación del Régimen local pasa por conquistar terreno o invadir la esfera del actual poder político (epicentro del problema), al haberse privado en este caso a un concejal de realizar la función de tesorería⁸⁹¹.

A tenor de lo dispuesto en el RD 128/2018 de 16 de marzo el nombramiento de funcionarios accidentales o interinos sólo podrá realizarse en el caso que no fuera posible

categoría profesional más se aproxime a las exigencias y requisitos que se demandan para que aquellos puestos de trabajo se ocupen por funcionarios de carrera, con habilitación de carácter nacional”. En no pocas ocasiones se nos ha planteado el problema de que el “*accidental amigo*” pueda sustituir o contradecir el criterio del habilitado de carrera tras su cese o periodo vacacional. La jurisprudencia ha avalado a que con la firma el habilitado accidental asume íntegras obligaciones respecto al titular, sin embargo, esta figura es usualmente delimitada en el Decreto de nombramiento a los exclusivos “*actos de trámite*”. Discordia también en el nombramiento por la dicotomía de la que parece desprenderse en el precepto (bien directamente por la alcaldía o a través de la Consejería competente al regular el art. 52 dos tipos de nombramientos o así inferirse de sus dos párrafos). Sin embargo el preámbulo de la norma establece que “*en relación con los nombramientos accidentales, se establece, para los supuestos de incapacidad temporal por periodos de tiempo inferiores a un mes, o ausencia del titular del puesto por vacaciones, asuntos propios u otras causas, por periodos inferiores a un mes, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a propuesta del Presidente de la corporación, habilite accidentalmente a un funcionario propio de la Entidad Local, que cumpla los requisitos de titulación exigidos para el desempeño del puesto*”. A mayor abundamiento la Circular 3/2014, de 18 de marzo, de la Dirección General de la Función Pública, sobre régimen aplicable a los nombramientos accidentales de funcionarios propios de las corporaciones locales canarias, para el ejercicio de las funciones públicas inherentes a los puestos de trabajo reservados a la escala de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local. Boletín Oficial de Canarias de 18-03-2014.

⁸⁹⁰ Me refiero en concreto al preámbulo del RD. Ley 10/2015 11 de septiembre. “*En relación al régimen de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional para las funciones de tesorería, urge aprobar una reforma legislativa que permita atribuir el ejercicio de estas funciones a la subescala de secretaría-intervención, en la línea de profesionalización de estas funciones introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*”.

⁸⁹¹ Un revés en esta tendencia “*despoltizadora*” ocurre con la irrupción de la figura del “*Concejal Secretario*” a través de la LMRGL. El Concejal-Secretario: La asunción de funciones administrativas por los políticos. “*A partir del 1 de enero del 2004, las funciones de fe pública y de certificación de los acuerdos que adopte la Junta de Gobierno corresponderán a uno de los concejales que la integren. Con esto pretende la Ley trasplantar a los municipios el modelo de gobierno propio del Estado o las Comunidades Autónomas, de suerte que la Junta de Gobierno equivale a un Consejo de Ministros o a un Consejo de gobierno autonómico. A mi modo de ver no es muy acertado este trasplante, no creo que se pueda equiparar el funcionamiento de un Ayuntamiento con el del Estado o una Comunidad Autónoma. De todas formas, cualquiera que tenga un mínimo de conocimiento de vida local (cosa que los autores de la Ley no tienen), podrá aventurar algunos inconvenientes que se derivan de la aplicación de la Ley*”. M. PAZ TABOADA (2004), “*La consumación del golpe de gracia...*, *op.cit.*

la provisión por ninguno de los procedimientos restantes previstos en el reglamento; tales como, el nombramiento provisional, acumulación, o comisión de servicios. Esto es, que el desempeño temporal del puesto de funcionarios con Habilitación Nacional por un funcionario de otra escala funcional o por un interino, sólo es posible con carácter subsidiario y siempre y cuando quede acreditado que no es posible su provisión por otro FHCN por alguno de los sistemas previstos⁸⁹².

4. EL PERSONAL DIRECTIVO COMO ELEMENTO NEUTRAL.

Parece posible que, en ese paulatino desarme de las potestades puramente técnicas y administrativas de la mano del político local, el personal directivo jugara un papel fundamental por la naturaleza con la que fue creado. Por ello que haremos un recorrido por la historia de su regulación para intentar encontrar una respuesta o solución satisfactoria al problema hasta aquí traído. La regulación de la dirección pública profesional consiste en dotarse de una norma (pero muy especialmente de unas reglas del juego y de unos valores) que defina de forma nítida hasta dónde llega el espacio de dirección política y hasta dónde llega el espacio de dirección estrictamente profesional.

El modelo general de la Administración pública local no presume de una dirección pública profesional y ni tan siquiera de un sistema mixto en los municipios de régimen común, sino de un modelo excesivamente politizado. La burocracia del siglo XIX⁸⁹³ y de buena parte del XX se caracterizaban por un sistema “*clientelar*” en el que los puestos de trabajo eran concebidos generalmente como parte del patrimonio político, y su

⁸⁹² El Tribunal Superior de justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 1ª, en Sentencia 627/2016, de 7 de diciembre de 2016 (Rec. 63/2016), mantiene, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo: “...*Se consagran tres principios básicos sobre los interinos - art. 34-, a saber: a) la subsidiariedad, al establecer que tendrá lugar «cuando no fuese posible la provisión de los puestos de trabajo vacantes en las corporaciones locales reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por los procedimientos previstos en los arts. 30,31 y 32...; b) la temporalidad, antes citada y derivada de la propia naturaleza jurídica del nombramiento interino, y consagrada también por el precepto citado a contrario sensu, pues a tenor del mismo, si hay un funcionario con esa habilitación que pueda ser nombrado por los procedimientos de los arts. 30, 31 y 32 (esto es, nombramiento provisional, acumulación o comisión de servicios), no tendría lugar el nombramiento de interino para la plaza a cubrir por el mismo, y si ya se hallaba cubierta -caso presente- debería cesar el interino que la desempeñaba; y c) y como consecuencia de las dos anteriores, la preferencia del funcionario con habilitación sobre el funcionario interino, como se aprecia claramente en citado art. al establecer la subsidiariedad que se ha mencionado y preeminencia del funcionario habilitado sobre el interino”.*

⁸⁹³ Decretos de López Ballesteros de 7 de febrero de 1827 y 3 de abril de 1828 y Estatuto de Maura de 1918.

ejercicio se encomendaba a aquellos destinatarios más convenientes para el gobierno de turno con estricto sometimiento a su inspección.

Desde el Estatuto municipal⁸⁹⁴ de 1924, se crea la figura del “*gerente*” como presunto antecesor del personal directivo, pero con una vocación claramente política y escasamente profesionalizada. El art. 146 del Estatuto definía la figura del alcalde gerente como aquel que “*asumirá los plenos poderes municipales, en la gestión de servicios de interés comunal, un alcalde gerente libremente designado por el Ayuntamiento. La corporación tendrá un alcalde presidente al solo efecto de dirigir las sesiones municipales*”. El RSCL, con ocasión de regular la administración institucional y las sociedades mercantiles, regula y define la figura del gerente⁸⁹⁵ con funciones tales como ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Consejo; dirigir e inspeccionar los servicios; representar administrativamente al órgano especial; ordenar todos los pagos que tengan consignación expresa; asistir a las sesiones del Consejo con voz y sin voto; y las demás que el Consejo le confiera.

Fruto de este modelo gerencial son también los denominados “*delegados de servicios*” que inundaron la Administración local en municipios de régimen especial tales como Madrid y Barcelona⁸⁹⁶. Éstos ejercían funciones ejecutivas y rodeaban al alcalde asumiendo la dirección de parte de los departamentos dependientes de la alcaldía⁸⁹⁷. Este

⁸⁹⁴ “*Así, la concepción patrimonial de lo público, el favor político, el nepotismo, el viejo y denostado «enchufismo», y un largo etcétera de lacras y patologías fueron asentándose cómodamente en el espacio de decisión política, sin que la sociedad española, con una débil cultura de lo público, construyera los necesarios anticuerpos para hacer frente a tan letal enfermedad*”. R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo de la Administración local*, Barcelona: Dirección de comunicación de la diputación de Barcelona, p. 10. Esta idea también es repetida en F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República, op.cit.* Acerca del “*inmovilizado*” como el que eran concebidos los empleados públicos en la II República cada vez que se antojaba un cambio de régimen o de gobierno.

⁸⁹⁵ Recordando la dicción del RSCL (art. 71). “*Los servicios municipalizados o provincializados en régimen de gestión directa con órgano especial estarán a cargo de un Consejo de Administración y de un Gerente*”. Artículo 90. “*La dirección y administración de la Empresa estará a cargo de los siguientes órganos. 1.º La corporación interesada, que asumirá las funciones de Junta general. 2.º El Consejo de Administración. 3.º La Gerencia*”.

⁸⁹⁶ Sobre estos “*auxiliares*” del alcalde. “*Desde un punto de vista técnico-administrativo la figura del delegado de servicio deriva del teniente y responde a exigencias de especialización circunstanciales a la moderna Administración. Significa en este sentido un paso más en la evolución institucional del teniente que adquiere así caracteres propios, de los que nace esta institución*”. MORILLO-VELARDE, J. I. (1977), *El alcalde en la Administración...*, op.cit., p. 266.

⁸⁹⁷ En la exposición de motivos del Decreto 1166/1960 que establece el régimen especial del municipio de Barcelona: “*En lo orgánico, se ha tenido, siempre a la vista que la bondad de una Administración ha de medirse por su, eficacia, y que ésta suele ser función directa de la unidad en la esfera ejecutiva, Ello conducía derechamente a configurar al alcalde como cargo al que se atribuyen amplias facultades y*

modo de comprender el sistema gerencial y esta especialización a través de asesores políticos nombrados directamente por el alcalde entre personal externo a la Administración⁸⁹⁸, va a desembocar en una concepción del personal directivo como personal político o eventual que difiere notablemente del fin teleológico de su creación.

El régimen franquista no parece contribuir a la especialización de las funciones administrativas sino más bien a su antípoda. El regreso a sistemas autoritarios revolvió las pérfidas reminiscencias del absolutismo con la recuperación de los “*amigos políticos*”⁸⁹⁹ que en palabras de Varela Ortega era “*una forma de organizar un sistema político estable a cambio de sacrificar la eficiencia administrativa y la democracia política*”⁹⁰⁰.

prerrogativas. Sin embargo, de una parte, el singular volumen de las vastas funciones inherentes a la administración de toda gran ciudad ofrecía apreciables inconvenientes para que la gestión municipal pudiera ser confiada con eficacia a una estricta gerencia, y de otra, había de tenerse también en cuenta que la administración de la gran urbe ofrece aspectos técnicos de la mayor importancia. Para conjugar ambas facetas, se rodea al alcalde de un reducido equipo de Delegados de Servicios directamente designados por aquél cada uno de los cuales asume la dirección de una de las grandes ramas Departamentos en que ha de dividirse la actividad municipal. En consonancia con la orientación indicada la función ejecutiva se centra en la figura del alcalde, pero no como órgano exclusivo, sino asistido, para ciertos actos, por una Comisión ejecutiva, integrada por los Delegados de Servicios designados por aquél, en misión complementaria de sus propias actividades, y por un número igual de Concejales, con lo que sin pérdida de la indispensable unidad de actuación se alcanzarán las ventajas inherentes a todo órgano corporativo, especialmente en aquellos asuntos de mayor complejidad”.

⁸⁹⁸ Fallo de la STC 103/2013, de 25 de abril mencionada ut supra: “b) Declarar inconstitucional y nulo, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 6 de esta Sentencia, el inciso «El alcalde podrá nombrar como miembros de la Junta de Gobierno local a personas que no ostenten la condición de concejales, siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el alcalde», del párrafo segundo, del artículo 126.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, en la redacción dada al mismo por el artículo primero de la 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local”.

⁸⁹⁹ J. VARELA ORTEGA (2001), *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Madrid: Marcial Pons.

⁹⁰⁰ “Política y Administración son actividades que no pueden separarse de forma taxativa, pese a algunas direcciones que tienden a lograr una Administración ajena totalmente a la política; por otra parte, se aprecian intentos de una tecnificación administrativa de ésta. Opinamos que aunque forzosamente relacionadas las funciones políticas y las administrativas, no significa ello que deban salir a encontrarse ambas a la mitad del camino, asimilando y confundiendo cada una de ellas características de la otra, ya que, intrínsecamente, son distintas, y, así, no encontramos afortunado, al menos doctrinalmente, dar a la política un tinte administrativo, bien que, considerada la función política, o de gobierno, como la más alta actividad estatal, informadora de las demás, la Administración, dependiente del Gobierno, no pueda realizarse al margen de aquélla”. C. DORIGA TOVAR (1967), “El cargo de Gobernador Civil y Jefe Provincial del Movimiento en el nuevo Estado español”, *Revista de estudios políticos*, núm. 156, p. 145-168.

Por lo que respecta a la primera normativa de función pública de la época, de un lado, la DT IV⁹⁰¹ del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado regula un sistema de directivos entre funcionarios públicos, pero sin modificar la estructura de la Administración ni la relación de tareas; y la Ley de Bases de Régimen Local, prevé el nombramiento de Directores y Jefes de Servicios en aquellas materias de especial complejidad municipal dejando un abierto nombramiento en “*quienes reúnan las condiciones que al efecto se establezcan*”. (Base sexta).

La sanción y proclamación de la CE tampoco favorecen la profesionalización de la Administración local. En el pilar subjetivo de la autonomía configura un Gobierno y Administración en manos del Ayuntamiento, cuyos representantes ostentarán potestades tanto políticas como administrativas sin mucha mayor segregación que lo dispuesto en los reglamentos preconstitucionales. Si el legislador que precede a la LBRL se había ocupado del personal directivo con un carácter eminentemente político, la Ley de Bases constitucional se despreocupa de la función directiva y configura al alcalde como director tanto del Gobierno como de la Administración local⁹⁰².

Únicamente el TRRL, por la estela creada por los Directores generales, habilita el ejercicio de funciones directivas al personal eventual⁹⁰³, lo que JIMÉNEZ ASENSIO siguiendo la crítica considera desacertado pues ya el art. 20 de la LMRFP preveía la provisión de estos puestos únicamente para el ejercicio de funciones de confianza o asesoramiento especial, donde no parecen tener cabida funciones ejecutivas, directivas, o de autoridad en el ejercicio de potestades públicas⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ DT IV. “*Los funcionarios que hayan obtenido diploma de directivos de acuerdo con la legislación anterior y aquellos otros ingresados por oposición directa y libre para ocupar plazas de Jefe de Administración que, según la legislación anterior, capacitase para el desempeño de cargo directivo, tendrán derecho a ocupar los puestos de directivos del Ministerio a que pertenecían cuando obtuvieron el diploma o ganaron la oposición, en las condiciones establecidas en dicha legislación*”.

⁹⁰² Art. 21 LBRL a) Dirigir el gobierno y la administración municipal.

⁹⁰³ Sobre la interpretación restrictiva de las funciones de asesoramiento y confianza del personal eventual. Art. 176. TRRL. 3. “*Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos*”. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública*, op.cit., p. 89.

⁹⁰⁴ Sobre la potestad de autoorganización local y las funciones del personal eventual, la STS de 20 de julio de 2011 señala partiendo de la potestad precitada que “*dicha potestad no habilita para tomar cualquier determinación en el plano de la organización interna, ni ya en el aspecto concreto de la ordenación del*

Por continuar esta narración de modo cronológico, el preámbulo de la LOFAGE⁹⁰⁵ y la regulación de puestos superiores y directivos, pudieron ser la cuna del directivo público local que emerge en la LMRGL. Esta norma pretendía suplir la carencia de una función pública local profesionalizada, pues hasta ahora el escenario pasaba por personal político ocupando amplias potestades administrativas y personal de confianza ejerciendo tareas ejecutivas. Sin embargo, una vez más el legislador estatal se olvida del grueso de la planta territorial e introduce el Título X previendo el personal directivo únicamente para los municipios de gran población⁹⁰⁶.

La regulación del personal directivo por parte del legislador estatal y bajo el amparo del 149.1.18 se fragua en el Informe de la Comisión para la elaboración del Estatuto del Empleado Público⁹⁰⁷. En este informe se concebía al personal directivo como una tipología de empleado público con un régimen jurídico específico de los anteriores. Sin embargo, la cristalización en el art. 13 del EBEP y su homólogo del TREBEP únicamente mencionan una serie de funciones que deben ser desempeñadas por la clásica tipología de

personal, para clasificar los puestos de trabajo sin respetar las prescripciones legalmente establecidas”, añadiendo a continuación que “tales prescripciones legales impiden asignarle funciones de carácter permanente y continuado que incidan directamente y habitualmente en la prestación del servicio, pues su función es prestar una función de confianza y no desempeñar las que están reservadas a funcionarios”. Esta misma sentencia puntualiza al respecto del juicio valorativo que corresponde realizar acerca de la naturaleza de las funciones de que se trate que “sin perjuicio de la calificación que merecen esas concretas tareas lo decisivo es el conjunto de las que se le encomiendan” y destaca que el carácter eminentemente técnico de los cometidos viene a impedir la cobertura por el art. 176.3 del TRRL que habilita al personal eventual desempeñar “puestos directivos”.

⁹⁰⁵ Preámbulo: “Como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales, la Ley consagra el principio de profesionalización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, en todo caso, y los Directores Generales con carácter general, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios para los que se exija titulación superior”.

⁹⁰⁶ “Pero antes de proceder a este examen, es oportuno tal vez traer a colación una serie de reflexiones adicionales sobre la situación actual de la dirección pública local en los «municipios de régimen común». Cabe señalar que por municipios de régimen común entendemos aquellos que no son ni de régimen especial ni tienen la consideración de municipios de gran población. Se trataría, por tanto, de la mayor parte de los municipios. Y aquí el «momento actual» sigue siendo el mismo que el que se ha descrito. Tan sólo, como luego se verá con más detalle, la reforma de la LBRL de 2003 incluyó un nuevo artículo 85 bis, que, paradójicamente, sí que preveía determinados requisitos para ser nombrado como directivo local de organismos autónomos y entidades públicas empresariales, siendo esta regulación también de aplicación a los municipios de régimen común”. R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo...*, op.cit., p. 37.

⁹⁰⁷ MAP, Madrid, 2005.

empleados públicos dándose idéntico traslado para el ámbito local en el art. 32 bis de la LBRL introducido por la LRSAL.

El intento frustrado del personal directivo local lo acusan dos vectores bien diferenciados. No se han definido las funciones directivas, sino que se ha encomendado a cada EELL desgranar qué tareas le corresponden al alcalde y qué otras tantas al personal administrativo. *“Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”*⁹⁰⁸. No se tuvo en cuenta que todo ello se barajaba en un sistema de contrapesos entre el ámbito político y administrativo, quiero decir, que las funciones administrativas que ganaran estos *“directivos públicos profesionales”* minorarían de cierto las potestades administrativas que manejaba el personal electo, lo cual debiera conllevar la modificación de la legislación básica y sectorial de aplicación a las EELL y haría necesario una vez más una estricta colaboración con el legislador autonómico con las complejidades ya relatadas⁹⁰⁹.

5. PROPUESTAS

Objetivo, el cumplimiento de la ley.

Lo que pretendo poner de manifiesto en este capítulo no difiere de la tendencia que viene siguiendo el legislador de eliminar o reducir el riesgo de la arbitrariedad, la conveniencia y la oportunidad. Para ello, uno de los caminos pasa por la profesionalización del Derecho administrativo local a través de su personal; y dando un paso más allá de la trayectoria de las últimas reformas administrativas y atacando el problema desde la dermis, propongo

⁹⁰⁸ Volvemos a la idéntica problemática de las potestades preventivas y represivas. Es cada EELL la que debe configurar cuáles son las funciones administrativas y hacer una separación entre las funciones del alcalde y de los funcionarios una vez se ha descrito ya la problemática de las pequeñas administraciones. Esto es así porque la Ley únicamente lo realiza de manera tímida para los grandes municipios. (Vid. Título X).

⁹⁰⁹ R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo...*, *op.cit.* El autor menciona que en un primer momento pareció atribuirse al personal eventual la dirección pública profesional, que parece rechazada con la reserva del art. 13, sin embargo, el propio legislador estatal incurre en inconstitucionalidad con la STC 54/2017, de 11 de mayo y de la LRSAL del personal eventual. El personal directivo solo puede regularse por el Estado con carácter básico de conformidad con el art. 149.1.18. 8.

la eliminación de ciertos aspectos de las potestades administrativas en manos del personal político y su trasvase o delegación a funcionarios independientes.

No se tilde con esto una ofensa al régimen participativo⁹¹⁰, sino más bien cubrir la necesidad de que los cargos electos legos en derecho y con el único asesoramiento del Secretario municipal para el “*procedimiento aplicable y la legislación a seguir*”⁹¹¹ puedan realmente desempeñar con verdadera imparcialidad e independencia los cometidos administrativos. Ninguna duda cabe de que han de ser los representantes del pueblo los que tomen las decisiones, ¿pero han de esas decisiones extenderse a un ámbito tan pormenorizado como la elaboración de unos pliegos, la inspección administrativa, la imposición e instrucción de sanciones, la ejecución de los actos administrativos o la subida del salario de los funcionarios que velan por la legalidad de la corporación?

La vía de la costumbre o la “*tradicionalidad*” en el funcionamiento de las Administraciones locales viene legitimando sistemas de trabajo decrépitos provenientes de un alcalde de configuración anterior al propio nacimiento de la Administración pública local con funciones judiciales⁹¹².

⁹¹⁰ Aunque en alguna ocasión la situación que denunciamos pueda llegar al fraude de ley incluso en la elección democrática de los miembros de las corporaciones locales. Audiencia provincial de Burgos Sala de lo Penal Sección 1.ª Sentencia 426/2013, de 14 de octubre de 2013 confirma la Sala la condena de los recurrentes por la comisión de los delitos de prevaricación administrativa y electoral. Habiendo quedado acreditado que los acusados en su condición de alcalde y Teniente de alcalde, con el propósito de conseguir que en la asamblea vecinal que se debía celebrar, se aprobase la instalación de una cantera convencieron a varias personas para que presentaran solicitudes de empadronamiento en los domicilios que ellos mismos les indicaron, y a continuación les delegasen el voto, para que en su nombre votasen los acusados en las asambleas municipales y así contar con mayores votos, teniendo más posibilidades de conseguir que el resultado de las votaciones fuera conforme con sus posiciones.

⁹¹¹ Vid. Capítulo X. Crítica acerca de los informes del Secretario municipal en cuanto a si deben ceñirse únicamente a procedimiento y legislación o entrar en el fondo del asunto como una verdadera asesoría jurídica.

⁹¹² SÁNCHEZ MORÓN en esta estría, apela a la dificultad del cumplimiento de los deberes de los empleados públicos y de la modernización de la administración como consecuencia de los “*tradicionales*” sistemas de cada entidad: “*La legislación vigente hace hincapié pues en el cumplimiento de estos deberes, pero no siempre se ve correspondida por la práctica, que se resiente de hábitos secularmente arraigados en nuestra burocracia y de las deficiencias de la organización y la dirección administrativas. Prácticas a veces demasiado tolerantes que suscitan recelos y quejas en la ciudadanía y que, en la medida en que persisten son incompatibles con cualquier proyecto de modernización administrativa*”. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*

Lo que pretendemos es exclusivizar en los funcionarios aquellos aspectos de las atribuciones administrativas que impliquen la aplicación y cumplimiento del derecho apartando de este camino al personal corporativo⁹¹³.

El alcalde como Jefe de personal y la independencia de los funcionarios.

Incluso cuando el legislador ha optado por extender el protagonismo a los funcionarios locales de las potestades administrativas, la imparcialidad, neutralidad y objetividad de los empleados públicos queda puesta en entredicho por el art. 21 h) LBRL⁹¹⁴.

Curiosamente de un régimen antidemocrático e intervencionista venía la Jefatura del Secretario municipal de todo personal⁹¹⁵. Si bien es cierto que los fines eran la intervención y el control desde Madrid, que la Jefatura y control de ciertos funcionarios la siga ostentando el político parece cuanto menos impropia sobre todo respecto de los FHCN o los funcionarios inspectores e instructores a los que la ley se encarga de remarcar en numerosas ocasiones que deberán ejercer sus funciones de manera *“imparcial e independiente”*.

La Ley de Régimen Local de 1955 reconocía al Secretario una serie de atribuciones que denotan la gran importancia que esa figura tenía para la corporación (era miembro de la misma) y para los propios funcionarios. Era Jefe de las dependencias municipales, de los servicios generales y de todo el personal; asesoraba a la corporación y al presidente y daba fe de sus actos; se encargaba del archivo cuando no existía funcionario encargado del servicio y tenía atribuidas funciones de Interventor si este cargo no existiera en el Ayuntamiento. La legislación de Régimen local posterior conservó la dirección de los servicios por el empleado público en este caso en concreto a través de la figura del FALHN. En concreto, podemos leer en la Base sexta. Cuatro. *“Las Jefaturas de los*

⁹¹³ E. GAMERO CASADO (2021), *La Potestad Administrativa...*, op.cit., p. 480.

⁹¹⁴ “H) Desempeñar la Jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta ley”. Deber de obediencia 54.3 del TREBEP.

⁹¹⁵ Ley 1955 2 art. 744.2. *“Ejercerá la Jefatura del Servicio el Interventor de fondos, a cuyo cargo estarán todos los trabajos de organización y coordinación”*. Artículo 733.1. *“En los casos de gestión directa, el Depositario de fondos de la corporación, ejercerá la Jefatura del servicio de cobranza”*.

servicios generales estarán a cargo de funcionarios de los Cuerpos Nacionales de Administración local correspondientes”.

La autonomía⁹¹⁶ como veremos en el siguiente capítulo, ha supuesto en ocasiones el poder público en manos exclusivamente del órgano de gobierno como en el símil de ostentar la Jefatura del personal. Es cierto que en el estatuto de los funcionarios se comporta el deber de integridad y que se han puesto en camino figuras como el denunciante colaborador o whistleblower⁹¹⁷ también para los empleados públicos, pero cuanto más pequeña es la Administración local más dificulta el principio de neutralidad defendido. Habida cuenta que todo empleado municipal actúa bajo la Jefatura superior del alcalde y que para el alcalde, toda medida de cumplimiento normativo forzoso supondrá a bien seguro, un voto menos en manos del castigado en los próximos comicios municipales.

El alcalde como órgano directivo.

El alcalde se configura desde mediados del siglo XX hasta la actualidad como el gran órgano directivo de la Administración local con una cláusula supletoria de atribuciones en el art. 21s) al que le corresponden las tres principales prerrogativas que ya hemos definido como claves en el cumplimiento normativo y cierre del Derecho administrativo⁹¹⁸.

⁹¹⁶ Si seguimos profesionalizando la función pública que parece que es la inercia de la legislación administrativa, seguiremos arrinconando al poder político y pronto posiblemente se tachen esas reformas de menoscabo de autonomía. Éste hecho, conllevaría una pérdida de poder del personal político difícil de encajar, pues en palabras de JIMÉNEZ ASENSIO. *“Si queremos caminar hacia un modelo de dirección pública profesional a quien primero se ha de convencer es a los políticos, pues la primera lectura que lleva a cabo el personal de extracción política (sin duda la lectura más simple y escasamente depurada) es que con la implantación de un sistema de dirección pública profesional ese personal pierde espacio de poder. Dicho de otro modo, la objeción típica del político a ese sistema es que ya no podrá formar «equipos» libremente como antaño y, en consecuencia, ya no podrá designar y cesar con la libertad casi absoluta de que antes disponía. El político de miras estrechas piensa, por tanto, que el modelo de dirección pública profesional recorta su margen de maniobra, le «ata de pies y manos» y le impide nombrar o cesar a quien considere pertinente en cada momento”.* R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo...*, op.cit., p. 21.

⁹¹⁷ Véanse como ejemplos el preámbulo de la Ley 2/2016 de 11 de noviembre por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes. y el art. 5 del RD. 424/2017 de 28 de abril del control interno.

⁹¹⁸ LUCIANO VANDELLI parangonando al alcalde italiano, distingue las relaciones jurídico institucionales de las de mera gestión. Además, cuestiona el papel del dirigente o directivo si burócrata o manager, y establece la anacrónica comparación con los personajes mitológicos de Sísifo, Tántalo y Damocles matizando el procedimiento de las elecciones de los asesores del alcalde. L. VANDELLI (2006), *alcaldes y Mitos. Sísifo...*, op.cit., p. 46 y 49.

El alcalde ejerce a tantas iguales funciones políticas y administrativas⁹¹⁹ solapando tareas funcionariales y políticas, sin variación alguna desde los últimos tiempos y sin más control que el Poder judicial o casi con mejor tino que el ordenamiento jurídico penal.

Entendemos como solución la delimitación de qué aspectos dentro de cada potestad corresponden al político y cuáles al funcionario eliminando su papel en el grueso de las mismas. Parece así haber quedado demostrado que las numerosas y amplísimas facultades y atribuciones del alcalde actual, son fruto de una herencia donde se practicó la modernización del Gobierno local a través del henchido incremento de facultades a los corporativos, tendencia bien distinta a los actuales derroteros.

Este discurso de la “*anomía del Régimen local*” citado por MORELL OCAÑA quizá pudiera valer para el antiguo municipio que se regía por los cinco reglamentos⁹²⁰. Pero no para el actual sometido a una legislación local homogénea y nítida, donde todos y cada uno de los 8118 han de pasar por el cauce de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y ese “*poder administrativo*” del alcalde, no tiene cabida en los principios ni en el desarrollo del ordenamiento jurídico vigente.

El problema del ejercicio de ciertas funciones por personal político de las EELL⁹²¹, se ha intentado subsanar con el aluvión de informes preceptivos que concede la normativa sobre todo al cuerpo de Habilitados Nacionales con carácter previo a la aprobación de un acuerdo con la participación indirecta o directa en el cauce procedimental donde se cristalizan estas potestades a través de la participación de funcionarios públicos⁹²².

⁹¹⁹ Menciona el autor que hasta la definición de empleado público parece incluir el concepto de cargo electo, (TREBEP). M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 65.

⁹²⁰ Ponemos de manifiesto cómo se ha homogeneizado el derecho local estatal tras la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Todos los municipios pequeños y grandes tienen que pasar por casi idénticos filtros lo que conlleva una coetánea modernización del personal de la administración. Con los antiguos cinco reglamentos nos referimos al reglamento de contratación, bienes, demarcación y planta, servicios, y de organización y funcionamiento, auténticos pilares durante muchos años del régimen local durante décadas.

⁹²¹ En nuestra experiencia profesional hemos visto como esta idea también les chirría a los propios corporativos. Les es costoso entender por qué deben firmar unos pliegos, aprobar una oferta de empleo público o proponer un reconocimiento extrajudicial de crédito.

⁹²² Con este aumento de los informes previos del Habilitado Nacional (arts. 2 y 3 del RRJFHN) así como de los informes de sostenibilidad, lo que se pretende es poner coto al amplio margen de maniobra que permiten las atribuciones en la principal norma de régimen local que vienen de una herencia política del Franquismo que es lo que decía RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO. Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2019 (Rec. 2273/2016) que confirma la exigencia de dictamen jurídico como requisito procesal subsanable, y cuya ausencia determina la inadmisión del recurso.

En la cara inversa, las potestades que deben ejercitar los empleados públicos no han solido estar debidamente determinadas⁹²³. El art. 57 del TREBEP reserva en exclusividad a los nacionales, los puestos de funcionarios que ejerzan ocupaciones “*de funcionario*” en virtud del art. 9 TREBEP y el art. 92 de la LBRL. Sin embargo, ha quedado acreditado en capítulos anteriores de la tesis⁹²⁴ que numerosas funciones de “*autoridad*” son ejercidas directamente por el personal político. Está claro que la predisposición es que las potestades las ejerzan los representantes del pueblo que son los que están legitimados para la ejecución del poder público, pero las funciones técnicas o específicas, donde haya que garantizar imparcialidad e independencia, donde haya que realizar funciones de autoridad, deberá ejercerlas un funcionario para la correcta neutralidad de la Administración y ese además parece haber sido el camino de las reformas administrativas que venimos citando.

Delimitación personal directivo.

Siendo la escasez de personal para funciones esenciales la tónica en la mayoría de nuestros pequeños municipios, la configuración directiva al régimen del personal existente no parece que pudiera coadyuvar a una mejora de la situación, salvo que pensemos nuevamente en dotarle de este régimen a la figura del FALHN con una nueva sobrecarga de funciones⁹²⁵.

⁹²³ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública*, op.cit., p. 130-131.

⁹²⁴ Hemos tratado este asunto en el capítulo de la inspección administrativa al citar la función de autoridad y las atribuciones del personal laboral respecto a los funcionarios.

⁹²⁵ “*Los cuerpos nacionales de Administración local tampoco podían ser considerados, ni por su formación ni por sus funciones, como directivos públicos o gerentes en el plano material, sin perjuicio de que en la práctica algunos de sus miembros, de forma intuitiva o no formalizada, desempeñaran tales tareas en algunos municipios o entes locales*”. R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo...*, op.cit., p. 30. Del mismo modo ZABALLOS, “*De lege dará, el modelo español no configura los FCHN como gerentes. De haber sido tal el modelo sin mayores matices difícilmente se acomodaría al aspecto nuclear del grueso de funciones reservadas en punto al control interno de legalidad propias en su ámbito respectivo del Secretario y del interventor. Otra cosa es que ostenten y desarrollen como ocurre de iure y de facto, funciones directivas...*”. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores y tesoreros de Administración local*, Navarra: Aranzadi, p. 199. Con esta idea quiere decir que si hubieran querido ser gerentes realmente se les hubiera otorgado un pleno control de la legalidad cosa que difiere de la realidad. Sobre la ampliación de las funciones reservadas. *Ibidem*, p.195, 205 y ss. Art. 2.4 y 6,3 RRJFHN y 73.3 TREBEP existen funciones complementarias por normativa y funciones complementarias como distintas de las reservadas, que pueda asignar la corporación. C. RAMIÓ MATAS (2008), “El modelo directivo en las entidades locales”, *Revista internacional de organizaciones*, núm. 1, p. 98. Pese a haber argumentado que las funciones reservadas de los habilitados no tienen encaje en las directivas es de señalar lo establecido por RAMIÓ en cuanto a que “*en las corporaciones locales medianas y pequeñas que representan más del 90% de la totalidad, los habilitados han de conseguir ser los directivos únicos y que se les reconozca por la normativa la asunción profesional de funciones gerenciales*”. Señala también ÁVILA CANO que “*desde el art. 1.3 del 1174/1987 al 166.2 del TRRL que establece como funciones complementarias a las*

Fue un error conceptual configurar el personal directivo como asesores directos del alcalde y no como destinatarios de la asunción o descarga de facultades administrativas de éste⁹²⁶. Los políticos siguen ejerciendo estas funciones administrativas, o casi lo que es peor, colocan a funcionarios administrativos para el ejercicio de estas funciones. Con la llegada del management público, la Administración pública trata de adquirir técnicas y conceptos del sector privado que no llegan a implementarse ante la ausencia de un cambio en el modelo de la Administración⁹²⁷.

Las tres claves que eran básicas para que el personal directivo saliera adelante y no han llegado a materializarse, pueden resumirse en lo siguiente:

- Eliminar aspectos de las atribuciones y/o potestades administrativas en manos de corporativos y cedérselas a personal de la Administración.
- Poner en funcionamiento la evaluación del desempeño y retribuciones de gestión por objetivos de los empleados públicos.
- El desligar la confianza de los procesos de selección del directivo público y fórmulas de provisión como la libre designación.

Con la adenda del título X a la LBRL se introduce la figura del directivo público local en la LBRL, pero únicamente previendo determinados puestos directivos para los municipios de gran población (con el tradicional abandono al grueso de municipios que no superan los 1000 habitantes) que debieran cubrirse entre personas que acreditaran

posibilidades que le otorga el 72 y 74 del TREBEP avala las unciones directivas de los habilitados sobre todo en los pequeños municipios”. E. ÁVILA CANO (2012), “Habilitación estatal y función directiva propuestas para una eficiente gestión profesional”, Revista de estudios locales. Cunal, núm. 152, p. 86-100.

⁹²⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*, p. 89. El propio MHAP en la conferencia de componentes de la subescala secretaría-intervención definía este cuerpo como sobrecargado y bloqueado ante las exigencias que supone el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información implantadas como consecuencia de la LOEPSF. Como establece la STC 103/2013 el personal directivo en el título X lejos de regularse “*se limita a relacionar los titulares de órganos directivos que pertenecen a la organización básica de los municipios de gran población, pero no los define ni caracteriza*”.

⁹²⁷ “*Viendo esto y viendo a los que gobernaban, y conforme iba examinando las leyes y las costumbres e iba teniendo más edad, más difícil me parecía la tarea de administrar correctamente los asuntos públicos. Para empezar, encontraba que esta tarea era imposible si no se contaba con amigos y colaboradores de toda confianza, lo que no resultaba fácil, pues la ciudad ya no se regía por los usos y costumbres de nuestros antepasados, y adquirir otros nuevos revestía enormes dificultades. Por otra parte, el derecho y la moral se hallaban tan corrompidos y se multiplicaban tanto el número de leyes, que yo, que al principio ardía de ganas de trabajar por el bien público, al ver aquella situación donde todo iba a la deriva, acabé sintiendo vértigo*”. PLATÓN (2011), *Apología de Sócrates: Critón: Carta VII*, trad. E. LÓPEZ CASTELLÓN, Barcelona: S.L.U. Espasa Libros, p. 148.

previamente tener la condición de funcionarios o empleados públicos y los cuales serán libremente nombrados y cesados por personal político⁹²⁸.

Todo esto una vez más es profusamente acuciado en la pequeña Administración local. Una reforma en el sistema político-administrativo local es necesaria con la subsiguiente pérdida de los partidos políticos en el control de la Administración pública, y sobre todo en el control de las medidas del cumplimiento del derecho que es lo que viene a ponerse aquí de manifiesto. Una de las tradicionales críticas al Derecho administrativo “*de policía*” la ocupa el aspecto de la confianza, de que no es un ordenamiento jurídico que el ciudadano contemple respetar al no identificar el bien jurídico protegido⁹²⁹, pues cuánto menos respetará este derecho el ciudadano si ve ejercer su represión o las denominadas “*medidas de aplicación del Derecho administrativo*” por personal tan o más lego en derecho que él, y bajo funcionarios de su estricta dependencia.

La reforma practicada no ha ido a la institución, se ha quedado en la epidermis, en palabras de RAMIÓ MATAS⁹³⁰ se ha producido una confusión entre organización e institución. El dominio del pensamiento del “*management público*” hizo percibir que los únicos problemas de las instituciones administrativas eran de carácter organizativo y solo organizativo y que mediante estos instrumentos no sólo mejoraría la gestión, sino que permitiría reforzar las instituciones, y no ha sido así. No se pueden concebir a los Ayuntamientos únicamente como prestadores de servicios siendo instituciones públicas con el objetivo fundamental de aportar seguridad institucional y jurídica al sistema.

⁹²⁸ Uno de los grandes problemas es que la provisión de la mayoría de personal directivo quedaba configurada en el régimen de libre designación con la problemática que de ello se deduce.

⁹²⁹ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador*, *op.cit.*

⁹³⁰ C. RAMIÓ MATAS (2014), *Dirección pública: modelo gerencial...*, *op.cit.*

VII. LOS CONTROLES EN VÍA ADMINISTRATIVA.

1. CONTEXTO.

La insuficiencia de medios y técnicas efectivas descritas para la aplicación del Derecho administrativo en las pequeñas EELL hasta el punto aquí mostrada, advierte la mente a una futurible previsión del legislador sobre la existencia de controles administrativos posteriores por las restantes administraciones territoriales u otros órganos dependientes los que, conociendo las carencias descritas, pudieran completar la regulación legal con mecanismos para su efectivo cumplimiento⁹³¹.

La idea de este Capítulo es tratar de averiguar si las restantes administraciones territoriales son capaces de suplir las carencias de la pequeña Administración local en los medios de aplicación del Derecho administrativo tanto en su parte preventiva como represiva, pasando por el procedimiento administrativo y por la condición de sus miembros.

Que la autonomía local únicamente cobra sentido en el marco de la vertebración territorial estatal es algo que queda proclamado desde el art. 2 de la actual CE, pero para que quede garantizado, el Estado ha creado ciertos mecanismos de control que en determinadas ocasiones puedan reconducir o someter la autonomía al imperio de la ley armonizando de este modo los intereses municipales con los intereses generales de la nación⁹³². Es así como se gestionan los intereses locales garantizado que la autonomía se encuadre en el marco de intereses comunes y generales.

Estos controles fueron evolucionando de manera pareja a la idea de autonomía desde su concepción. Uno de los más utilizados y tinte significativo de la idea de descentralización territorial y autonomía española (que bebe de las fuentes de la francesa⁹³³, italiana o

⁹³¹ Sobre la importancia de los controles administrativos. J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007), *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons, p. 444.

⁹³² Al mencionar la teoría francesa del *pouvoir municipal*. A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales*, *op.cit.*

⁹³³ Acerca de los orígenes de los controles de legalidad en Francia y la posibilidad de disolución de las CCLL, RUIZ DEL CASTILLO mencionaba que "a tenor de lo dispuesto en la Ley de 5 de septiembre de 1947 y el Decreto de 18 de septiembre de igual año el Gobierno puede disolver un Consejo municipal

alemana⁹³⁴) asiste al paso de la evolución de la tutela administrativa al control de legalidad de las EELL ejercido inicialmente por la AGE sobre la actividad de las Corporaciones Locales, a lo que se sumará tras el constitucionalismo de 1978, el control autonómico respecto a las materias afectadas.

Si los tradicionales “tres pilares”⁹³⁵ de la autonomía local pueden configurarse como tres extremos positivos o descriptivos del ámbito subjetivo y objetivo de la autonomía local, la tutela y su evolución al control de legalidad opta por la vertiente negativa de la misma, en la que actuando a modo de techo o límite, parece materializarse la idea de descentralización local con la soberanía nacional.

2. LA IDEA DE TUTELA Y EL GOBIERNO CIVIL.

Partimos de una primera ebullición de la autonomía en la que el Estado entrega a las EELL algo que le es propio⁹³⁶ reconociendo que estas nuevas personalidades sólo pueden

mediante Decreto, a propuesta del ministro del Interior. Este derecho que asiste al Gobierno es consecuencia de la integración de las colectividades locales en la administración del Estado”. C. E. RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS (1962), La Administración local en Francia, op.cit., p. 33. Ibídem. Acerca de la remisión de los acuerdos al precepto. “Cuando el Consejo municipal ha tomado una decisión sobre un problema particular, el alcalde debe enviar una copia de la deliberación en el plazo de una semana, al Prefecto o al Subprefecto, según cuál sea la Autoridad tutelar correspondiente. Esta disposición permite a la Prefectura conservar todas las deliberaciones en una colección actualizada. Dicha disposición implica, también, la transferencia al Prefecto o a su colaborador de la responsabilidad de decidir a qué categoría pertenece la deliberación, sin que el Consejo municipal sea, pues, el único juez en la clasificación. De ello se deriva que el procedimiento es distinto según se trate de decisiones inmediatamente ejecutivas o de aquéllas que deban ser aprobadas por la Autoridad tutelar”. Ibídem, p. 54. Sobre la tutela de las EELL llega a decir que “una de las principales actividades de la Administración local francesa consiste en vigilar y guiar a las EELL. El Estado necesita, en interés propio, que la Administración sea honrada y que funcione bien. Cuando da poderes a aquellos de sus funcionarios que residen en Provincias, se dice que hay desconcentración. Estos funcionarios quedan sometidos al control de su superior jerárquico y sus decisiones pueden ser anuladas por otro funcionario estatal que posea un poder discrecional más extenso. Esto constituye el control jerárquico y nada tiene que ver con la tutela. La tutela, por el contrario, comienza cuando el Estado concede sus poderes de decisión a una persona sustraída al control jerárquico, pero cuyos actos se realizan en nombre de organismos públicos que pertenece al conjunto de las Instituciones del Estado. Las EELL no tienen ninguna existencia independientemente del Estado y por lo tanto, las Asambleas locales no tienen ningún poder originario, sino que disponen tan sólo del que les delega una Autoridad superior”. Ibídem, p. 127. Es por ello que descentralización y tutela van siempre unidas entendiendo tutela como “conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una Autoridad superior sobre agentes descentralizados y sobre sus actos, con el propósito de proteger el interés general”.

⁹³⁴ Sobre la concepción germánica de la Autonomía local. Vid. Capítulo VIII.

⁹³⁵ F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local, op.cit.*

⁹³⁶ Idea de la distribución vertical a través de entes con distinta autonomía repetida en la STC 4/1981, de 2 de febrero.

ser creadas por su voluntad y denominándolas “*cuerpos con autonomía*”. Tutela⁹³⁷ no sólo para proteger los conflictos competenciales sino como principio de funcionamiento para regular los servicios públicos.

Desde antiguo se configura una idea de control a través de la unificación⁹³⁸, en palabras de SOSA WAGNER: “*El Estado es algo absoluto y necesario, no una casualidad, el Estado ha de ser y estar y todo el Derecho incluso el constitucional, existe simplemente gracias al Estado y por él*”. Por tanto, todo control ejercido por el mismo estaba plenamente legitimado, y toda administración o ente incluido en él le debía una subordinación al existir una relación de jerarquía en este inicial concepto de autonomía⁹³⁹.

La tutela administrativa se enmarca en el último de los fundamentos de la teoría de la descentralización francesa⁹⁴⁰ (de la que parece impregnarse en una primera instancia la descentralización⁹⁴¹ española) que no es sino la existencia de un control de legalidad y oportunidad por parte del Estado respecto de la actividad de las Corporaciones Locales.

Podemos así partir de una idea inicial de tutela en palabras del profesor FANLO LORAS⁹⁴² como el “*conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad*

⁹³⁷ Bajo el argumento de que la tutela implica una de las partes en “*minoría de edad*” es definida por la RAE como: “*Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. 2. Cargo de tutor. 3. Dicción, amparo o defensa de una persona respecto de otra*”.

⁹³⁸ STC 76/1983, de 5 de agosto: “*Es cierto que la uniformidad constitucionalmente pretendida en los supuestos en que corresponda al Estado la normación sustantiva, legal y reglamentaria, y a las Comunidades Autónomas sólo la mera ejecución quedaría desvirtuada -como sostiene el Abogado del Estado- si el Estado no tuviera la potestad y el derecho de velar para que no se produzcan diferencias en la ejecución o aplicación del bloque normativo. Incluso en los mismos sistemas federales se reconoce una serie de atribuciones a las instancias federales que, en definitiva, se concretan en una función de vigilancia que la Federación ejerce sobre las actuaciones ejecutivas de los Estados miembros*”.

⁹³⁹ “*El poder de inspección del Estado ha de explicarse porque los cometidos para los que ha sido creado deben permanecer inalterables; de la misma manera, su actividad que ha de tener el tratamiento propio de la administración pública de la que proceden, aunque pueden desgajársele algunas que tendrían carácter privado*”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del Derecho...*, op.cit., p. 90.

⁹⁴⁰ B. CHAPMAN (1959), *Los Prefectos y la Francia provincial*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

⁹⁴¹ Nos referimos aún a descentralización y no propiamente al concepto de autonomía.

⁹⁴² Acerca de la idea de ausencia en el texto constitucional actual de disposiciones que hablen de la supremacía de la AGE, del control de la AGE, y de que la autonomía ha de ejercerse en el marco de la Ley. Vid. A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales*, op.cit., p. 14.

superior sobre agentes descentralizados y sobre sus actos, con la finalidad de proteger el interés general”.

La tutela administrativa se aparta del control jerárquico en que la jerarquía⁹⁴³ se predica respecto de los órganos de la misma administración siendo un control propio de la misma persona jurídica (AGE). La tutela (con difícil cabida en el actual concepto de autonomía) por el contrario, pertenecería al actual entramado que hoy denominamos como relaciones interorgánicas de control y concibiendo al Estado como una autoridad superior a las EELL.

El control ejercido mediante la tutela tenía como principal objetivo integrar los intereses locales en unos intereses comunes o generales e impedir que estos cuerpos descentralizados o “autónomos” llegaran a ser nocivos para los intereses generales del país. Defender los intereses generales, el cumplimiento de la ley, y el principio de legalidad para defender el interés colectivo, parecen ser los pilares que sustentaban esta idea de tutela.

Pese a sus orígenes⁹⁴⁴, la tutela siempre tuvo un carácter excepcional, reservado a ley y limitado⁹⁴⁵. De este modo podemos observar la doble vertiente de la idea de tutela; de una parte, impedir que cuerpos autónomos lleguen a ser nocivos para el interés general del Estado, (esto es que los intereses locales no contradijeran los intereses generales o estatales); y de la otra, defender los intereses generales de todos los ciudadanos integrándolos con los locales de tal manera que los actos de la Administración local queden sometidos al cumplimiento de la ley mediante un mecanismo que garantice la aplicación del derecho en las Corporaciones Locales en ausencia de mecanismos internos de control.

⁹⁴³ Sobre las relaciones interadministrativas y el concepto de jerarquía. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo...*, *op.cit.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, *op.cit.*

⁹⁴⁴ La tutela del prefecto francés parece contemporánea al control directo que tenía el Gobernador Civil sobre las EELL que pretende desarrollarse a continuación.

⁹⁴⁵ Anticipamos cierto resquicio de la misma en el art. 61 de la LBRL quedando legitimado únicamente ante la reserva de los intereses nacionales.

2.1. EL GOBERNADOR CIVIL Y LAS EELL.

La figura del Gobernador como representante del poder central, ha gozado de especial interés en las fases en las que el Estado español se ha presentado con una concepción unitaria o centralizada manifestándose, eso sí, con diferente nomenclátor.

En tiempos de Alfonso VII de León existían los cónsules como delegados o representantes de ese poder central⁹⁴⁶, en las partidas de Alfonso X (Partida Tercera Título IV), se regula la figura del adelantado como encargado del orden civil militar colocados por el Rey como representantes de las provincias llamados así “*por cuanto el Rey los adelanta para juzgar sobre los jueces de aquellos lugares*”. Y mayoritariamente en la zona de Navarra, las merindades, que hacían referencia a las regiones que habían sido gobernadas por los merinos como figura parecida a la de los adelantados que parece pervivir hasta los Reyes Católicos⁹⁴⁷. Todos ellos junto a Corregidores, regidores e intendentes, actuaron como figuras claves en la aplicación del derecho local, participando activamente hasta bien entrada la Edad Moderna.

La Constitución de 1812 crea los Jefes superiores o Jefes políticos de las provincias como antecedente inmediato a los Gobernadores. (Arts. 324 y 325). Durante el siglo XIX se producen muchos cambios. La Constitución de 1812 establece la división de poderes, y crea los Jefes Superiores de las Provincias en su Título VI, Capítulo II. Posteriormente el Decreto 249 de 23 de junio de 1813 aprueba la Instrucción para el gobierno económico de las Provincias en el que se definen sus órganos esenciales: Jefe político, Diputaciones, Ayuntamientos, así como sus respectivas competencias.

La Ley Provincial de 1870 intenta reivindicar una cierta descentralización de la Administración estatal: Las Diputaciones consiguen bastante autonomía frente a la figura del Gobernador, aunque éste siempre ejercerá un cierto control sobre aquellas⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ C. DORIGA TOVAR (1967), *El cargo de Gobernador Civil, op.cit.*

⁹⁴⁷ Las funciones de este elenco de autoridades eran tanto judiciales como las “*administrativas*” del poder regio, tal y como hemos tratado de explicar en el Capítulo I. Denominación que, por influencia castellana, se aplicaba en Navarra ya desde la segunda mitad del siglo XI. Indistintamente con la de “*baile*” al funcionario real (o del señor, en su señorío), que en una localidad o valle recaudaba los tributos, exigía el cumplimiento de las “*labores*” y servicios personales, castigaba a los culpables de delitos, percibía las multas, ejecutaba las confiscaciones y embargos y, en general, representaba al Rey y defendía sus derechos en todos los órdenes.

⁹⁴⁸ La Ley Municipal de 1870 supuso una importante reforma en el régimen local español. En su artículo 1.º define concisamente el concepto legal de municipio, como “*la asociación legal de todas las personas*”

La Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 los denomina indistintamente Gobernadores o Gobernadores de Provincia. Como análisis de la evolución histórica de las Diputaciones y la figura del Gobernador podemos decir que, al largo del siglo XIX, fue variando según quien ostentara el poder en cada momento. Así, cuando el Gobierno estuvo en manos de grupos políticos más progresistas, hubo una tendencia a la descentralización administrativa, es decir las Diputaciones, aunque estaban sometidas al control del Jefe político o Gobernador, ven aumentadas sus competencias y posibilidades de actuación. Vemos ejemplos de lo anterior en la Instrucción de 1823 y en la Ley Provincial de 1870.

Sin embargo, cuando el poder fue ostentado por los grupos moderados, la tendencia fue de centralización administrativa, de manera que las Diputaciones se configuran como cuerpos consultivos de Jefe político. Ejemplo de ello es la Ley de 8 de enero de 1845 con subsecuentes intervalos de tiempo en los que hubo intentos de conciliación entre las dos tendencias⁹⁴⁹.

Aún con todo, no es hasta el Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925 donde encontramos una regulación de la figura del Gobernador Civil recordando su exposición que *“para ello tendría cada provincia su Diputación, presidida por el Jefe político de entonces, hoy Gobernador Civil”* aunque si bien es cierto que con distinto nombre ya existía regulación de una figura homóloga desde principios del siglo XIX que arranca con la Constitución de 1812⁹⁵⁰.

que residan en un término municipal”. Todos los cargos de los Ayuntamientos eran elegidos por residentes en el término que tuviesen derecho electoral.

⁹⁴⁹ Como contrapeso observemos que ya el art. 290 del Estatuto Municipal de 1924 desarrollaba el recurso de abuso de poder ante disposiciones del gobierno. *“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso Contencioso-Administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico. A) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este Capítulo. b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos. 2. Están igualmente legitimadas en todo caso las Entidades locales territoriales para la impugnación de las disposiciones y actos de la Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas que lesionen su autonomía, tal como ésta resulta garantizada por la Constitución y esta Ley”*.

⁹⁵⁰ En 1814 el cargo de Jefe político fue derogado por Fernando VII y reestablecido durante el Trienio Liberal de 1820 a 1823. La Ley de 3 de febrero de 1823 para el Gobierno Económico-Político de las Provincias, define al Jefe Político como órgano gubernativo y ejecutivo, frente a la Diputación, como órgano de carácter representativo y deliberante. En 1833, por el Real Decreto 23 de octubre, al practicarse la división provincial, reciben el nombre de Subdelegados de Fomento, dependiendo del Ministerio del mismo nombre. *“En 1814, y hasta el año 1823, el gobierno de las provincias estuvo dirigido por jefes militares. Desde el año 1823 al 1833 volvieron a gobernar los Jefes Políticos. En 1833, al practicarse la división provincial, creada en 1812, reciben el nombre de subdelegados de Fomento, por depender del Ministerio de igual nombre que vino a sustituir al del Interior. Pero aun el cargo varió de nombre repetidas veces, y, así, por Real Decreto de 13 de mayo de 1834, y hasta 1836, se denominan Gobernadores civiles*

El art. 237 de la Ley de Régimen local de 1935 prevé un régimen de tutela⁹⁵¹ ante el incumplimiento de los Ayuntamientos de las obligaciones económicas o su incursión en situación de déficit dando cuenta de modo inmediato al Gobierno Civil, y la Base 20 de la LRL de 1945 subordina la aprobación de ordenanzas y reglamentos locales al contenido de las disposiciones generales emanadas por el Gobierno civil⁹⁵².

2.2. EL REAL DECRETO DE 10 DE OCTUBRE DE 1958.

Los Gobernadores Civiles ostentaban todo tipo de competencias, desde nombramiento de los alcaldes hasta la tutela superior de los actos y acuerdos bajo el alcance y circunstancias que reflejaba la normativa de Régimen local⁹⁵³. Es por ello que fue de manera pasiva la legislación reguladora del Régimen local de cada tiempo la que delimitó generalmente el ámbito de actuación de los Gobernadores Civiles.

La Ley de 1840⁹⁵⁴ distinguía entre deliberaciones y acuerdos. Las primeras necesitaban ser aprobadas por el Jefe político; las segundas, habían de ser comunicadas al mismo Jefe político y podían ser suspendidas por éste.

Lo que respecta a la LRL del año 1955 REBOLLO PUIG⁹⁵⁵ realiza un pormenorizado estudio de los actos y acuerdos que precisaren una tutela superior⁹⁵⁶ entre los que se

para, en 1836 y hasta 1849, volver al antiguo nombre de Jefes Políticos. Por Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 se da al cargo la denominación de Gobernador de provincia, con las mismas atribuciones que tenían los antiguos Jefes Políticos y los Intendentes. La Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 los denomina indistintamente Gobernadores o Gobernadores de provincia". C. TOVAR (1967), El cargo de Gobernador Civil..., op.cit., p. 150.

⁹⁵¹ La palabra "tutela" para el ámbito financiero se ha rescatado al derecho local ante el incumplimiento de la EELL de las obligaciones de EPSF. (Arts. 18, 20,23, 24 y 26 de la LOEPSF.

⁹⁵² BASE 20. Ordenanzas y Reglamentos municipales. "En la esfera de su competencia podrán los Ayuntamientos aprobar Ordenanzas y Reglamentos, y los alcaldes dictar Bandos de aplicación general en el término. Ni unos ni otros podrán contener preceptos opuestos a las Leyes o disposiciones generales. Las Ordenanzas municipales (excepto las de construcción, vivienda y exacciones) y los Reglamentos de funcionarios, régimen interior y servicios".

⁹⁵³ M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, op.cit.

⁹⁵⁴ Ley de organización y atribuciones de Ayuntamientos, sancionada en Barcelona a 14 de julio de 1840, y mandada publicar por S.M. en 30 de diciembre de 1843 con las modificaciones contenidas en el Real Decreto de la misma fecha.

⁹⁵⁵ M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, op.cit.,

⁹⁵⁶ Por lo pronto, la LRL de 1955 disponía que "en las materias que la ley no confíe expresamente a la exclusiva competencia de los Municipios y las Provincias, actuarán unos y otras bajo la dirección administrativa del Ministerio de Gobernación" (art. 7). Muchísimos acuerdos locales, en cuanto tuvieran alguna relevancia, necesitaban la autorización o aprobación estatal, empezando por las ordenanzas (art.

encuentran la aprobación superior de ordenanzas y presupuestos, la limitación a la libre disposición sobre sus bienes, además del control sobre los actos y acuerdos locales y la posibilidad de sancionar directamente al alcalde y a restantes miembros de la corporación.

El Decreto de 10 de octubre de 1958 por el que se regulan las atribuciones y deberes de los Gobernadores Civiles, define al Gobernador Civil como una doble figura política y administrativa con una clara preponderancia de la primera sobre la segunda llegando a decir que “*su labor no es fundamentalmente técnica*”, como ocurre con los delegados de los departamentos ministeriales, “*sino predominantemente política*” y en todo compatible con la que los Delegados Ministeriales realizan en su peculiar cometido⁹⁵⁷.

El Estado, duramente centralizado durante el Franquismo, configura al Gobernador Civil como supremo garante del cumplimiento de la norma, siempre que se trate de la defensa de unos intereses generales que en esta época convivían de manera estrecha con los locales (art.17 y art. 31).

La idea de tutela de la AGE sobre las EELL predomina en la normativa precitada y es personificada en la figura del Gobernador Civil. El art. 13 ya contemplaba que el Gobernador pudiera en el plazo de tres días suspender todo acuerdo o sanción sin más fundamento que expresar las causas de motivación de la resolución⁹⁵⁸. El precepto N°15

110; para las fiscales, art. 723) y los presupuestos (arts. 685, 700 y 701), así como los proyectos de obras (art. 132). Autorización necesitaban también muchos de los actos de disposición de bienes (arts. 189, 194.1, etc.). Se permitía al Gobernador Civil suspender los acuerdos de los entes locales cuando superasen su competencia, constituyeran delito, fueran contrarios al orden público o comportaran infracción manifiesta de leyes, trasladando el expediente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (art. 365). Había actos locales frente a los que cabía recurso de alzada (impropia) ante el Gobernador Civil (por ejemplo, las multas, art. 385). Los Gobernadores podían sancionar a los alcaldes por falta de celo –y sin recurso Contencioso-Administrativo–, aunque sólo en cuanto a “*las funciones delegadas por la Administración del Estado*” (art. 419). Los Gobernadores podían suspender a los miembros de las corporaciones locales por motivos graves de orden público, por mala conducta, negligencia grave o por haber sido procesados (arts. 417 y 421). En alguno de esos casos, podía incluso destituirlos (art. 421.2). Y todo ello sin recurso Contencioso-Administrativo (art. 421.3). El Consejo de Ministros podía decretar la disolución de los Ayuntamientos y diputaciones “*cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales o los de la respectiva Entidad local*”, con lo que debía nombrar una comisión gestora y convocar elecciones (arts. 422-424). Existía un denominado “*régimen de tutela*” para las corporaciones con gestión económica calamitosa: el ministro de la gobernación confiaba la administración del ente local a una “*Comisión gestora de tutela*” formada por “*funcionarios técnicos*” (arts. 425 y 426). En concreto, se preveía un “*régimen de tutela sanitaria*” que, en caso de persistente desatención municipal de sus obligaciones mínimas sanitarias, declaraba el ministro de la Gobernación y comportaba que órganos estatales pasaban a fijar y a administrar los fondos municipales destinados a los servicios sanitarios (art. 428).

⁹⁵⁷ Acerca de la difícil separación entre política y administración Vid. Capítulo VI.

⁹⁵⁸ POSADA también ahondó en el tema de suspensión y disolución del gobierno “*El gobierno puede suspender libremente los Ayuntamientos y disolverlos cuando lo crea conveniente bajo su responsabilidad,*

concebía al Gobernador como Jefe de servicios de la provincia y lo habilitaba para promover expedientes disciplinarios a los funcionarios locales incluidos los Cuerpos Nacionales, y el art. 16 erige al Gobernador como supremo órgano fiscalizador de todas las obras civiles del Estado en el territorio de la provincia, pudiendo promover la suspensión de las mismas y previendo además, que de toda actuación inspectora en la provincia se dé cuenta al Gobernador.

Pero no sólo gozaba de una competencia preventiva, el art. 18 configura sus potestades represivas, en las que asistido por la Diputación y de la Comisión Provincial de Servicios técnicos, podría imponer sanciones administrativas por infracciones de la normativa de policía y orden público así como protección de menores, incapaces o asistencia pública.

El fiel reflejo de la minoría de edad de las EELL y del control que el Estado a través del Gobernador que ejercía sobre el cumplimiento de la norma, quedaba plasmado en el art. 36 del Real Decreto del año 1958. Concibe al Gobernador como supremo órgano inspector de los actos y actuaciones de las EELL, legitima su procedimiento en el ejercicio de funciones disciplinarias y represivas, y por supuesto, le habilita para suspender actos y acuerdos de las EELL conforme a la LRL.

Se trataba de una efigie clave en el cumplimiento del Derecho administrativo en la provincia y por tanto en las EELL, y al tratarse de un sistema centralizado, fue asumido por atribución del Gobierno central el rol de “*controlador e inspector general*” algo muy lejano a lo que prevé nuestra estructura descentralizada y democrática⁹⁵⁹.

Pero la inercia descentralizadora conlleva a que un día antes de la muerte del General Franco se dictara la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, con un giro en la tradicional idea de tutela preparando en su preámbulo el camino hacia la etapa constitucional. Permítase en el texto reproducir algún pasaje. Después de referirse a “*la descentralización, como principio de organización administrativa*” y a la consecuente “*limitación del control estatal sobre los actos a cuestiones de legalidad, que*

pero con la condición de que, si dentro de uno o dos meses señalados por la ley, no son estos Ayuntamientos llevados ante los tribunales de justicia vuelvan a entrar en el ejercicio de sus atribuciones”. J. POSADA HERRERA, citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*

⁹⁵⁹ Observamos también como era el encargado en el ámbito sancionador de tráfico, alimentos, espectáculos públicos, policía en general, vivienda, etc. Fue punto clave en la potestad de policía que el Franquismo volvió a poner en boga y colocó como cabecera del control del orden público. La Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local del año 1975 en su Base 41 también prevé el control del Gobernador Civil respecto a la suspensión de los actos de las EELL por parte del presidente.

no debe afectar a aspectos de pura conveniencia” (salvo excepciones), menciona que “la otra perspectiva de la descentralización autonómica que inspira esta Ley es la relativa al control que la Administración del Estado puede ejercer sobre los actos de las Entidades Locales. El principio general es que éstas actúan bajo su responsabilidad, y que sus actos sólo son impugnables en vía judicial (...)”⁹⁶⁰.

La Ley 47/1978, de 7 de octubre, inmediatamente anterior a la Constitución, derogó casi en su totalidad la Ley 41/1975 y previó en su artículo segundo la posibilidad de que el Gobierno dejara sin efecto los procedimientos de control y tutela que hubiera llevado a cabo la AGE con anterioridad respecto a las Corporaciones Locales a excepción de los relativos a la enajenación de bienes.

Resultado de las primeras elecciones democráticas es el RD 1.710/1979, de 16 de junio, por el que se dejan sin efecto procedimientos de fiscalización, intervención y tutela del Ministerio de Administración Territorial sobre Entidades Locales en diversas materias y se dictan normas aclaratorias. El caso es que su preámbulo no sólo se justificaba en la Ley 47/1978 sino también y primeramente en la Constitución: *“La Constitución (...) ha decidido que las Entidades Locales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, por lo que el Gobierno debe suprimir todos aquellos procedimientos de fiscalización que no sean absolutamente necesarios para asegurar la coordinación entre las actuaciones de los órganos estatales y los de las Corporaciones Locales”*.

Sin embargo, la Constitución española no define ni desarrolla la autonomía local y a tenor de la sentencia 4/1981⁹⁶¹ de 2 de febrero del TC, la existencia de controles de legalidad

⁹⁶⁰ Así en la Base 43, se configura la AGE como órgano asistencial y colaborador: *“Uno. En la esfera de su competencia, las Entidades Locales actúan bajo su propia responsabilidad. Dos. La Administración del Estado desempeña funciones de asesoramiento, asistencia, colaboración y coordinación respecto de las Entidades Locales. Tres. Solamente por disposición con rango de Ley se podrán establecer autorizaciones o aprobaciones estatales, como requisito de eficacia de los acuerdos de las Entidades Locales, que deberán limitarse a aspectos técnicos y de legalidad, excepto que expresamente se disponga otra cosa en la Ley”*.

⁹⁶¹ El carácter programático de la Autonomía local hace que haya tenido que ser el Tribunal Constitucional el que precise o matice el alcance de la misma y que aquélla es compatible con la idea de controles supralocales. STC 4/1981, de 2 de febrero FJ 3º. Tras concretar la idea del interés predominante o interés propiamente local (que entendemos deviene de la idea de *“pouvoir municipal”* o asuntos locales). Este poder *“para la gestión de sus respectivos intereses”* se ejerce -por lo demás- en el marco del ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación (137 y 140 CE)- de *“que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2.º)”*. El constitucional viene a decir que junto a los intereses propiamente locales que defiende la

por entidades territoriales superiores y respecto a controles supramunicipales son plenamente compatibles. Tanto es así que con la promulgación de la CE y hasta que no se definen propiamente los controles de legalidad en la LBRL, existía en la Administración Periférica del Estado y con delegaciones en todas las provincias incluidas las dos ciudades autónomas, una institución dirigida por el Gobernador Civil que “*supervisaba*” el cumplimiento del Derecho administrativo en las Entidades Locales⁹⁶².

2.3. EL REAL DECRETO 3117/1980 DE 22 DE DICIEMBRE.

La idea de autonomía local proclamada en el art. 140 de la CE hace obligatorio “*flexibilizar*” el control o tutela del Estado frente a las EELL a través del Real Decreto 3117/1980, de 22 de diciembre, regulador del Estatuto de los Gobernadores Civiles.

Esta norma pretende adaptar la figura del Gobernador Civil a las previsiones constitucionales⁹⁶³, sin olvidarnos que Delegado del Gobierno y Gobernador Civil conviven durante un tiempo con la autonomía local constitucionalmente garantizada.

El Decreto aún arrastra vestigios de la antigua tutela previendo la suspensión por interés general de las decisiones de los Delegados y Jefes de los Servicios de la Administración Civil del Estado (arts. 11d) y e) y la supervisión de todos los servicios públicos de la provincia. Sin embargo, es ya un órgano de interrelación más que de tutela para con las Corporaciones Locales pues así lo describe la norma respecto de las restantes administraciones territoriales: “*g) Actuar como órgano de comunicación y colocación entre la Administración Civil del Estado y las Administraciones locales y Provinciales*”.

Con todo, esta incipiente normativa constitucional reserva en la AGE y en el Gobernador la facultad de “*hacer cumplir*” el derecho que tanto venimos echando de menos a través de la inspección y la sanción (arts. 12, 15 y 17 respectivamente). A modo de ejemplo de una de las manifestaciones que como garante del Derecho administrativo local presentaba

autonomía (teoría del interés predominante), coexisten los intereses generales de la nación, que pueden y deben defenderse mediante las técnicas de control de legalidad.

⁹⁶² Nos referimos al Servicio de Inspección y Asesoramiento a municipios desarrollado en el punto 7.4.7.

⁹⁶³ El espíritu de esta norma desarrollado en su preámbulo es el siguiente: “*En esta paulatina adaptación de la estructura del Estado a las previsiones constitucionales, el Gobierno provincial se organiza en torno a la figura del Gobernador como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia y eje de todos los servicios civiles periféricos en el territorio de su jurisdicción, ostentando las facultades y competencias que en este Estatuto se le confieren para el cumplimiento de los fines que la Constitución y las leyes atribuyen a la Administración Civil del Estado*”.

este órgano en la época mencionada, cabe citar la Circular nº27 sobre cierre de pozos y ventanas y huecos de bodegas subterráneas de 1983 de la provincia de León, publicada en el BOP de León el miércoles 6 de julio de 1983. En esta norma se dispone el refuerzo al cumplimiento del derecho local que realizaba el Gobernador cuya dicción parece ser contraria a la actual concepción de la autonomía local, pues cita que para los municipios de menos de 5000 habitantes se presupone el ejercicio de la potestad sancionadora de un modo tan escaso que carece de la debida ejemplaridad y por tanto prevé la denuncia y sanción ante la autoridad estatal sin eliminar la competencia municipal: *“Al no tratar de conjurar el peligro que se denuncia persiguiendo con ello no circunscribir la competencia exclusivamente a la autoridad municipal a tenor de lo establecido en el art. 111 de la LRL, que aún con la reforma operada por la DA 9ª del RD Ley 11/1979 de 20 de Julio sobre medidas urgentes de financiación de las Haciendas Locales, por tratarse, en la casi totalidad de los casos, de Ayuntamientos con censo de población inferior a los 5000 habitantes, su competencia sancionadora sería tan escasa en relación con el grave peligro que se denuncia que prácticamente carecería de la debida ejemplaridad municipal”*.

Para acabar diciendo, que todo ello sin perjuicio del oportuno poder de policía local. Es de destacar como en los primeros años de la democracia el que posteriormente pasará a denominarse control de legalidad, opera de manera subsidiaria a los medios represivos locales ante el conocimiento de la insuficiencia e inoperancia de éstos en los municipios de menor población, situación perfectamente extrapolable a nuestros días y sin que en ese momento pareciera vulnerarse ni la CE ni la idea repetida en el preámbulo de la Ley 47/1978 de 7 de octubre, en aras a defender los intereses generales de todos los ciudadanos.

3. DE LA TUTELA AL CONTROL DE LEGALIDAD. LA LEY 40/1981 DE 28 DE OCTUBRE.

El control de los actos locales, a pesar de ser uno de los extremos de la autonomía sin reflejo en los afamados tres pilares, ha estado marcado por un continuo proceso de

aligeramiento de los procedimientos de la tutela administrativa, relegando el sometimiento de aprobación previa únicamente a supuestos excepcionales⁹⁶⁴.

La inicial idea de tutela dejó paso al control administrativo o control de legalidad además de por las razones de vertebración territorial y de autonomía explicadas, porque parecía evocar a la institución civil de minoría de edad o de custodia respecto a los incapaces o menores (arts. 199 y ss. CC). Su progresiva metamorfosis tras el RD 3117/1980 viene amparada por el Real Decreto Ley 3/1981 de 16 de enero que explica en su preámbulo el cariz liberador de las ataduras locales por parte de la AGE con claro impulso desde la promulgación de la CE. *“Con este propósito, el presente Real Decreto-ley introduce diversas modificaciones en la vigente legislación del Régimen Local, con el fin de dotar de mayor autonomía, agilidad y eficacia⁹⁶⁵ a las Corporaciones Locales”*. El Decreto-ley desemboca en la Ley 40/1981 de 28 de octubre, por la que se aprueban determinadas medidas sobre régimen jurídico de las Corporaciones Locales que va a marcar el régimen actual del control de legalidad, (aunque hoy algo superado en los arts. 64 y ss. de la LBRL) y que se caracterizaba por ir soltando de manera paulatina los controles de las EELL eximiendo en su art. 5º numerosas intervenciones estatales⁹⁶⁶.

Respecto al inicial símil con el que hemos iniciado el Capítulo de la descentralización francesa aduciremos que ambos parecen ser coetáneos a las Leyes francesas de marzo de 1982⁹⁶⁷. Esta supresión de la tutela viene legitimada por contradecir *“presuntamente”* la

⁹⁶⁴ El autor distingue el control de los actos de las CCLL al control de los propios órganos como la disolución o la sustitución. A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales, op.cit.*

⁹⁶⁵ Discutida eficacia en las Conclusiones de hasta qué punto estas modificaciones cumplieron el fin teleológico.

⁹⁶⁶ Art.5.1. *“Quedan sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que actualmente ejerce el Ministerio de Administración Territorial sobre las corporaciones locales en materia de personal propio de las mismas y, en particular, los siguientes: Aprobación de plantillas orgánicas y cuadros de puestos de trabajo y sus modificaciones. b) Creación de grupos, subgrupos y clases de funcionarios y clasificación de los mismos. c) Determinación del procedimiento para el ingreso en los subgrupos de Administración Especial. d) Nombramiento de funcionarios de empleo. Dos. Los acuerdos de las corporaciones que versen sobre las materias a que se refiere el número anterior deberán ser comunicados a la Administración del Estado y al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, en relación con las competencias que aquélla haya asumido, dentro del plazo de treinta días, a partir del siguiente a la fecha de su adopción”*.

⁹⁶⁷ Las leyes conocidas como Leyes Gaston Defferre de 1982 iniciaron realmente una fase decisiva de descentralización del poder político y administrativo en el Estado francés. La descentralización francesa se divide en tres categorías: Descentralización de las Instituciones, Descentralización territorial, Descentralización funcional y la Tutela del prefecto equivalente con la situación de la AGE periférica. Una diferencia notable en Francia es que cualquier persona puede solicitar al comisario de la República que recurra la decisión local. El control por las Cámaras de Cuentas. Parece ser que en Francia no sólo ha

misma los principios de libre administración de las Corporaciones Locales, desembocando en la supresión de los controles administrativos de tutela (suspensión de actos) y quedando íntegra y casi exclusivamente sometidos al Poder judicial. En palabras de PAREJO ALFONSO⁹⁶⁸ se ha producido un desmantelamiento total de los poderes de control ejercidos hasta el momento por la AGE ligados ahora al conflicto judicial.

Antes de la CE y durante los albores de la promulgación, estos controles venían fundamentados por la inferioridad de las EELL. Todo ello cambia con la LBRL, una vez expuestos los antecedentes que llevan a la misma, en el que las EELL pasan a consolidarse como verdaderas administraciones públicas con personalidad jurídica propia e identificándose en su preámbulo con la categoría de administración territorial. Todo ello sin repensar en que este tipo de entidades gozan únicamente de autonomía administrativa, predicando la igualdad jurídica de todas las administraciones sin reparar en la estructura ni en el aparato burocrático y organizativo⁹⁶⁹.

4. EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LA LBRL.

El propio preámbulo de la LBRL ya hace eco de la liviandad que va a acusar al actualmente denominado control de legalidad⁹⁷⁰ de las EELL en la etapa venidera, y de la concepción de la autonomía local desligada a los controles por parte de otras administraciones públicas: “...*El principio constitucional de autonomía y el administrativo de la descentralización, en que se fundamenta el nuevo Estado, implican las diversificaciones de los centros del poder público administrativo y la actuación de cada uno de ellos, en su ámbito propio, con plena capacidad y bajo la propia responsabilidad, es decir, impiden la atribución a alguno de ellos de facultades de control*

existido un control de las cuentas por estas Cámaras regionales, sino que también llevaban a cabo el control presupuestario que lleva ahora el Ministerio de Política Territorial y Función Pública desde 1982.

⁹⁶⁸ L. PAREJO ALFONSO (1989), *La eficacia como principio jurídico...*, *op.cit.*

⁹⁶⁹ El principio de libre administración o libre responsabilidad de las corporaciones locales, no opera de igual modo que en Francia, puesto que allí se limitan únicamente los controles de oportunidad. Se suprimen numerosos controles que entendemos que seguirían siendo acordes a la libre disposición de las corporaciones locales, de ahí nuestra “*presunción*”.

⁹⁷⁰ La actual LBRL consagra el control de legalidad y la Autonomía local constitucionalmente garantizada desapareciendo el control de oportunidad.

que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que supongan una limitación de la capacidad de éstos... ”.

La LBRL configura a las Administraciones locales como verdaderas administraciones públicas con la máxima condición a otorgar (administraciones territoriales), presumiéndose todos sus actos válidos en derecho e inmediatamente ejecutivos (art.4 de LBRL y art. 2 de la LPACAP).

Bajo el tejido de que lo que denominaremos control de legalidad, y que el legislador ha optado por encuadrar en la categoría de relaciones interadministrativas⁹⁷¹ (Capítulo II, Título V de la LBRL), nos atrevemos a diferenciar tres prerrogativas de las administraciones públicas con autonomía política para con las EELL: la inspección, la anulación o impugnación y la subrogación.

4.1. LA INSPECCIÓN: REMISIÓN Y AMPLIACIÓN DE INFORMACIÓN.

Esta inicial fase de las relaciones interadministrativas y una vez hemos definido en Capítulos anteriores la inspección⁹⁷², parece tener cabida en esta potestad por el viejo silogismo del derecho natural donde *“quien puede lo más, puede lo menos”*. Esto es así, porque más que un deber de información local sobre sus actos, el art. 56.2 confiere concretamente la facultad de exigir a las administraciones sobre las que ejerzan la competencia, la exhibición de expedientes y la emisión de informes explicativos.

El primer lugar el artículo 56 inicia su párrafo con un deber periódico de remisión por parte de las EELL tanto a la CCAA donde radique su término municipal como a la AGE, de un extracto de sus actos y acuerdos⁹⁷³. Todo ello bajo la dicotomía de una responsabilidad compartida entre el alcalde y el Secretario que, de conformidad con la nueva regulación, parece recaer más en el segundo que en el primero (art. 3. RRJFHN).

⁹⁷¹ La Jefatura en las actuales Subdelegaciones del Gobierno para el control de legalidad estatal se denomina en la RPT como *“Jefe de sección de relaciones con las administraciones territoriales”*.

⁹⁷² A. GARCÍA URETA (2006), *La potestad inspectora...*, *op.cit.*, p. 45.

⁹⁷³ En idénticos términos lo hace el ROF donde nos aclara el plazo de remisión (6 días posteriores a la celebración de la sesión), por cuanto habrá de remitirse el acta sin su aprobación. La obligación recae en todos los actos y acuerdos de las CCLL (196.3) aunque habitualmente solo se envían los acuerdos de Pleno, y Junta de Gobierno en su caso, y principalmente para asegurar el respeto a las leyes de las CCLL.

Pero extramuros de esta remisión de los “*extractos de actos y acuerdos*”⁹⁷⁴, el precepto se refiere antes más ampliamente a la facultad de “*recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal*” que a la obligación de suministro de información por parte de las Corporaciones Locales, siendo sobre todo interesante el fin amplio con el que se otorga esta potestad: “*Comprobar la efectividad, en su aplicación (...) de la legislación estatal y la autonómica*”.

Por cuanto a qué debemos entender por actos y acuerdos de las EELL⁹⁷⁵, lo cierto es que la actual normativa habla de actos y acuerdos a fin de que las administraciones territoriales “*superiores*” puedan comprobar la legalidad de la actuación municipal. Es por ello que debemos entender que la obligación abarca no sólo los emanados de los órganos colegiados, sino también los procedentes de los unipersonales, como resoluciones de la Alcaldía o Presidencia y de sus delegados.

Lo habitual suele ser la remisión de un ejemplar del borrador del acta de la correspondiente sesión tanto del Pleno como de la Junta de Gobierno local entendiendo que las restantes Comisiones Informativas no emiten actos resolutorios (art. 52 LBRL). Pero la deuda quedaría saldada con la remisión de un “*extracto*” de los mismos de conformidad con la STS de 15 de abril de 1988 confirmada por la STS de 8 de marzo de 2000. Recordemos sus palabras: “*Solamente se exige la remisión del extracto. Es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala que la simple negativa a remitir las actas de los Plenos al Gobierno civil (hoy delegado o subdelegado del Gobierno) no infringe el art. 56.1 LBRL, pues la obligación exigible a un Ayuntamiento es la de remitir las copias o extractos suficientes del contenido de las actas*”.

Pocas CCAA han sido tan clarificadoras como la andaluza llegando su diligencia en la materia a la aprobación de un Decreto en el que se regula exclusivamente la forma de remisión de los actos y acuerdos (art. 2. contenido y plazo de remisión) del Decreto 41/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la remisión de actos y acuerdos de las Entidades Locales a la Administración de la Junta de Andalucía. En el artículo que le sucede se regula una ampliación de información genérica respecto de los documentos citados en el artículo anterior (acuerdos, informes expedientes) en el marco de una clara

⁹⁷⁴ STS de 15 de abril de 1988.

⁹⁷⁵ El artículo 365 de la LRL de 1955 ya regulaba esta obligación de remitir al Gobernador Civil los acuerdos de las EELL sin pronunciarse acerca de los actos.

atribución inspectora de recabar la documentación necesaria. Es este artículo la punta de lanza para que la Administración competente pueda preparar las actuaciones necesarias de un ulterior requerimiento o, por el contrario, confirme que el acuerdo es acorde a la legalidad vigente.

A modo de ejemplo, el informe de la Abogacía del Estado en León, ante el posible fraude de Ley en el cobro de asistencias de los miembros de las Corporaciones Locales de fecha 15 de marzo de 2019 se pronunciaba diciendo que: *“En el curso del procedimiento anterior, con el fin de facilitar el análisis de cada caso concreto, parece apropiado intimar al Ayuntamiento en el trámite de ampliación de información contemplado en el artículo 64 LBRL para que emita un informe donde se justifique la procedencia del abono de la asistencia, su fundamento y la ausencia de situación de dedicación por parte del miembro de la Entidad local de que se trate, todo ello al amparo de la facultad contemplada en el artículo 56.2 LBRL”*.

Sorprende aquí la modificación que opera por parte del art.1.18 de la Ley 11/1999, de 21 de abril, poniendo las cosas aún más difíciles al ejercicio de supervisión del Estado y/o las Autonomías. Mientras que la dicción inicial del precepto disponía que con la ampliación de información se interrumpía el plazo para el posterior requerimiento de anulación (puesta a cero del contador para el ejercicio de la acción)⁹⁷⁶, el actual artículo aclara que la remisión de la ampliación de información suspende el plazo de requerimiento que se reanuda con el registro de la información solicitada por el órgano demandante.

La ampliación de información debe remitirse en el plazo de 20 días hábiles desde que fue solicitada, y concibiendo la ampliación como paso previo al requerimiento, en los supuestos de ausencia de respuesta a la petición de ampliación, se entiende procedente pasar a la siguiente fase ante la existencia de serias dudas de hecho y derecho sobre la legalidad del acto o acuerdo adoptado.

⁹⁷⁶ Vid. Capítulo III. Interrupción y suspensión prescripción. A. NIETO GARCÍA (1988), “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las entidades locales”, *Revista de administración pública*, núm. 115, p. 7-26.

4.2. REQUERIMIENTO E IMPUGNACIÓN A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

El mecanismo del requerimiento previo de anulación a la vía Contencioso Administrativa parece tener como principal objetivo evitar la litigiosidad entre administraciones públicas. Conviene recordar que este requerimiento previo se introdujo en la LJCA como un procedimiento alternativo de resolución de conflictos interadministrativos en sustitución de los recursos administrativos entre Administraciones Públicas. Lo que hace la LJCA (art. 44) es extender a todos los conflictos entre Administraciones Públicas⁹⁷⁷ el trámite del requerimiento previo al recurso Contencioso-Administrativo previsto en el ámbito de la Administración local en el artículo 65 de la LBRL.

De igual modo y como novedad en la LPACAP se ha incorporado al art. 39.5 en el que se detalla que *“cuando una Administración Pública tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración Pública distinta y aquélla entienda que es ilegal, podrá requerir a ésta previamente para que anule o revise el acto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, de rechazar el requerimiento, podrá interponer recurso Contencioso-Administrativo. En estos casos, quedará suspendido el procedimiento para dictar resolución”*.

Debemos reflexionar en este punto cuál es el alcance de la legitimación especial que se confiere al Estado y a las Autonomías en el precitado artículo para la impugnación de actos y acuerdos locales. El control de legalidad no se trata de un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las EELL sobre el Estado. Se trata de un instrumento de verificación que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles establecidos en la LBRL y avalados por el TC.

⁹⁷⁷ Sirva de recordatorio la STS 3110/2018, de 17 de septiembre, en la que este Tribunal vuelve a pronunciarse sobre el requerimiento previo entre Administraciones públicas previsto en el artículo 44 de la LJCA. La jurisprudencia ha delimitado los supuestos en los que la administración actúa como poder público y no como un particular, siendo en el segundo de los casos necesario la interposición de recurso administrativo y no de requerimiento. Sobre la aplicación del Derecho administrativo a los actos de autoridad y las prerrogativas de la administración conviene citar: L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo...*, op.cit., p. 67 y ss.

4.2.1. LEGITIMACIÓN.

En el primer párrafo, tal y como ha matizado la Abogacía del Estado, parece desprenderse un carácter potestativo de la impugnación y no concebido como una instancia superior o un control de legalidad homogéneo: *“Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso Contencioso-Administrativo podrán⁹⁷⁸ impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: a) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este capítulo”*.

Esto es, si bien el artículo 63 de la LBRL, atribuye legitimación al Estado, ésta debe circunscribirse a *“los casos y términos previstos en este capítulo”*. Es decir, que la LBRL no reconoce una legitimación activa del Estado en estas materias sin límite alguno. El límite precisamente lo encontramos en la autonomía de los municipios constitucionalmente garantizada, que implica que sólo cuando se afecte al ámbito de las competencias del Estado, podrá éste recurrir el acuerdo local.

El Estado no puede por tanto erigirse en un ente controlador de la legalidad sin más ex art. 19 LJCA, sino que ha de estar plenamente justificada la afectación de su ámbito competencial cuando esa infracción del ordenamiento jurídico afecta a competencias estatales y no para cualquier vicio de forma o irregularidad.

Tal es así, que cuando esto no ocurre (la afectación del ámbito competencial estatal), el acuerdo puede impugnarse en todo caso por aquellos miembros de la corporación que hubieren votado en contra del mismo tal y como prevé la ley⁹⁷⁹.

Otro aspecto merece especial atención, a saber, la posibilidad de utilizar la vía de la acción pública en plazo *“sine die”* para este tipo de mecanismo administrativo. Recordamos en

⁹⁷⁸ En este sentido recuerdo el comentario de A. NIETO: *“La conocida ambigüedad de este “podrán” plantea aquí, sin embargo, un delicado problema de interpretación, puesto que no se sabe exactamente si queda excluido o no el requerimiento facultativo previo. Aquí son posibles las dos interpretaciones, y lamentablemente el Reglamento no ha aclarado la duda. Por nuestra parte conjeturamos, aunque sin demasiada convicción, que la posibilidad del acceso directo a la Jurisdicción no empecé a la utilización facultativa del requerimiento previo...”*. A. NIETO GARCÍA (1988), *Impugnación jurisdiccional...*, *op.cit.*, p. 12. Hoy en día parece superado por la actual jurisprudencia que mantiene la presencia del requerimiento administrativo previo.

⁹⁷⁹ Sobre la legitimación de los concejales extendida a través de la STC 173/2004, de 18 de octubre conviene recordar. J. E. CANDELA TALAVERO (2014), *“El control de la legalidad por el concejal disidente”*, *Cuadernos de derecho local*, núm. 35, p. 104-120.

esta línea la Sentencia del TSJ de Valencia de 27 de enero de 1992 a propósito del recurso que la Comunidad Valenciana interpuso contra la ejecución de obras amparadas por licencia de construcción otorgada por Oropesa de Mar pero que se consideraba ilegal. La Sala opinó que la Administración autonómica no podía tener peor condición que los simples particulares, pudiendo ejercerla incluso, superando los límites temporales del art. 65. En la misma línea decidió el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 23 de diciembre de 1996.

Sin embargo, la corriente jurisprudencial que admitía que las Administraciones Públicas se presentaran como actores públicos en el Contencioso-Administrativo se ha visto truncada⁹⁸⁰ a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998, dictada con ocasión del recurso de casación interpuesto contra la mencionada Sentencia del TSJ de Valencia de 27 de enero de 1992. En ella el Tribunal Supremo volvió sobre el problema de cómo articular el distinto plazo de impugnación que se desprende del art. 65.3 LBRL y del, por entonces vigente, art. 235 Ley del Suelo de 1976.

La Sentencia del Supremo no acoge la interpretación de la primera instancia, y se decide por la inadmisión del recurso de la Comunidad valenciana, razonando de la siguiente manera: *“Si la integración del artículo 65.3 LBRL con el 235.2 TRLS significa que cuando se trate del ejercicio de acciones contra acuerdos de las Corporaciones Locales, motivado por la ejecución de obras que se consideren ilegales, las Comunidades Autónomas pudieran impugnar tales actos en los plazos que el artículo 235.2 TRLS establece, toda vez que al ser pública dicha acción los órganos de la Administración Autonómica, como dice la sentencia apelada, no pueden tener peor condición que los simples particulares, ello implicaría, sencillamente, que el artículo 65 LBRL no tiene aplicación cuando la Administración autonómica ejercite la acción pública en materia urbanística, estableciendo una excepción al ámbito de aplicación del citado precepto de la LBRL que no tiene una sólida justificación. Porque los amplios plazos que para el ejercicio de este tipo de acciones que concede el artículo 235 TRLS tienen como presupuesto el que se trata de una acción pública, ejercitable por quien no tiene por qué haber sido parte en el expediente administrativo ni, en consecuencia, haber recibido notificación alguna de la licencia otorgada (...)”*.

⁹⁸⁰ D. REGO BLANCO (2006), “Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo?”, *Reala*, núm. 300-301, p. 541-564.

Esta doctrina se ha vuelto a aplicar, tal cual, por el Tribunal Supremo en su posterior Sentencia de 25 de septiembre de 2002, que deshace en casación la misma estrategia: La Comunidad Canaria pretendía conjugar el art. 65 LBRL con los arts. 187 y 235 de la Ley del Suelo de 1976, para así, poder impugnar una licencia después de que la Entidad local declarara no haber lugar a acceder al requerimiento dirigido por la Comunidad Autónoma para que procediera a la revisión de una licencia de obras. El requerimiento se cursó cuando hacía más de cinco meses que se había comunicado su otorgamiento. En puridad, la jurisprudencia no ha rechazado que las Administraciones Públicas ejerzan la acción pública. Más bien hay que decir que llega a admitirlo, pero su interpretación acerca del plazo en que les corresponde hacerlo, da al traste igualmente con la posibilidad de que la acción pública venga a darnos la solución que buscamos.

En la misma línea de limitar la legitimación de la AGE y las CCAA al procedimiento y supuestos estrictos de la LBRL entendemos al caso la STS de 1396/2020, 26 octubre. Recurso 1443/2019. En el supuesto que analiza el Supremo, se cuestiona si la Junta de Andalucía puede ser considerada interesada a los efectos del art. 102 de la LRJPAC Ley 30/1992, para solicitar a un Ayuntamiento que inicie la revisión de oficio de un acto, a saber la concesión de licencia, para la construcción de una vivienda que se considera incurre en causa de nulidad.

En el fondo, la cuestión que encierra el auto de admisión es si la Administración autonómica, para requerir a una Administración local por la vía prevista en el art. 102 de la LRJPAC (actual art. 106 de la LPACAP), debe someterse a los específicos plazos de impugnación previstos en el art. 65 de la LBRL.

La legitimación de la Administración autonómica para impulsar la revisión de oficio pasa por analizar el ámbito competencial, y el Tribunal Supremo señala que las potestades administrativas de las Administraciones en defensa de la legalidad urbanística, no las habilitan para la utilización de la restrictiva vía del requerimiento de revisión de oficio a las Administraciones locales, cuyo control, en su caso, sólo puede encauzarse a través del art. 65 de la LBRL. Ni la alegación de las competencias urbanísticas compartidas de las Administraciones autonómicas en la materia, ni la alusión a la acción pública, son tampoco vías hábiles para poder distorsionar el sistema de control de la legalidad de las Administraciones locales acudiendo al requerimiento de la revisión de oficio.

Siguiendo su propia doctrina jurisprudencial, el Alto Tribunal reitera que, cuando el art. 102.2 de la LRJPAC alude a las Administraciones públicas, se está refiriendo a aquella que en cada caso haya aprobado la disposición administrativa de que trate. Y en lo que se refiere a la revisión de oficio de los actos administrativos, el art. 102.1 debe interpretarse en el sentido que, reconocer legitimación a la Administración Autónoma en base a una mera defensa de la legalidad, supone minimizar de forma absoluta el papel de la LBRL en la regulación de las relaciones entre las Administraciones Local, Estatal y Autónoma.

4.2.2. ÁMBITO OBJETIVO.

El carácter programático de la autonomía local reflejado en el art. 137 de la CE hace que haya tenido que ser el TC poco antes de la promulgación de la LBRL, el que precise o matice el alcance de la misma en la STC 4/1981, de 2 de febrero y que aquélla sea compatible con la idea de controles supralocales.

Tras concretar la idea del interés predominante o interés propiamente local (que entendemos proveniente de la idea francesa de *“pouvoir municipal”* o asuntos locales) el constitucional matiza que *“es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación (137 y 140 CE)- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2.º). Posición de superioridad que permite afirmar que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incida en intereses generales”*

concurrentes con los propios de la entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado⁹⁸¹”.

El constitucional viene a decir que, junto a los intereses propiamente locales que defiende la autonomía (teoría del interés predominante), coexisten los intereses generales de la nación, que pueden y deben defenderse mediante las técnicas de control de legalidad, sin llegar a precisar el alcance de unos y otros.

La legitimación de la supervivencia de algún procedimiento de tutela⁹⁸² (RBEL, TRLRHL, Y LOEPSF), quedó postergada en materia patrimonial (art. 109 REBEL, arts. 75 y 79 LRLCYL) y siempre que se “*trataran de medidas proporcionadas*”. Haciendo la sentencia esta advertencia previa: “*Dadas las diversas fuentes que nutren las haciendas locales, así como su complementariedad, es aquí plenamente explicable la existencia de controles de legalidad, tanto en relación con la obtención y gestión de ingresos de carácter propio como con la utilización de los procedentes de otras fuentes*”. Y añadiendo que: “*...Se plantea un tema clásico que es el relativo a la defensa del patrimonio del Estado o de los entes públicos frente a sus administradores, defensa que lleva a limitar los poderes de disposición de las Administraciones públicas, sujetándolas a un control incluso de oportunidad. Debe sostenerse que no es posible declarar –en abstracto– la inconstitucionalidad de la existencia de controles que valoren incluso aspectos de oportunidad siempre que sea una medida proporcionada para la defensa del patrimonio como sucede en los actos de disposición. En los demás supuestos sólo será admisible la existencia de controles de legalidad*”.

Apenas dos meses después de la anterior sentencia se precisó el ámbito del control de legalidad en materia de los asuntos supraestatales en la STC 14/1981, de 29 de abril que traía como antecedentes la facultad de un Gobernador Civil a través del art. 365 de la

⁹⁸¹ El TC no menciona la palabra jerarquía, pero sí una superioridad del Estado frente a las EELL que vemos que se ha ido apagando con la promulgación de la LBRL y más aún con las reformas de año 81 antes mencionadas.

⁹⁸² Recordar que como norma general el control de oportunidad habida quedado previamente prohibido en la STC 4/1981, de 2 de febrero. “*En cambio, la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a «la gestión de los intereses respectivos» fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración*”. De igual modo art 8.2. CEAL párrafo 2º: “*Todo control administrativo de los actos de las Entidades locales no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales. Sin embargo, tal control podrá extenderse a un control de oportunidad, ejercido por autoridades de nivel superior, respecto de las competencias cuya ejecución se haya delegado en las Entidades locales*”.

LRL⁹⁸³ de suspensión de un acuerdo por infracción del equivalente al art 46.2b) que impone los dos días de antelación entre la convocatoria y la celebración de la sesión.

La STC se pronunció diciendo que la legitimación del Estado en el control de legalidad era una vía excepcional, no siendo posible su uso para materias de competencia local: *“La suspensión gubernativa de acuerdos municipales sin otra razón que el control de legalidad en materia que corresponda al ámbito competencial exclusivo de las EELL no es compatible con la autonomía, que hoy proclama el art. 137 de la Constitución, porque entraña una tutela sin otro fundamento que la defensa de la legalidad ejercitable por una vía excepcional(...)”*.

Sin embargo, de otra parte, entiende el constitucional que estos controles serán compatibles con la autonomía local, cuando sean el medio para la defensa de invasión de competencias, o la actuación y regulación por parte de las EELL de ámbitos o intereses que exceden el aspecto local: *“Por el contrario, la suspensión en cuanto sirva a la defensa de competencias de la Administración del Estado u obedezca a corregir invasiones de ámbitos ajenos al municipal, o se afecte materia que corresponde a aquella Administración, no podrá decirse que entraña un atentado a la autonomía local, entendida como ámbito de actuación propia que tiene sus límites (...)”*.

Con todo, no nos queda claro cuándo debe intervenir el legislador estatal o autonómico precisándose únicamente y de manera tenue sus límites negativos en defecto de pronunciamientos más recientes sobre este aspecto objetivo⁹⁸⁴. No debe hacerlo ante cualquier incumplimiento normativo de la Administración local, pues para ello entiende el constitucional existen otros sujetos legitimados y otras vías de impugnación, y sí debe actuar ante la adopción de acuerdos de las EELL fuera de sus competencias.

Sin embargo, al haber explicado ya que las EELL carecen de potestad legislativa, sus competencias nunca serán plenamente exclusivas⁹⁸⁵, por cuanto en todo caso actuarán bien por atribución del legislador estatal o bien por la atribución del autonómico.

⁹⁸³ M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, *op.cit.*

⁹⁸⁴ Es difícil dotar de nitidez a este control ante las sucesivas y persistentes normativas, sobre todo provenientes de la transposición o mandatos del derecho europeo.

⁹⁸⁵ Si entendemos por exclusivas tanto la completa normación como la ejecución de la materia. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.* Tras la eliminación por la LRSAL de la cláusula de la competencia universal del municipio con paralelismo al derecho alemán donde se hacía constar como competencia: *“Promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Es por ello que la lista de competencias*

La LBRL relega el supuesto de suspensión para casos absolutamente excepcionales (art. 67) y concibe la posibilidad de impugnación a través del requerimiento previo potestativo en el ámbito de los arts. 65 y 66. En la misma trayectoria el art. 215 del ROF establece que cuando la AGE o las CCAA consideren, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla invocando expresamente el art. 65 de la LBRL, para que anule dicho acto o acuerdo.

El legislador estatal intenta precisar lo predicado por el constitucional en las sentencias “*ut supra*” a través de un trabalenguas del que parece deducirse que para poder hacer uso de la potestativa legitimación especial del art. 63, la EELL ha debido contravenir lo habilitado o bien en una ley básica estatal o bien en una ley de competencia exclusiva autonómica⁹⁸⁶. Y además no tanto una habilitación respecto a su propia organización y funcionamiento, sino en relación a competencias que “*ratione materiae*”, habilitara directamente el Estado o la Autonomía y por tanto de un modo indirecto la contravención de dicha norma afectare a unos intereses supramunicipales.

4.2.3. PLAZO Y PROCEDIMIENTO.

La autotutela declarativa y ejecutiva de ciertos actos y acuerdos de las EELL, así como la efectividad de sus disposiciones generales, quedan sujetas a la condición suspensiva de

del art. 25.2 debe entenderse «en los términos de la legislación del Estado y de las CCAA» ya que es ésta la que debe precisar cómo se concreta la intervención municipal, de forma que quede garantizada la autonomía «para la gestión de sus respectivos intereses» como exige el art. 137 de la CE”. M. FUERTES LOPEZ (2008), “Los Grecos y las competencias municipales”, Curso de formación a magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Universidad de León. En concreto y para lo que a las competencias de las áreas metropolitanas se refiere parece atribuible cierta “espontaneidad” en términos de J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2006), Una reflexión general sobre las áreas metropolitanas, REALA, núm. 302

⁹⁸⁶ Art. 17.3 del derogado Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional. “Cuando la Administración General del Estado o la de la Comunidad Autónoma considere que los baremos de méritos específicos no son conformes con los principios de objetividad, imparcialidad, mérito y capacidad consagrados en el ordenamiento jurídico, podrán requerir o impugnar el acuerdo aprobatorio de los mismos en los términos del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril”. Comunicado sobre los requerimientos de la J. Andalucía sobre los niveles de CD superiores al 26 en puestos de Secretaría-Intervención. <https://www.cositalgranada.es/noticias/326-marzo-2021/1034-comunicado-sobre-los-requerimientos-de-la-j-andalucia-sobre-los-niveles-de-cd-superiores-al-26-en-puestos-de-secretaria-intervencion>.

la interposición por parte del Estado o de las Autonomías del requerimiento de anulación o de la impugnación a la vía contenciosa⁹⁸⁷.

Las posibilidades que se abren a las administraciones superiores ante la observancia de uno de los supuestos subsumibles en el ámbito objetivo del control de legalidad y a salvo de lo descrito en el art. 67 son tres:

- En el plazo de quince días⁹⁸⁸ desde la comunicación del acto o acuerdo, interponer el requerimiento de anulación al amparo de lo previsto en el art. 44 de la LJCA⁹⁸⁹ de manera motivada y expresando el vicio de validez del acuerdo o la invasión competencial para que en el plazo de un mes anule la disposición. Dicho requerimiento no producirá la suspensión del acto, así el ROF (art.215.6) aclara que el requerimiento o la impugnación a que se refiere este artículo no suspenderán por sí solos la efectividad del acto o acuerdo, sin perjuicio de las reglas ordinarias que regulan la suspensión de la ejecución en la LJCA.
- Si la Administración local destinataria rechaza el requerimiento, o desatiende el mismo en el plazo de un mes, la Administración podrá impugnar ante la JCA el acto en el plazo previsto en el art 46 de la LJCA, a contar desde la finalización del plazo máximo para su anulación o desde que se reciba la desatención del requerimiento.
- La legitimación del art. 63 LBRL faculta a las administraciones territoriales, al considerar el requerimiento como un medio potestativo, a impugnar la disposición administrativa ante la JCA, así como a solicitar las medidas cautelares suspensivas que se consideren necesarias.

Los arts. 65 y 66 establecen el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de impugnación en la recepción del acto o acuerdo por parte de la Administración competente sin hacer

⁹⁸⁷ S. MUÑOZ MACHADO (1984), *Derecho Público de las CCAA*, Vol. II. Madrid: Civitas, p. 236-247. A. NIETO GARCÍA (1988), “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las entidades locales”, *Revista de administración pública*, núm. 115, p. 7-26.

⁹⁸⁸ “El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo”.

⁹⁸⁹ J. R. CHAVES GARCÍA (2016), “El requerimiento preliminar entre administraciones públicas del art.44 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Gabilex*, núm. 5.

sucinta referencia al órgano conveniente para tales funciones⁹⁹⁰. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 25 de febrero de 2011 establece la siguiente doctrina ante la carencia descrita indicando que *“a los efectos del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley”*. Con todo, nos falta precisar aquí, ante qué departamento o registro ha de cumplirse esta comunicación para poner en marcha el plazo de quince días.

En la STS 5464/2015 de 25 de noviembre, el Gobierno Canario ante el intento de impugnación de un acuerdo del Ayuntamiento de Tenerife que había sido declarado extemporáneo, trata de acreditar que el acuerdo se comunicó ante un departamento distinto del competente para conocer del mismo, esto es, ante la Secretaría Técnica de la Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica en vez de la Viceconsejería de Administración Pública. Lo que a su juicio determina que el plazo de dos meses establecido en el artículo 46 de la LJCA para interponer el recurso Contencioso-Administrativo debió haberse computado desde que la Viceconsejería tuvo conocimiento del acuerdo impugnado.

En primer lugar, para dar respuesta a la primera parte de nuestro epígrafe, la sentencia menciona la jurisprudencia acerca del cómputo del plazo de quince días para la interposición del requerimiento: *“Al respecto cabe recordar la doctrina de la Sala contenida en la sentencia de 21 de julio de 2010, recurso nº 1428/2006 , donde se afirmaba que: «Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que a efectos del inicio del plazo para que la Administración Autónoma pueda requerir de anulación al Ayuntamiento o impugnar directamente el acuerdo municipal en vía jurisdiccional, lo determinante es la fecha de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no así la fecha de recepción de la comunicación prevista, a otros efectos, en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma correspondiente(...)»”*.

No distingue así el órgano competente y trasladando la carga de la prueba a la autoorganización autonómica, considera únicamente como hecho clave la efectiva

⁹⁹⁰ Funciones trasladadas en la AGE actualmente a las Subdelegaciones del Gobierno en las provincias por delegación del Delegado del Gobierno a tenor de lo dispuesto en el art. 73.d) de la LRJSP y en las autonomías al servicio correspondiente de régimen local.

remisión del acuerdo a la Administración competente. Además, abre la prolija caja de Pandora por la que, admitiendo la publicidad del acuerdo en el boletín, pudiera haberse considerado como una comunicación a la autonomía al pasar por uno de sus órganos⁹⁹¹. “Es de tener en cuenta igualmente que, aun entendiendo que la comunicación del acuerdo de 12 de julio de 2010 (por el que se aprobaban las bases generales de la convocatoria de pruebas selectivas para cubrir plazas de personal funcionario en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal) fue recibida por un órgano incompetente, no cabe obviar que el Gobierno de Canarias tuvo conocimiento del mismo desde el momento en que se publicó dicho acuerdo en el Boletín Oficial de la Provincia con fecha 5 de agosto de 2010; por lo cual, en todo caso, habría que contar el plazo de dos meses para impugnar el acuerdo en vía jurisdiccional desde dicha fecha, al no constar en el expediente requerimiento alguno por parte de la Comunidad Autónoma al amparo de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local(...)”. Para acabar fallando que resultando evidente que la comunicación del acuerdo impugnado se realizó a un órgano de la Comunidad Autónoma (la Secretaría General Técnica) así como que, vistas sus funciones, no se puede entender que no fuera competente para recepcionar la cuestionada comunicación a pesar de que no fuera competente para el ejercicio del control de legalidad, el recurso será extemporáneo.

Una de las principales críticas elevadas por el colectivo de funcionarios intérpretes de esta tarea (FHCN o funcionarios propios dependientes de los servicios de éstos) lo es acerca de la forma. Tras la consolidación de las relaciones electrónicas entre administraciones públicas de conformidad con el art. 14 de la LPACAP, cada administración territorial ha adoptado una “plataforma” para la remisión de sus actos y acuerdos sin permitir una genérica remisión desde el registro electrónico a pesar de su conexión al sistema SIR⁹⁹². Esto dificulta la tarea a Secretarios y personal municipal que tienen que acceder a la sede de cada administración territorial para el envío de

⁹⁹¹ No podemos estar de acuerdo con este último extremo de la sentencia a raíz de la jurisprudencia expuesta y lo plasmado en la normativa. El “*dies a quo*” comienza con la recepción del acto por la administración competente y no con la publicación del acuerdo en cualquier medio o sede electrónica al ser la remisión una obligación exigida y preceptiva “*ex lege*” para la entrada en vigor de los actos y acuerdos locales.

⁹⁹² Definitiva entrada en vigor de la administración electrónica por la DF VII de la LPACAP, y publicación del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

documentos sin haberse unificado las plataformas, o permitido su remisión directa desde el registro electrónico de la entidad local.

En segundo lugar y por lo que respecta ya al procedimiento, una parte de la Abogacía del Estado en su momento entendió que el requerimiento de anulación no debía encuadrarse en el trámite de una revisión de oficio de un acto firme o de declaración de lesividad al reconducir el cauce procedimental a la interposición de un recurso administrativo dentro del plazo para ello (art. 32 LPACAP). En este caso la Comunidad Autónoma o el Estado al recurrir en vía administrativa, permitirían que el ente local resolviera “*estimando o desestimando*” el recurso y procediendo a anular la disposición impugnada dentro del plazo para ello.

Con arreglo a esta tesis el expediente debería limitarse a comprobar que el requerimiento de anulación cumple los requisitos ex arts. 65 y 66, y tras dar audiencia a los posibles interesados por el órgano unipersonal o colegiado que dictara el acto o acuerdo respectivamente, lo dejaría sin efectos dictando un acto administrativo posterior que comportara la anulación de la disposición precitada en el plazo de un mes.

Bajo nuestro punto de vista, esta teoría pudiera tener cabida mientras el acto administrativo no fuera firme en vía administrativa y se hubiera remitido en el perentorio plazo de seis días que prevé el ROF. Sin embargo, no se trata propiamente de aceptar las alegaciones o pretensiones ante la interposición de un recurso, sino de la expulsión de un acto del ordenamiento jurídico por adolecer de un vicio de invalidez. Así las cosas, la precedente no parece la teoría más plausible si tenemos en cuenta que por mandato del art. 106 de la CE sólo jueces y tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican⁹⁹³. Teniendo en cuenta además que la STC 148/1991, de 4 de julio sienta jurisprudencia al efecto, al anular un precepto de la ley de Canarias que habilitaba directamente a la autonomía para la anulación de una licencia local soslayando el procedimiento de revisión de oficio⁹⁹⁴.

⁹⁹³ En este sentido se pronuncia la STC 11/1999, de 11 de febrero que comentaré en el siguiente Capítulo. Vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007), “La segunda descentralización: del estado autonómico al municipal”. *Revista de Administración Pública*, núm. 172, p. 65. A. FANLO LORAS (1993), “El control de los entes locales, ¿modelo cerrado? reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, p. 171-204.

⁹⁹⁴ En concreto la STC 148/1991, de 4 de julio declara que: “*La revisión estatal de actos locales definitivos en vía administrativa pereció con la Constitución, que abolió la subordinación cuasi jerárquica a que se veían sometidas las corporaciones locales, en virtud de la antigua concepción que las asimilaba a los menores de edad*”.

Resulta necesario por tanto analizar cuál debería de ser el procedimiento a seguir para la anulación de un acto o acuerdo en cumplimiento de un requerimiento de anulación barajando dos principales opciones⁹⁹⁵. Si se formula el requerimiento de anulación es por cuanto “*a priori*” el acuerdo en cuestión incurre en diversas infracciones del ordenamiento jurídico lo que determina la invalidez del mismo. En efecto, los actos de las administraciones públicas, del mismo modo que todos los actos jurídicos, estarán viciados cuando incurran en infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, habrá de procederse a su revisión⁹⁹⁶.

Una de las prerrogativas que ostenta la Administración es que el legislador permite la posibilidad de revisar unilateralmente sus actos viciados, sea de oficio o a instancia de parte. El procedimiento para la revisión de oficio de sus actos por la Administración variará en función del grado de invalidez del acto; en efecto, según la importancia del vicio de que adolezca el acto, éste podrá estar incurso en nulidad de pleno derecho o en simple anulabilidad.

Así las cosas, para la expulsión de un acto administrativo del ordenamiento jurídico ha querido el Estado de Derecho monopolizar la competencia en el Poder Judicial a salvo de la revisión de oficio. Por ello, que recibido requerimiento de anulación de la Delegación del Gobierno o de la Consejería competente de la CCAA, en el supuesto de que se pretenda llevar a cabo su anulación; deberá seguirse el procedimiento de revisión de oficio, declaración de lesividad, o revocación, en función del vicio de que adolezca el acto.

En otras ocasiones y cambiando de paradigma, el Estado, una vez viera finalizado su plazo para la interposición de recurso y requerimiento, ha optado por la legitimación activa que se confiere a los procedimientos de revisión de oficio (art. 106.1 LPACAP) algo a lo que ya ha puesto coto la jurisprudencia tal y como explica Manuel Rebollo en

⁹⁹⁵ Informe de la Abogacía del Estado en León de 13 de septiembre de 2018 para la sección de Administración local de la Subdelegación del Gobierno.

⁹⁹⁶ Sobre la posibilidad de las EELL de anular directamente el acto recuerdo las palabras de A. NIETO: “*La pretensión de anulación únicamente tiene sentido si la Entidad local requerida puede anular el acto o acuerdo. Pero se da la circunstancia de que el ejercicio de tales potestades anulatorias sólo puede realizarse dentro de las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, y en ella no aparece esta posibilidad. Dificultad a la que quiere hacer frente el artículo 215.3 del Reglamento, donde se advierte que la Entidad Local, en virtud del requerimiento y en el plazo señalado para ello, podrá anular dicho acto o acuerdo, previa audiencia, en su caso, de los interesados*”. Nieto. A. NIETO GARCÍA (1988), *Impugnación jurisdiccional...*, op.cit., p. 13.

la STS de 12 de abril de 2016⁹⁹⁷ y se ha argumentado párrafos atrás tras la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Nº 1396/2020 de 26 de octubre.

4.3. SUSPENSIÓN.

En el Capítulo II del Título V de la LBRL no se regulan unos subtipos de las relaciones interadministrativas de control a modo de ejemplo, sino que de conformidad con la jurisprudencia y con lo atestiguado en el preámbulo de la LBRL, se regula un “*numerus clausus*” de controles administrativos y bajo unos supuestos tasados en los que pueden ejercerse los mismos.

De este modo la STC 213/1988, de 11 de noviembre⁹⁹⁸ de 11 de noviembre, proclamó que toda normativa que previera controles más allá de los establecidos en la LBRL incurriría en inconstitucionalidad por vulnerar la autonomía local garantizada

⁹⁹⁷ “*Pero sí ha sido habitual que las Comunidades Autónomas, cuando se les habían pasado los plazos para los Contencioso-Administrativos de los artículos 65 y 66 LRBRL, instaran del respectivo Ayuntamiento esa revisión. Sirviéndose del artículo 106.1 LPAC (o, antes, del art. 102.1 Ley 30/1992) solicitaban que la Administración local de turno procediera a la revisión de oficio del acto en cuestión y, después, en su caso, si la respuesta municipal no le satisfacía (o no respondía, dando lugar a silencio negativo), interponían recurso Contencioso-Administrativo ordinario donde ejercían la acción de nulidad. Tal estrategia dio resultado y hasta obtuvo el beneplácito de los tribunales. Parece que finalmente el TS trata de poner término a ese postizo añadido a lo que, según la jurisprudencia, es el cuadro cerrado de medios de la LRBRL. Pero, si no fuese así, habría aquí otro cauce –y muy amplio y relevante– para complementar el catálogo de instrumentos de control de la LRBRL*”. M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, op.cit.

⁹⁹⁸ “*El principio de Autonomía local ha permitido excepcionar la regla general sobre la prevalencia del título competencial específico frente al título competencial general. Así en la STC 213/1988, de 11 de Noviembre en el FJ3, el Tribunal declaró que como el legislador básico opto por eliminar en general la posibilidad de suspensión gubernativa de acuerdos de las EELL (arts. 65 y 66 salvo lo dispuesto para el delegado del Gobierno en el art. 67) resultaba contrario al principio de Autonomía local que la legislación catalana en materia de Urbanismo «atribuyese a la comisión de urbanismo la posibilidad de proponer al consejero de política territorial y obras públicas de la generalidad la suspensión de los efectos del acuerdo de aprobación definitiva de los programas de urbanización adoptados por la corporaciones locales por motivos de legalidad sustantiva o formal y de tramitación, y a dicho Consejero la potestad de acordar la suspensión solicitada». Una doctrina reiterada en las SSTC 259/1988, de 22 de diciembre; 148/1991, de 4 de julio, FJ 3; 46/1992, de 22 de abril, FFJJ 2 y 3. Sobre este tema recopila la doctrina constitucional anterior la STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 3, en la que el Tribunal sintetizó su doctrina al declarar contrarios a la Autonomía local, tal como la configura la legislación básica, los preceptos de leyes autonómicas que otorgaban a las autoridades de la CCAA, la potestad para suspender acuerdos que la Ley de Bases encomienda específicamente a los municipios como son los referentes a la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística y más precisamente, la autorización, para la edificación y otros usos del suelo. (SSTC 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre y 46/1992, de 22 de abril, 36/1994, de 10 de febrero FJ3”.* A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador...*, op.cit., p. 60. Sin embargo, sí que se ha considerado compatible con la Autonomía local, la suspensión temporal y genérica de los efectos de las licencias de parcelación y edificación no ejecutadas dispuesta en la Ley autonómica por estar en juego intereses supramunicipales. STC 36/1994, de 10 de febrero.

constitucionalmente: “...El legislador estatal, tal y como se explica en el preámbulo de la Ley, ha pretendido con ella desarrollar respecto a la Administración local el art. 149.1.18 de la Constitución estableciendo las bases del régimen de dicha Administración. Pues bien, los arts. 65 y 66 de la Ley regulan la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los Tribunales. Queda así suprimido toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al delegado de Gobierno en el art. 67) ...”.

La LBRL no sólo desarrolla en su articulado las bases del Régimen local, sino que una gran parte de sus preceptos constituyen el núcleo básico de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Es por ello que siguiendo la estela de las precedentes (STC 4/1981, de 2 de febrero y 14/1981, de 29 de abril), la STC 213/1988 de 11 de noviembre, tasa los controles de legalidad de manera inflexible.

Incluso para una materia exclusiva y excluyente autonómica como es el urbanismo, el TC declara la inconstitucionalidad de los preceptos⁹⁹⁹ en cuestión de la Ley catalana, aduciendo su sumisión hacia la LBRL, esgrimiendo los siguientes motivos e invocando una excepción a la doctrina de la “*lex specialis*”: “La representación de la Generalidad señala, en efecto, que, en todo caso, las normas relativas a la Administración local tendrían que ceder frente a las más específicas que regulan el urbanismo, ya que la ley catalana se dictó en ejercicio de la competencia exclusiva que tiene la Generalidad sobre ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (art. 9.9 EAC). Pues bien, aunque es cierto que este Tribunal ha señalado como criterio general que prevalece el título competencial más específico sobre el más genérico (STC 71/1982, de 30 de noviembre), también lo es que a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto. En el caso ahora examinado la Ley de Bases de 1985 persigue asegurar un determinado modelo de autonomía local en ejercicio de las competencias que atribuye al Estado el art. 149. 1.1 8 de la Constitución, y uno de los elementos fundamentales de ese modelo es la exclusión de la potestad gubernativa de suspender los Acuerdos de las Corporaciones locales. La legislación que en el uso de sus competencias dicten las

⁹⁹⁹ Declara inconstitucionales y por tanto nulos el párrafo segundo de la letra e) del apartado primero del art. 9 de dicha Ley, la letra f) del mismo apartado del mismo artículo, así como los arts. 11, 12.3, 14.2 y 29.3 en cuanto contienen remisiones a los preceptos anulados de la Ley de Cataluña 3/1984, de 9 de enero, sobre medidas de adecuación urbanística de Cataluña.

Comunidades Autónomas sobre urbanismo u otros ordenamientos sectoriales debe respetar esa exclusión. De otro modo no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal, pues las diversas legislaciones sectoriales autonómicas podrían imponer controles que, en la práctica, llegasen a desfigurar el citado modelo e incluso a vaciarlo de contenido”.

Décadas más tarde, y otorgándole a la LBRL el vértice de la constitucionalidad de los controles de legalidad, la STC 6/2016, de 21 de enero¹⁰⁰⁰ avaló la constitucionalidad del art. 119.2 de la Ley de costas que previó la suspensión de actos y acuerdos locales sin apartarse de los criterios de control del art. 67 LBRL. En este fallo, se sientan unos criterios generales que deben cumplir los controles supralocales y se desliga en cierto modo de la estricta sumisión que otrora se proclamara a la LBRL siempre que no se contradijera su articulado.

El fallo finalmente avala el precepto, al estar prevista su suspensión en una norma con rango de ley, delimitado con precisión su objeto, y quedar claramente reservada su injerencia para aspectos e intereses supralocales como *“los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal”*. (Art.119.1).

4.4. SUSTITUCIÓN-SUBROGACIÓN.

De un modo *“in crescendo”* a lo que a las relaciones interadministrativas de control se refiere, pasamos a analizar la subrogación o sustitución por parte del Estado o de las CCAA ante el incumplimiento de las obligaciones municipales.

¹⁰⁰⁰ *“No puede prosperar la primera tacha de inconstitucionalidad dirigida a este precepto, fundada en la vulneración del principio de Autonomía local. Toda vez que «la legislación básica sobre régimen local no se integra en el ‘bloque de la constitucionalidad’ ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales» (STC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5, y las allí citadas), en este caso nuestro análisis debe ceñirse a los límites que la Constitución impone directamente a los controles sobre la actividad local. En su concreta proyección sobre tales controles, el significado del principio de Autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE) quedó perfilado a partir de la STC 4/1981, de 2 de febrero, como recuerda la reciente STC 154/2015, de 9 de julio: «según razona su fundamento jurídico 3, los controles administrativos sobre la actividad local deben estar previstos en normas legales; ser concretos y precisos, no ‘genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales’; y tener por objeto actos en los que incidan intereses supralocales, velando por la legalidad de la actuación local; el control de oportunidad de las decisiones correspondientes a la gestión de los intereses locales es incompatible con la Autonomía local, salvo que concurra una justificación constitucional, de otro modo la toma de decisión vendría a compartirse con una Administración no directamente relacionada con los intereses locales involucrados”.* En materia de legislación de costas es reseñable la recopilación realizada por: T. QUINTANA LÓPEZ, A. B. CASARES MARCOS (2013), *Legislación de costas*, Madrid: Tirant lo Blanch.

Nos detendremos en este mecanismo, puesto que en caso de éxito, pudiera ser uno de los medios de aplicación del Derecho administrativo que tanto añoramos en nuestra exposición ante la insuficiencia de los medios estrictamente locales. Mediante esta técnica y de manera subsidiaria, acudirían las restantes administraciones naturales de la competencia a “*proteger la legalidad*” ante la pasividad municipal a través de un mecanismo que recuerda a la ejecución subsidiaria.

El art. 60 LBRL regula la sustitución de la actividad local en caso de incumplimiento, exigiendo la concurrencia de determinados requisitos (formales y materiales) para que se ponga en marcha el procedimiento:

- Ha de producirse el incumplimiento por una Entidad local de obligaciones impuestas directamente por la ley y con cobertura económica legal o presupuestariamente garantizada (por ejemplo, servicios públicos financiados con tasas, proyectos de gasto con financiación afectada).
- El incumplimiento ha de afectar al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma. Este extremo se antoja redundante o carece de concreción; pues tal y como esgrimíamos otrora, al carecer las EELL de potestad legislativa, en todo caso las competencias pertenecerán de manera vernácula bien al titular del 149, bien a las que lo hayan asumido por el art. 148 CE (art. 2 LBRL legislador sectorial estatal o autonómico).
- La Administración afectada, según su respectivo ámbito competencial, ha de requerir en primer lugar a la corporación local su cumplimiento, concediendo al efecto el plazo necesario y nunca inferior a un mes. Esto nos recuerda que tanto el art. 44 de la LJCA como el 39 de la LPACAP “*han venido para quedarse*” para cualquier conflicto previo entre administraciones públicas, en unos casos se sugiere y en otros con carácter preceptivo se requiere la previa comunicación administrativa.

Transcurrido el plazo concedido y si el incumplimiento persiste, la Administración estatal o autonómica quedan legitimadas para adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la Entidad local.

La figura de la sustitución, la encontramos en la legislación sectorial con el sobrenombre de subrogación, al ejercer competencias municipales en defecto de éstos, pero lo cierto es que este mecanismo ha involucionado a una mera colaboración o asistencia.

En una inicial redacción, este mecanismo de actuación quedaba configurado para supuestos de “*inactividad municipal*” ante el ejercicio incluso de competencias exclusivas locales, donde de una dicción de lo dispuesto en el art. 25.2 de la LBRL se colige su carácter de obligatorio ejercicio¹⁰⁰¹.

Con especial interés, encontramos muestras de esta vía en las materias estrella de las competencias exclusivas municipales a citar el urbanismo o el medio ambiente. La normativa urbanística castellanoleonesa prevé en el art. 59 de la norma y en el art. 180 del Reglamento, la subrogación por parte de la CCAA ante el incumplimiento de las obligaciones municipales de elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico bien de oficio o de parte.

Además, y lo que a nuestra tesis interesa, una inicial redacción del art. 111.3 de la LUCYL parece habilitar a la autonomía a ejercer potestades preventivas y represivas sobre las competencias exclusivas locales¹⁰⁰² siempre que afectare a intereses supramunicipales: “*La Administración de la Comunidad Autónoma ejercerá competencias de protección de la legalidad urbanística en cuanto afecte a intereses supramunicipales, en especial en cuanto a las parcelaciones urbanísticas y demás usos del suelo rústico prohibidos o sujetos a autorización*”.

Es de este modo como se desarrollaron inicialmente los arts. 366 y 367 de la LUCYL que preveían una subrogación por parte de la Diputación provincial y de la CCAA respectivamente ante la desatención de requerimientos de sendas administraciones y que evolucionaron hacia la mera colaboración¹⁰⁰³ reservándose la actuación autonómica

¹⁰⁰¹ 25.2. “*El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias*”. D. REGO BLANCO (2006), *Ante la inactividad local...*, op.cit. J. J. VILLALBA CASA (16 de marzo de 2010), “Las Diputaciones provinciales de castilla y león y la protección de la legalidad urbanística”, texto de la ponencia presentada en la jornada de estudio sobre la asistencia a municipios, *El papel de las Diputaciones en materia de colaboración y asistencia a los Ayuntamientos: urbanismo, medio ambiente y accesibilidad*, organizada por el Procurador del Común de Castilla y León, en la ciudad de León.

¹⁰⁰² El art. 111 previamente establece como competencias locales la inspección y la protección de la legalidad.

¹⁰⁰³ Este requerimiento en caso de la Diputación Provincial adopta la forma de “*sugerencia de colaboración*”, como consecuencia de la transformación del artículo a partir del Decreto 6/2016, 3 marzo, por el que se modifica el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León para su adaptación a la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo (B.O.C.L. 4 marzo) y el Párrafo introductorio del número 2 del artículo 367 redactado el número 1 de la letra e) del artículo único del Decreto 68/2006, 5 octubre, por el que se modifica el Decreto 22/2004, 29 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León (B.O.C.L. 11 octubre).

únicamente en los supuestos de la defensa del orden jurídico de interés supramunicipal¹⁰⁰⁴.

Pero con la espada de madera en una mano, y de la de Damocles en la otra con la que actúa la autonomía local para nuestras pequeñas administraciones municipales, nos toca ahora enjuiciar el mecanismo de la subrogación sectorial con la misma vara de medir que lo hiciéramos con el art. 67.

En la STC 154/2015, de 9 de julio, a la que hicimos referencia al aludir a la STC 6/2016 de 21 de enero, el Tribunal, trataba de aclararse la vinculación de la LBRL al resto de controles administrativos en los siguientes términos: “...*Se lee, por ejemplo, en su sentencia 154/2015, de 9 de julio: ... este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de aclarar que no le corresponde pronunciarse sobre si regulaciones de este tipo protegen los intereses públicos con más efectividad que el régimen de controles de la LBRL (STC 46/1992, de 2 de abril, FFJJ 2 y 3). Le corresponde sólo contrastar tales regulaciones*

¹⁰⁰⁴ Véase respuesta de JCYL desentendiéndose de las atribuciones “*ex lege*” para asistir un Ayuntamiento de la provincia de León ante la solicitud de subrogación por el ejercicio de una construcción ilegal en suelo rústico.

Con fecha 8 de agosto de 2017 tiene entrada en el registro de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León oficio del Ayuntamiento de ██████████ en el que se manifiesta expresamente: “...*la existencia de una construcción en suelo rústico careciendo de la autorización pertinente. Solicita de manera urgente y por trascender de manera acreditada los intereses municipales: La subrogación y cooperación absoluta en la competencia municipal de Restauración de la legalidad para el citado caso al carecer esta institución de los medios técnicos y jurídicos para llevarla a cabo.*”

A la vista de lo solicitado, se le informa:

1. La autorización de uso excepcional se tramita y se resuelve, dentro del procedimiento para el otorgamiento de licencia urbanística regulado en el artículo 293 y ss. del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

2. Por ello y de conformidad con lo dispuesto en el art 366 del citado texto legal, “*Cuando el Ayuntamiento no disponga de la capacidad económica y técnica para ejercer las competencias de protección de la legalidad urbanística, podrá encomendar a la Diputación Provincial la tramitación de los procedimientos administrativos y la realización de actividades materiales y de gestión, o bien podrá solicitar a la Diputación Provincial la aportación de los medios necesarios para el ejercicio de las competencias municipales, mediante cualquiera de las formas de colaboración previstas en la legislación de régimen local. Asimismo, si el Municipio no pudiera ejercer las competencias de protección y restauración de la legalidad por incapacidad o insuficiencia de medios, la Diputación Provincial podrá prestar la asistencia, a solicitud del municipio, y asumir su ejercicio determinando las potestades inherentes al mismo, todo ello sin perjuicio de que pueda poner los hechos en conocimiento del Servicio Territorial de Fomento para el ejercicio de las competencias propias de la Administración de la Comunidad Autónoma.*”

Lo que se informa a los efectos oportunos.

con los elementos relevantes de la LBRL declarando la inconstitucionalidad de las primeras si hay efectiva contradicción con los segundos... ”.

Así de manera idéntica con lo que citáramos para la suspensión, cuando alguna ley autonómica ha osado prever supuestos de subrogación sin ajustarse a lo preceptuado en la LBRL, el TC la ha anulado sin contemplaciones preceptos de normativas asturianas, catalanas y andaluzas. Así se comprueba respectivamente en la STC 11/1999, de 11 de febrero¹⁰⁰⁵; 159/2001,¹⁰⁰⁶ de 5 de julio y 154/2015, de 9 de julio. *“Las Comunidades Autónomas pueden aplicar directamente el régimen de control que ha establecido agotadoramente la legislación básica estatal y, si regulan el ejercicio autonómico por sustitución de competencias locales, pueden sólo concretar el previsto en esa legislación básica, pero ajustándose fielmente a sus «elementos relevantes» ”.* Si bien el concepto de elementos relevantes nos lo parece definir en la STC 159/2001, de 5 de julio: *“...El de sustitución del art. 60 LBRL: el legislador autonómico puede regularlo respetando los «elementos relevantes» del régimen establecido en el precepto en cuanto reflejo de «las exigencias del canon de constitucionalidad» de modo tal que no cabe «un mayor o más intenso control por parte de la Administración autonómica y una correlativa merma de la autonomía local» ”.*

Lo que podemos afirmar sin vacilar es que la LBRL establece un control de máximos y de elementos fijos que de manera indubitada debe respetar el legislador. Asentado este axioma podemos argüir que ello no es óbice para la existencia de distintos controles por parte de la legislación sectorial siempre que no contradigan lo dispuesto en la LBRL y que contengan sus *“elementos relevantes”* de ejercicio de tal modo y manera que sean ensamblables en algunos de sus subtipos y permitiendo así engrosar el capítulo de las relaciones interadministrativas del resto de normas.

¹⁰⁰⁵ En esta sentencia se declara inconstitucional en art. 6 de la Ley Asturiana 3/1987, en tanto que dispuso la asunción de competencias municipales por la administración autonómica cuando aquella no suspendiese los actos de edificación y uso del suelo realizados al amparo de una licencia supuestamente nula de acuerdo con lo apreciado por la CCAA. En relación a los controles o la supervisión del ejercicio de competencias delegadas por las CCAA, (ojo no propias), el TC tiene declarado que es compatible con el modelo de descentralización territorial del Estado que reconoce la CE, y el principio de Autonomía local como elemento esencial del mismo, la supervisión del justicia de Aragón o del Síndico de Greuges, del ejercicio de competencias por transferencia o delegación de la CCAA o bien de la simple gestión ordinaria de ésta y que en tales casos actuarían los EELL no en el ejercicio de actividades de su propia autonomía sino como entes descentralizados de la administración autónoma. (STC 142/1988, de 12 de junio FJ5).

¹⁰⁰⁶ STC 159/2001, de 5 de julio, que declara contraria a la Constitución toda norma autonómica sectorial que establezca supuestos de sustitución de un ente local sin respetar lo establecido en el art. 60 de la LBRL, precepto que constituye el canon de constitucionalidad aplicable al efecto...

Aún con todo, hemos visto que subsisten numerosos preceptos de la legislación sectorial que siguen previendo esta “*subrogación*” ya sea de un modo directo o indirecto en el resto de CCAA¹⁰⁰⁷.

Aún con todo, subsisten indelebles los arts. 344 y 345.2 de la Ley Foral 6/1990 de 2 de Julio de Administración local de Navarra que incluye un control genérico sobre el interés general de las actuaciones de las Entidades locales sobre sus bienes y derechos, así como en los demás casos previstos en las leyes. Es cierto que circunscribe este control a los medios previstos en la norma que no difieren de los dispuestos en la LBRL, empero, ya acrece los supuestos tasados en los arts. 65, 66 y 67 de la LBRL (infracción del ordenamiento jurídico, menoscabo de competencias estatales o autonómica, atentar contra el interés general de la nación).

A buen seguro si el TC enjuiciara estos preceptos con el canon de los “*elementos relevantes*” del art. 60, el destino no sería otro que sucumbir a la autonomía local y su supervivencia no radica sino en la escasa o nula aplicación de los mismos. Es por ello que, en la práctica, el control administrativo ante la pasividad de las administraciones ha quedado únicamente restringido a los casos de colaboración o cooperación, y generalmente no por la CCAA sino por la Diputación Provincial ex art. 66 LBRL¹⁰⁰⁸.

Me aparto en este punto de las tesis de NIETO y de REBOLLO PUIG. Sendos maestros ven esperanzas a este mecanismo de la colaboración teñido de subrogación, dejando la carga de la prueba al buen hacer del jurista sectorial. Mi disentimiento no viene dado sino por no haber encontrado en la práctica de nuestro trabajo de ejercicio profesional una sola muestra que avale tal camino.

En el caso de REBOLLO¹⁰⁰⁹ concluye diciendo que pudiera tener cabida en la autonomía local un ejercicio rebajado de la subrogación a través de la técnica de la subsidiariedad al

¹⁰⁰⁷ Art. 130 Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, reguladora del Derecho a la Vivienda. Art. 63.2 de la Ley madrileña de protección del consumidor que, tras enunciar las competencias municipales en la materia, añade que: “*Las competencias contempladas en el apartado anterior será asumibles directamente por los órganos competentes (...) de la Comunidad de Madrid (...) siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Carencia de medios de las entidades locales; b) Inactividad o abstención grave y permanente de la actuación municipal...*”. O siguiendo con nuestra comunidad los arts. 66 y 82 del TRLPACYL.

¹⁰⁰⁸ Tal y como esgrime la JCYL en la respuesta al Ayuntamiento precitada.

¹⁰⁰⁹ “*Incluso cabe sostener que lo que puede haber en estas subrogaciones «sui generis» es sólo una forma de consagrar una competencia alternativa. Si en la subrogación propiamente dicha, la de tutela, se transfiere el ejercicio de la competencia, pero no su titularidad, en estas otras la Administración estatal o*

tratarse de materias de competencia propiamente autonómica. Estoy en desacuerdo con esta afirmación en tanto en cuanto toda competencia municipal, aún las ejercidas con carácter exclusiva son “atribuidas” o mejor dicho otorgadas por el legislador sectorial, autonómico, si viene al caso, ex art. 2 LBRL amen de lo ya enunciado la STC 11/1999, de 11 de febrero.

Y por su parte NIETO¹⁰¹⁰, avala la concurrencia de normativas sancionadoras o represivas para el cumplimiento normativo como medio para combatir la inactividad apoyándose en la STS de 8 de abril de 1997. Esta sentencia admite sin vacilar las competencias sancionadoras indistintas “*porque entiende que aseguran mejor los objetivos de la ley “por cuanto ante la inactividad de un órgano, los restantes pueden actuar”*”. Opinión que la práctica no respalda puesto que es más frecuente como veíamos en la respuesta del Ayuntamiento por parte de la JCYL, la desviación por el órgano autonómico hacia el gran cajón de la autonomía local evitando así conflictos partidistas.

4.5. DISOLUCIÓN.

La gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de las obligaciones constitucionales da pie al supuesto más extremo de las relaciones interadministrativas de control por parte del Estado.

Si bien el artículo 61 extiende la idea de la gestión gravemente dañosa para los intereses generales a órganos de las CCLL que den cobertura o apoyo (expreso o tácito) de forma reiterada y grave al terrorismo, lo cierto es que únicamente se ha hecho uso del precepto

autonómica no estaría ejerciendo una competencia ajena, sino una competencia de su propia titularidad, aunque condicionada a que no la haya ejercido antes el ente local. Con esto se abren flancos que deja abiertos la jurisprudencia constitucional expuesta, por más que se presente como inflexible. Puede depender de la habilidad del legislador autonómico presentar subrogaciones con las que se libere de la rigidez del artículo 60 LRBRL”. M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, op.cit.

¹⁰¹⁰ “*En definitiva, y dejando a un lado la rica problemática que esta situación provoca, el hecho es que en casi todas las materias existe una concurrencia normativa sancionadora, que en el terreno práctico está siendo enjuiciada de maneras muy distintas*”. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador...*, op.cit., p. 81.

en la disolución de la corporación de Marbella¹⁰¹¹. ante la pandémica corrupción por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de abril de 2006¹⁰¹².

El artículo 61 establece claramente que será el Consejo de Ministros a petición del órgano autonómico y previo acuerdo favorable del Senado el que, a medio de la figura del Real Decreto, proceda a disolver la corporación local toda vez que se produzca una “*gestión gravemente dañosa para los intereses generales*”.

La LOEPSF en su Capítulo IV, al regular las medidas preventivas correctivas y coercitivas, y en lo que parte de la doctrina vino a considerar una injerencia a la autonomía

¹⁰¹¹ M. FUERTES LÓPEZ (2007), *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons. La autora al relatar la gestión del Ayuntamiento de Marbella al modo “*empresarial*” que la caracterizó durante una época de gobierno afirma que: “*Otras muchas Administraciones locales han constituido sociedades mercantiles y, a partir de ahí, a través de su desenvolvimiento auténticos grupos societarios. Por concluir lo que podría ser una catarata de ejemplos, sirva citar el complejo entramado societario generado en el Ayuntamiento de Marbella según la información remitida al Inventario del Ministerio de Economía y Hacienda, este Ayuntamiento participaba de manera mayoritaria en las siguientes sociedades: Andalucía Hotel, S.A.; Banana Beach, S.L.; Calidad Marbella 2000, S.L.; Compras 2000, S.L.; Control Limpiezas, Abastecimientos, Suministros 2000, S.L., Control Servicios Locales, S.L.; Eventos 2000, S.L.; Jardines 2000, S.L.; Plan Las Albarizas, S.L.; Planeamiento 2000, S.L.; Residuos Sólidos Urbanos, S.L.; Sociedad Municipal Contrata 2000; Sanidad y Consumo 2000, S.L.; Tributos 2000, S.L.; Turismo 2000, S.L.; Zuloil Suministros, S.L. Pero es que muchas de estas sociedades ¡limitadas!, con un capital social de poco más de tres mil euros participaban, a su vez, en otras sociedades municipales públicas. Por ejemplo, la sociedad Control de Servicios Locales participa en: Banana Beach, S.L.; Compras 2000, S.L.; Eventos 2000, S.L.; Jardines 2000, S.L.; Plan Las Albarizas, S.L.; Planeamiento 2000, S.L.; Residuos Sólidos Urbanos, S.L.; S. M. Contrata 2000; Sanidad y Consumo 2000, S.L.; Suelo Urbano, S.L.; Tributos 2000, S.L.; Turismo 2000, S.L.; a su vez, alguna de estas genera también un nuevo entramado societario público. Así, la citada Eventos 2000 que tiene participaciones en: Actividades Deportivas 2000, S.L.; Activos Locales, S.L.; Control de Gestión Local, S.L.; Control Limpiezas Abastecimientos y Suministros 2000, S.L.; Difusión y Comunicación 2000, S.L.; Patrimonio Local, S.L.; Transportes Locales 2000, S.L.; Tropicana 2000, S.L. O la sociedad Planeamiento 2000 que cuenta con participaciones también en Actividades Deportivas 2000, S.L.; Activos Locales, S.L.; Control de Gestión Local, S.L.; Patrimonio Local, S.L.; Suelo Urbano, S.L.; y Tropicana 2000, S.L. y se podría seguir. En fin, un complejo y enrevesado entramado de sociedades, las más limitadas, con participaciones recíprocas y cruzadas que han conducido a sospechosas conductas en la actualidad investigadas por los jueces*”. Sobre este asunto también J. L. PÉREZ FRANCESCH (2007), “Disolución de los Ayuntamientos en España y Corrupción Sistémica Aproximación al «Caso Marbella» y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria”, *Revista de estudios de Administración local y autonómica*, núm. 35.

¹⁰¹² Por ello, si acudimos al artículo 183 de la LOREG en relación con el art. 61.3 de la LBRL, el mismo nos indica que “*en los supuestos de disolución de corporaciones locales por acuerdo del Consejo de Ministros, previstos en la Legislación básica de régimen local por gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales, deberá procederse a la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva corporación dentro del plazo de tres meses, salvo que por la fecha en que ésta debiera constituirse el mandato de la misma hubiese de resultar inferior a un año.1. Convocar elecciones parciales. 2. Mientras se constituye la nueva corporación o expira el mandato de la disuelta, la administración ordinaria de sus asuntos corresponderá a una comisión gestora designada por la diputación Provincial*”. Pues bien, el nombramiento de la Comisión Gestora corresponderá a la Diputación Provincial, no debiéndose llevar cabo ningún trámite por parte del Municipio, más que en todo caso solicitar a la Diputación Provincial el nombramiento de dicha comisión.

local¹⁰¹³, engrosa dos nuevos supuestos en lo que las más gravosas medidas de control se refieren: La suspensión en el art. 26.2 y la disolución en el art. 26.3

Pese a que no consta la puesta en marcha de sendos preceptos, en este caso el legislador se blinda ante la posible injerencia a la autonomía local bajo un doble argumento: De una parte, la D.F. I habilita como título competencial de la norma el desarrollo del art. 135 de la CE (135.5CE). Dicho esto, si consideráramos inconstitucionales estos preceptos, tampoco sería acorde a nuestra Carta Magna parte del contenido de la Ley Orgánica que la desarrolla.

De la otra, establece un reenvío a la LBRL y aclara que se realizará de conformidad con los arts. 60 y 61 por lo que sistematizando la STC 213/1988, de 11 de noviembre, al menos en apariencia se trataría de controles encuadrables en los supuestos básicos de sustitución y disolución.

4.6. LA EXTINCIÓN DE LA PRESENCIA DEL ESTADO EN LAS EELL. LA LOFAGE.

El texto original de la LBRL en lo que a los controles se refiere, ya prevé la participación tanto del Estado como de las CCAA en función del ordenamiento jurídico contravenido o de las competencias invadidas. Sin embargo, pese a la participación autonómica y la estructura territorial, en la década de mitad de los 80 y los años 90. el Gobernador Civil seguía teniendo un papel fundamental en el control de legalidad local y en la aplicación del Derecho administrativo de manera subsidiaria. Además de las instrucciones y la competencia sancionadora, pese a diezmar las atribuciones por el Real Decreto del año 1980, esta figura sigue siendo un referente en el ámbito municipal con mucho mayor peso que cualquier autoridad autonómica.

La justificación que esta norma en su preámbulo da a la desarticulación de la presencia del Estado en nuestros pequeños municipios¹⁰¹⁴ donde operaba bajo un control supletorio, viene dada por adaptar el Estado Autonómico y las Autonomías a la nueva vertebración

¹⁰¹³ Esta injerencia se resuelve con la inconstitucionalidad de varios preceptos de la LRSAL, (STC 41/2016, de 3 de marzo, 111/2016, de 9 de junio, 51/2017, de 10 de mayo, 168/2016, de 6 de octubre y 180/2016, de 20 de octubre) que no deja de ser la transposición de la LOEPSF para las EELL, y ésta última el desarrollo de la reforma del art. 135 de la CE el 27 de septiembre de 2011.

¹⁰¹⁴ Referimos a los pequeños, además de por el ámbito subjetivo de la tesis, por las circulares de colaboración en el cumplimiento del derecho ya mencionadas.

territorial producida tras la promulgación de la CE, así en palabras de Ley formal: “...*Esta adaptación de la actual Administración periférica a las exigencias del Estado autonómico debe permitir eliminar posibles duplicidades y conseguir una mejora en la calidad de los servicios que la Administración presta a los ciudadanos. De manera especial, y para hacer más efectiva esta simplificación de la administración periférica del Estado, no se considera adecuada la actual existencia de la figura de los Gobernadores Civiles y, en consecuencia, esta Ley la suprime y crea la de los Subdelegados del Gobierno, que dependen orgánicamente de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas que, a la vez, son los responsables de su nombramiento entre funcionarios de carrera. De acuerdo con este perfil, los nuevos subdelegados del Gobierno no tienen en la Ley la condición de alto cargo (...)*”.

El Estado no sólo pierde la presencia en lo que al ámbito municipal concierne, sino que también lo hace en el ámbito provincial. El Subdelegado¹⁰¹⁵ bajo el prefijo que lo delata, actúa sometido a las instrucciones del delegado del Gobierno en la respectiva CCAA y será nombrado por aquél.

En cuanto a nuestras EELL, este órgano pasa a ocupar un papel colaborador o coordinador (art. 29) difícil de materializar dado el entramado de relaciones interadministrativas en nuestro país y que arrastra hasta el actual art. 75 de la LRJSP.

Del articulado de esta norma sacamos otra conclusión tan importante como triste a tenor del art. 73¹⁰¹⁶: incluso para ejercitar cualquiera de los mecanismos del control de legalidad previstos por parte del Estado en el elenco tasado de la LBRL, tales como el requerimiento de anulación, la suspensión, o la sustitución, el Subdelegado del Gobierno ha perdido toda facultad. Es al Delegado del Gobierno al que se le encomienda el control de legalidad, y

¹⁰¹⁵ El prefijo “sub-” indica “inferior o por debajo de”. Etimológicamente procede del latín “sub” con el mismo significado.

¹⁰¹⁶ Artículo 73. Competencias de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas. “D) Control de legalidad: 1.º Resolver los recursos en vía administrativa interpuestos contra las resoluciones y actos dictados por los órganos de la Delegación, previo informe, en todo caso, del Ministerio competente por razón de la materia. Las impugnaciones de resoluciones y actos del delegado del Gobierno susceptibles de recurso administrativo y que no pongan fin a la vía administrativa, serán resueltas por los órganos correspondientes del Ministerio competente por razón de la materia. Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se tramitarán por el Ministerio competente por razón de la materia y se resolverán por el titular de dicho Departamento. 2.º Suspender la ejecución de los actos impugnados dictados por los órganos de la Delegación del Gobierno, cuando le corresponda resolver el recurso, de acuerdo con el artículo 117.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y proponer la suspensión en los restantes casos, así como respecto de los actos impugnados dictados por los servicios no integrados en la Delegación del Gobierno”.

pese haber perdido las oriundas potestades del Gobernador Civil en la aplicación del derecho, de él se narra: “3.º: *Velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes*”.

4.7. LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DEL CONTROL DE LEGALIDAD ESTATAL. EL SERVICIO DE INSPECCIÓN Y ASESORAMIENTO Y LA SECCIÓN DE RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES.

El control de legalidad ejercido actualmente por los funcionarios de las Subdelegaciones del Gobierno en las provincias a través de las secciones de “*relaciones con las administraciones territoriales*”, parece tener su origen inmediato en el Servicio de Inspección y Asesoramiento del Estado autoritario.

Este servicio que dependía directamente del Ministerio de la Gobernación y de manera contigua de la Dirección General de Administración local, fue creado por el último artículo de la Ley de Bases de Régimen Local de 1945 (Base 68)¹⁰¹⁷ que constituía el servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales. Esta doble función (control y cooperación), era definida en el Decreto de 16 de diciembre de 1950 por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Régimen local, de 17 de julio de 1945 del siguiente modo:

Art. 355. “*Asesoramiento de las Corporaciones locales tiene por misión conseguir el perfecto cumplimiento de los fines de la respectiva competencia, para lo cual el servicio tenderá a unificar los criterios de aplicación de las disposiciones legales referentes a la organización administrativa y a los modos de gestión*”.

Art. 356. “*La inspección de las entidades locales tiene por objeto comprobar si cumplen debidamente los fines que les están encomendados, a cuyo efecto podrá exigírseles el envío periódico de datos y estadísticas y se les girarán visitas relacionadas con el desenvolvimiento de sus actividades administrativas y económicas*”.

¹⁰¹⁷ BASE 68. Inspección y asesoramiento de los organismos locales: “*Dependiente del Ministerio de la Gobernación se constituirá un Servicio de Inspección y Asesoramiento de las corporaciones locales*”.

El Decreto de 24 de Junio de 1955 que aprobaba el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de los años 1945 y 1953 se atrevía en su artículo 354 a detallar entre sus funciones: *“Asesorar a las Corporaciones locales; inspeccionar su funcionamiento; tramitar e informar previamente los expedientes relacionados con la vida económica de las Corporaciones locales en que, por precepto legal, deban intervenir el Ministerio de la Gobernación, los Gobernadores civiles y delegados de Hacienda; dirigir la contabilidad de las Corporaciones Locales y disponer los modelos de presupuestos, libros, cuentas y demás documentos de índole económica o administrativa; fiscalizar la gestión económica local; y cuantas otras funciones le estén atribuidas por disposiciones legales o se le encomienden en lo sucesivo”*.

El servicio quedaba constituido por:

- Una Jefatura superior que corresponde al Director General de Administración local
- Una Jefatura Central, Jefaturas provinciales bajo la superior autoridad del Gobierno Civil, dependientes del servicio central y que radicarán en cada capital de provincia. Integrado por funcionario designado mediante concurso por la Dirección General de Administración local con algunas de estas condiciones:
 - a) Pertenencia a los Cuerpos Nacionales de Secretarios o Interventores de Fondos de la Administración local, Licenciados en Derecho o en Ciencias Políticas o Económicas o Profesor Mercantil, con más de 10 años de servicio en la Administración local o Central.
 - b) Pertenencia al Cuerpo Técnico o Administrativo del Ministerio de la Gobernación y Diplomado en el Instituto de Estudios de la Administración local.
- Las Comisiones de Cuentas, presididas en cada provincia por el Gobernador Civil, que aprobarán las cuentas de los presupuestos de los Ayuntamientos.

Llama la atención la importancia que se les daba a los Jefes de estas Secciones provinciales, que se homologan a Secretarios de primera categoría y exigiéndoles un servicio en la profesión de más de 10 años. Así en el art 88 del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de Funcionarios de Administración local, aclaran como pertenencia al segundo grupo: *“Secretarios e Interventores de los Ayuntamientos de Madrid, Barcelona, Bilbao, San*

Sebastián, Sevilla y Valencia; Secretarios e Interventores de las respectivas Diputaciones y Jefes de las Secciones de Administración local de las correspondientes Provincias”.

Este servicio, tras el constitucionalismo, primero pasa a depender directamente de los Gobiernos Civiles desligándose del poder central, y posteriormente se adscribe a las administraciones territoriales¹⁰¹⁸. El último coletazo de este servicio vino dado por la DF IV LBRL donde se derogan expresamente los artículos 354 a 360 ambos inclusive de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 sobre el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las CCLL y habilita el gobierno para que en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley regule las peculiaridades del régimen orgánico y funcional del personal anteriormente adscrito al servicio que se regirá por la legislación de funcionarios civiles del Estado¹⁰¹⁹.

Como cometido directo de los antiguos Cuerpos Nacionales, el punto tercero de esta disposición deja la vía libre al Gobierno Civil de entonces a que los puestos de las antiguas secciones provinciales puedan ser ocupados por funcionarios locales o Cuerpos Nacionales, siendo actualmente el único puesto de trabajo de las RPT de la Subdelegaciones del Gobierno abierto a cuerpos de Administración local¹⁰²⁰.

5. LOS CONTROLES EXTERNOS POR ÓRGANOS INDEPENDIENTES. EL TARC Y EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA.

Pese a la paulatina eliminación de controles administrativos, pretendemos tratar de vislumbrar en esta tesis que el Estado desconfió de los medios de los que disponen los

¹⁰¹⁸ Real Decreto 136/1982, de 1 de febrero, sobre creación de las Direcciones Provinciales de Administración Territorial en los Gobiernos Civiles.

¹⁰¹⁹ Traducido a la postre en la casi total desintegración del control, provisionando el puesto con un funcionario de la AGE como mero enlace entre el Gobierno y las EELL.

¹⁰²⁰ “Para el debido cumplimiento de las funciones que le competen a la Administración del Estado, en relación con las entidades locales, el gobierno podrá adscribir a sus servicios funcionarios de las corporaciones locales”.

municipios más pequeños para el cumplimiento del Derecho administrativo en según qué materias, por lo que ha venido articulando otra serie de estrategias “*ratione materiae*”¹⁰²¹”.

Si en materia de personal la tecnificación de los procedimientos y la eliminación de potestades administrativas al personal corporativo han definido el camino, a nivel de estructura administrativa, pasamos a defender que se ha optado por la vía del recurso o reclamación administrativa ante órganos externos e independientes.

En primer lugar, la ley 34/2010 de 5 de agosto modifica la ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público añadiendo el libro VI donde en los arts. 310 a 320 regula el “*régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflicto*”. Sin embargo, este libro más allá de regular un procedimiento de revisión, pretende la creación de órganos administrativos independientes¹⁰²² a los que se les encomendará estos cometidos. Según se señala en el propio preámbulo¹⁰²³ de la Ley, la modificación tiene como objetivo primordial hacer efectivas las resoluciones que se dicten en los recursos que se interpongan, y que estas resoluciones sean adoptadas por órganos independientes de quien resolvió o tramitó el procedimiento objeto de recurso, trasladando de este modo a nuestro ordenamiento las directivas comunitarias.

¹⁰²¹ Sobre el mando único en el Estado de Alarma y la actividad de los alcaldes en materia de Policía. M. E. RODRÍGUEZ BARDAL, F. AGUADO BARRIALES (junio de 2020), “La proliferación de los bandos en el estado de Alarma”, *elconsultor.laley.es*, <https://elconsultor.laley.es/Content/DocumentoRevEC.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbENcTYAARNjcwMztbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQUtbLUosy0Spf85JDKglTbkqLSVLXUpPz8bBR9AAfFomdIAAAWKE>.

¹⁰²² Para las CCAA, el artículo 311 en su apartado 2 señala que serán ellas mismas las que regulen estos órganos especiales para resolver dichos recursos administrativos. Estos órganos pueden ser unipersonales o colegiados, debiendo ostentar las personas que lo integren, las cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen el adecuado conocimiento de la materia. Asimismo, se señalan algunas prevenciones para garantizar la independencia de esta instancia. Así la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

¹⁰²³ Preámbulo: “*Ambas Leyes contienen ya normas reguladoras de los recursos o reclamaciones, según los casos, que pueden interponerse contra los actos de adjudicación o contra los actos del procedimiento administrativo que les sirve de base. E incluso ambas prevén el plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares. Quedan, sin embargo, por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo*”.

El Consejo de Estado cuando dictaminó este proyecto, abogaba por la revisión a través de órganos judiciales. Sin embargo y apartándose de esta recomendación, el nuevo artículo 311 de la Ley de Contratos configura unos órganos que pretende que estén especializados y que sean independientes con naturaleza administrativa para conocer de estos recursos especiales de revisión en materia de contratación.

En segundo término, el advenimiento de la transparencia¹⁰²⁴ como mecanismo facilitador del control que aborda el suministro de información y la obligación de publicación de normas y disposiciones, también instala un órgano de control independiente. El Estado, haciendo uso de los títulos competenciales 149.1.1.^a, 149.1.13.^a y 149.1.18.^a de la DF VIII¹⁰²⁵ a través del Título III de la LTBG crea y regula el Consejo de Transparencia y buen Gobierno como órgano independiente en el control de las obligaciones de transparencia con la principal función del *“control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de buen gobierno”*.

Este hecho es verdaderamente una novedad en la asentada descentralización. La norma, independientemente de la Administración destinataria, crea un órgano con la función principal de la garantía del cumplimiento del derecho (arts. 34 y 38) inaugurándose por lo tanto un órgano de supervisión y control para garantizar la correcta aplicación de la ley. Independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones que vendrá garantizado asimismo por el respaldo parlamentario con el que deberá contar el nombramiento de su presidente.

¹⁰²⁴ La transparencia, dice CHEVALIER, puede ser un medio de apertura menos directo e inmediato que la participación, pero sin duda más profundo y durable. Citado por C. CAMPOS ACUÑA (2017), *Transparencia y acceso a la información en las corporaciones locales*, Madrid: El Consultor de Los Ayuntamientos. *“La doctrina ya ha puesto de relieve la confusión que genera el término, señalando que este no tiene una definición clara ni concisa, sino que se trata de un concepto más bien impreciso, ambiguo, de un vocablo de «anchas espaldas» cuyo significado es más enigmático que conocido, de una «palabra mágica» que dispone de flexibilidad polisémica para adaptarse a múltiples contextos. Nos encontramos, en esencia, ante un vocablo que se ha pesto de moda, que ha adquirido un marcado carácter de «concepto-comodín» y que actualmente puede ser referenciado en disciplinas distintas, invocarse en variopintas situaciones”*. R. ANDREU LLOVET (2020), *El acceso a la información pública en España: Del idealismo al realismo jurídico*, Tesis doctoral, Dir. A. NIETO GARCÍA, A. EZQUERRA HUERVA, p. 22. E. GUIDOT (2016), *“Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”*, en: J. M. GIMENO FELIÚ, M. VILLORIA MENDIETA, J. C. TEJEDOR BIELSA, *La corrupción en España*, Barcelona: Atelier, p. 157 y ss.

¹⁰²⁵ *“La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 1.ª, 149.1. 13.ª y 149.1. 18.ª de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y 2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el título III y la disposición adicional segunda”*.

No obstante, para dejar a salvo las competencias autonómicas y evitando una posible injerencia, se prevé que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno¹⁰²⁶ sólo tendrá competencias en aquellas Comunidades Autónomas con las que haya firmado convenio al efecto, quedando en otro caso en manos del órgano autonómico que haya sido designado, las competencias que a nivel estatal asume el Consejo. Así y como principal medio de control de este órgano independiente se crea una reclamación potestativa y alternativa a los recursos administrativos en el ámbito local, de la que conocerá el CTGB, y que sustituye al ámbito local.

Tras lo expuesto, cada CCAA ha procedido a la creación de su propio organismo independiente¹⁰²⁷ generalmente asociado al homólogo Defensor del Pueblo en cada autonomía con la regulación de la oportuna reclamación de la que conocerá este nuevo organismo¹⁰²⁸. Para muestra el ejemplo que dispone la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León¹⁰²⁹ donde en su art. 11 crea

¹⁰²⁶ R. ANDREU LLOVET (2020), *El acceso a la información pública...*, *op.cit.*

¹⁰²⁷ Andalucía. Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Islas Baleares. Ley 14/2014, de 29 de diciembre, de finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Región de Murcia. Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. La Rioja. Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja. Galicia. Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. Extremadura. Ley 18/2015, de 23 de diciembre, de cuentas abiertas para la Administración Pública Extremeña. Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 5/2016, de 28 de abril, de modificación de la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto. Cataluña. Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Aragón. Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón. Melilla. Reglamento de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Ciudad Autónoma de Melilla. Principado de Asturias. Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. Canarias. Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública. Castilla La Mancha. Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. País Vasco. Proyecto de Ley de Transparencia, Participación Ciudadana y Buen Gobierno del Sector público vasco, Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (Título VI. Gobierno abierto. Transparencia, datos abiertos y participación ciudadana). Cantabria. Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública. Comunidad de Madrid. Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid. Comunidad Valenciana. Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, en materia de transparencia y de regulación del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ceuta. Inexistente. Convenio Ciudad Autónoma de Ceuta y Consejo de Transparencia.

¹⁰²⁸ M. ARENILLA SÁEZ (2016), *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid: INAP. E. RAJEVIC MOSLER (2018), “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno español: un custodio desarmado”, en: L. PAREJO ALFONSO, M. VAQUER CABALLERÍA, A. M. MORENO MOLINA, A. DESCALZO GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, capítulo 2, p. 1441-1470.

¹⁰²⁹ Art. 13 b) “Velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa de los sujetos relacionados”. En el artículo 2 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de las corporaciones de Derecho público

el Comisionado de Transparencia de Castilla y León con la finalidad de “*velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública*”. Regulando en el art. 8 la reclamación de Transparencia en claro reenvío al art. 24 de la LTBG.

Habida cuenta de los antecedentes expuestos, lo cierto es que tanto la actual LCSP como la normativa en materia de transparencia, permite a los interesados recurrir directamente ante órganos independientes de las CCAA o del Estado actos y acuerdos locales soslayando en su caso a la reclamación al ente local. Estos actos son inmediatamente ejecutivos y ponen fin a la vía administrativa por lo que siguiendo el criterio de que sólo el Poder judicial controla la legalidad¹⁰³⁰, el órgano competente para resolver debe ostentar idéntica competencia para los recursos incluso en el ejercicio de competencias delegadas. Por lo que siguiendo este criterio y respetando el enjuiciamiento realizado de la autonomía local por parte del TC, parecería más acertado que fueran los Plenos municipales quienes establecieran sus correspondientes normas para crear estos órganos, con respeto a la independencia en el ejercicio de su función por parte de las personas que los integren y asegurando su competencia profesional.

Esta serie de órganos parecen a mi juicio vulnerar ciertos aspectos de la autonomía local¹⁰³¹ al recordar la situación acaecida con los recursos de la Administración local ante los

cuyo ámbito de actuación se circunscriba exclusivamente a todo o parte del territorio de la Comunidad Autónoma, de las Entidades Locales de Castilla y León y de su sector público y de las asociaciones constituidas por las referidas entidades y organismos.

¹⁰³⁰ Con esta fórmula el legislador estatal no solo nos ha dejado a expensas de la mayor o menor sensibilidad que cada comunidad tenga con la Autonomía local, sino que ha dado una idea peligrosa en caso de no establecer normativa para regular este asunto para los Ayuntamientos. En tal caso, los recursos que se les presenten los resolverán los órganos o tribunales que disponga la propia comunidad para sí misma. Al día de la fecha, en tanto las comunidades no regulen esta materia, los recursos que se presenten, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición, los resuelven los mismos órganos que lo venían haciendo.

¹⁰³¹ El recurso contractual introducido por Ley 34/2010: hacia el infinito y más allá. JOSE RAMON CHAVES cita ya como inconveniente de estos tribunales: “*Que la Ley siguiendo la técnica postconstitucional del menú cerrado en el Estado y «a la carta» para las Comunidades Autónomas, provocará distintos sistemas de garantías en este ámbito, máxime cuando las Comunidades podrán residenciar sus recursos ante el Tribunal Estatal, y ahorrarse alzar Tribunales propios (lo que supone una «humillación» de su autonomía por un plato de lentejas), o bien diseñar el régimen de recursos de los entes locales de su ámbito. Así, cabe que la Comunidad Autónoma por sus «normas» establezca que sea el Tribunal Central estatal el que revise los contratos locales, de igual modo que es posible que tales normas expresamente (o sencillamente por «silencio normativo») comporten que el mismo Tribunal Autonómico de Contratos sea el que controle la actividad contractual de los entes locales. Lo que supondrá que los gobernantes locales de color político distinto de los gobernantes autonómicos tendrán en «libertad vigilada» a los Tribunales de éstos que pueden revisar sus decisiones contractuales*”. J. R. CHAVES GARCÍA (16 de octubre de 2010), “Del recurso contractual introducido por Ley 34/2010: hacia el infinito

tribunales económicos administrativos¹⁰³² si nos amparamos en jurisprudencia que consideramos extrapolable. La LBRL suprime la vía económico-administrativa respecto de los actos administrativos dictados por las CCLL, que debían ser impugnados en vía de recurso de reposición previo al Contencioso-Administrativo (artículo 108 de la LBRL y artículo 14 de la Ley 39/1988, en la redacción dada a la misma por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre). Sin embargo, la STS de 25 de marzo de 2003 razona que la incompetencia de los tribunales económico-administrativos para conocer de reclamaciones relativas a los tributos locales deriva del principio de autonomía de la Administración local respecto a la AGE, principio que ha erradicado la persistencia (inconstitucional) de cualquier vestigio de tutela, fiscalización o control por órganos de la Administración del Estado como son los tribunales económico-administrativos¹⁰³³.

REBOLLO PUIG, en el estudio de estos órganos, analiza si la creación de los mismos con objeto de la reclamación de recursos podría tener cabida en el art. 112.2 de la LPACAP, salvándose así la autonomía local. Sin embargo, el último párrafo del precepto desarma la tesis, ya que estos recursos habrán de ser resueltos por el órgano competente de la entidad local, sin posibilidad de alterar el orden competencial¹⁰³⁴: *“La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”*.

y más allá”, *Delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2010/08/16/del-recurso-contractual-introducido-por-ley-342010-hacia-el-infinito-y-mas-alla/>

¹⁰³² Hoy en día sólo previstos para los municipios que han creado el órgano al efecto de conformidad con el título X de la LBRL.

¹⁰³³ *“Estos órganos no ejercen potestades de tutela, sino que, aunque no judiciales, ejercen una función jurisdiccional que se proyecta también sobre los actos de su propia administración que pudiera salvar del varapalo de la inconstitucionalidad. Pero precisamente si se admite su constitucionalidad se abre una de esas válvulas de escape de las que hablamos y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas exploren esta vía en diversos sectores. Acaso, si la competencia para resolver se atribuye a autoridades administrativas independientes se refuerce este cauce en la línea de lo marcado por la doctrina europea, pero de manera favorable a la Autonomía local”*. P. GALINDO MORELL (2009), “La reclamación económico-administrativa en el ámbito local”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 20, p. 52-62.

¹⁰³⁴ M. PULIDO QUECEDO (2010), *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: y la modificación de la legislación de contratos públicos y de la jurisdicción contencioso-administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Navarra: Aranzadi.

6. CONCLUSIONES.

Las EELL y sus medios coercitivos.

Con arreglo a lo expuesto, la idea de que los intereses municipales no contraríen los intereses generales no parece ser el único objeto con el que nace la tutela administrativa. Las EELL vienen consideradas desde su creación en el marco de la autonomía como sujetos de derecho difícilmente capaces de someter sus decisiones al cumplimiento de la Ley sin una ayuda exterior. Desde el inicio de la descentralización ha existido en la conciencia del legislador y el pensador esta “*pata coja*” de las EELL para el cumplimiento del derecho¹⁰³⁵.

En primer lugar, existe una pequeña paradoja que no hace sino reforzar nuestra tesis. Tenemos de manera manifiestamente clara la dificultad del municipio mediano y pequeño para hacer cumplir todo lo que le impone el legislador sectorial. Es por ello que también en lo referente a la inspección, preveían diversas leyes sectoriales una presunta “*sustitución*” o “*subrogación*” de competencias con costosa dificultad constitucional para llevarse a cabo¹⁰³⁶. Sin embargo, la nueva teoría de la “*mayoría de edad*” de las EELL, donde éstas ejercen sus funciones con plena responsabilidad¹⁰³⁷, sólo deja hueco al control de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

¹⁰³⁵ Teoría de la minoría de edad de las EELL, tutela, centralismo hoy día con mejor tino debemos citar la responsabilidad a tenor literal del art. 4 de la CEAL.

¹⁰³⁶ Art. 24 LSCM. “*En los supuestos de inactividad de los Ayuntamientos competentes, una vez requeridos para que actúen y transcurrido el plazo de un mes, la Consejería competente en materia de medio ambiente ejercerá las competencias que le correspondan en los supuestos de inactividad de las entidades locales*”. Obsérvese que es un artículo imposible de materializar dado que habla que la consejería ejercerá “*las competencias que le correspondan*”, en un claro trampantojo de decir “*en ningún caso las exclusivas municipales puesto que sé que el constitucional no me lo permite*”.

¹⁰³⁷ “*El principio de responsabilidad del art. 3 de la CEAL, no significa que la CEAL excluya cualquier control sobre el ejercicio de las competencias locales, sino que serán conformes al concepto amplio de la Autonomía local solo aquellos controles que estén establecidos por la ley. En nuestro ordenamiento jurídico la regulación de los controles sobre las EELL corresponde al legislador en el diseño del modelo local. Tal como tiene declarado la jurisprudencia constitucional, la regulación básica relativa controles sobre las EELL (60 a 66 LBRL) agota la materia, es decir, no deja margen de desarrollo a la legislación autonómica (STC 154/2015, 9 de julio FJ 6 y 7). Para el TC la regulación a través de normas básicas de los controles sobre las EELL constituye una garantía de la Autonomía local. En la citada sentencia el tribunal declara inconstitucionales arts. de la ley de ordenación urbana de Andalucía que introdujo controles de sustitución de la EELL reduciendo el plazo de un mes a quince días y cambiando el criterio de la normativa básica estatal*”. Arts. 3.1, 4, 7 y 8 de la CEAL. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo sancionador...*, op.cit., p. 40.

Recordemos además del preámbulo de la ley 47/1978 de 7 de octubre, el preámbulo de la Ley 3/1981 de 16 de enero. *“Con este propósito, el presente Real Decreto-ley introduce diversas modificaciones en la vigente legislación del Régimen Local, con el fin de dotar de mayor autonomía, agilidad y eficacia”*.

A mi juicio han errado en este flamante plus de *“libertad”* al que han querido dotar a las EELL asiéndolas justamente a lo contrario y quedando estos entes inermes ante el cumplimiento normativo y vulnerando así su autonomía.

Considero ciertamente que se eliminaron más controles administrativos que los estrictamente contrarios al ordenamiento jurídico y necesarios para dar encaje a la autonomía local constitucionalmente garantizada en la tradicional política de extremos de nuestro Estado. Afirmo que la justificación referida por el Preámbulo de la LOFAGE para la eliminación de la figura del Gobernador Civil y así los controles subsidiarios que venía prestando a modo de ejemplo con las circulares de pozos, no responde propiamente a un principio de autonomía local ni al principio de responsabilidad de las CCLL sino más bien a intereses partidistas. No proponemos eliminar ni subrogar a la AGE o a las CCAA sino la posibilidad de ejercer un control simultáneo con el poder de policía local.

En la misma dirección el preámbulo de la LBRL atestigua que la actual condición de las EELL *“impide la atribución a alguno de ellos de facultades de control que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que supongan una limitación de la capacidad de éstos...”*. Pero ¿es realmente cierto esto?, ¿ha cambiado realmente la concepción de las EELL como entes descentralizados al amparo de una autoridad superior que es el Estado? ¿La atribución a órganos externos de potestades inspectoras y sancionadoras realmente *“limita la capacidad de las entidades locales”* o es realmente la única vía de salvaguardar la imparcialidad tal y como demuestra la reciente creación de órganos externos en materia contractual y de transparencia? Hasta qué punto un control subsidiario del Estado ante la ineficacia del apartado policial en las pequeñas CCLL va a suponer una merma en su capacidad o una vulneración al principio de responsabilidad y no más bien una correcta y completa aplicación del principio de autonomía completando así sus notorias carencias.

Pretendo demostrar que se trata de un problema estructural de base que va remendándose a través de parches en función de las políticas públicas del momento y que demuestra la oriunda ineficiencia de los poderes preventivos y represivos locales¹⁰³⁸.

La Administración local de nuestro tipo es sin duda la pequeña de la familia, y para dotarla de esa autonomía necesitamos asistirle mediante controles externos que puedan cumplir esa misión autónoma que proclama la CE. Su autonomía es diferente y su estructura también, es por ello que necesita un sistema de asistencia externa para el verdadero cumplimiento del Derecho administrativo¹⁰³⁹. Es curiosa la paradoja, pero nuestra experiencia profesional muestra que alcaldes y corporativos esperan un control administrativo externo realmente mayor del que actualmente se ejerce, siendo habituales frases como *“mientras no me lo diga una autoridad superior yo esto lo hago así”*. Los corporativos locales del pequeño municipio no son conscientes de que realmente son plenamente libres para el ejercicio de sus decisiones, y prácticamente sólo el Poder Judicial actúa de freno en el ejercicio del derecho. Sin embargo, ese control directo respecto de los actos y acuerdos locales que otrora hiciera el Estado ha desaparecido no comprendiendo el legislador que a la mayoría de los alcaldes de pequeños municipios les supone un verdadero aprieto sancionar y establecer medidas represivas por ellos mismos o por la propia corporación¹⁰⁴⁰.

El vacío del control por parte de las Autonomías.

Un antes y un después en la historia de la autonomía local fue la desaparición del Gobierno Civil y con ello la pérdida del control estatal sobre buena parte del cumplimiento del derecho local. Para esta planta departamental un control externo entendemos que no debiera suponer una pérdida de libertad, sino una garantía ad extra del aparato represivo, pues para los municipios de menos de 1000¹⁰⁴¹ habitantes se

¹⁰³⁸ Contexto histórico: Albores del fin de un modelo autoritario donde cualquier ejercicio de control se asemejaba a una pérdida de democracia y participación.

¹⁰³⁹ Idea del control como un vértice más en el concepto de autonomía desarrollado en el próximo Capítulo.

¹⁰⁴⁰ Parece un control obsoleto marcando como único camino la cooperación y preservando preceptos que a buen seguro configuran actuaciones inconstitucionales o contrarias a los intereses estatales. Observamos como a la postre todo redundaba en un tema competencial y no jerárquico, no siendo otras las razones de su impugnación.

¹⁰⁴¹ Instrucción de 1983 del Gobierno Civil de León mencionada *“ut supra”*.

“presupone que el ejercicio de la potestad sancionadora sería tan escaso que carecería de la debida ejemplaridad”.

Es de admirar como en los primeros años de la democracia el que pasará a denominarse control de legalidad opera de manera subsidiaria a los medios represivos locales, (sustitución, subrogación) ante la insuficiencia de éstos en los municipios de menor población¹⁰⁴². Pues bien, este Decreto que parece encajar ya en el concepto de autonomía local, configuraba al Gobernador como un control fehaciente de la legalidad no como una instancia superior salvaguardando la autonomía, pero sí como una supervisión material del Estado que es lo que venimos echando en falta por la *“pasividad del control de legalidad”*¹⁰⁴³.

El elenco de materias que regula el art. 25 de la LBRL se nutre en más de un 90% por la legislación sectorial autonómica¹⁰⁴⁴. El espíritu del legislador parece que no fue propiamente una eliminación de los controles hacia las EELL con la desaparición del Gobierno Civil sino una sustitución o adaptación, trasladando a la autonomía gran parte de la labor. La idea de relegar el control de legalidad en las autonomías; (lo cual tiene inicialmente todo el sentido jurídico habida cuenta que la mayoría de competencias que

¹⁰⁴² *“Y como, muy frecuentemente, el sin número de leyes sirve de disculpa a los vicios, siendo un Estado mucho mejor gobernado cuando hay pocas, pero muy estrictamente cumplidas”.* R. DESCARTES (2011), *Discurso del método*, trad. R. FRONDIZI, Madrid: Alianza.

¹⁰⁴³ Idea mencionada por Virginia Losa en su tesis. V. LOSA MUÑIZ (2014), *El régimen jurídico de las entidades locales menores en castilla y león*, tesis doctoral, Dir. M. FUERTES LÓPEZ, Universidad de León. Respecto a la frustración del Habilitado Nacional ante la pasividad del resto de administraciones territoriales: M. LOZANO CRESPO (2004), *Presente y Futuro de los funcionarios...*, *op.cit.* *“En esta situación el rendimiento en el trabajo desciende rápidamente y el riesgo a errores aumenta. Toma conciencia de que resistir es otro error, porque sabe que está solo. Comienza por acuñar esperanzas de que algún organismo supramunicipal le ampare e intervenga. Hace constar en las actas de las sesiones plenarias la situación transcribiendo sus informes y la consiguiente reacción política. Incluso acompañará algún escrito adjunto a los borradores al enviarlos a la CCAA y a la Subdelegación esperando ingenuamente que se actúe en cumplimiento de lo establecido en los arts. 63 a 67 de la LBRL pero esto es fácil que no ocurra poniendo de excusa a la autonomía municipal., acudiendo nuevamente al sobrecargado Poder judicial”.*

¹⁰⁴⁴ Vemos que, si bien la competencia sancionadora se ha atribuido de manera difusa al órgano en concreto, respecto a la administración concreta, se ha delegado generalmente de manera expresa y para el sector en concreto. Esto es, dentro de una misma materia o competencia de cada uno de los sectores, puede haber administraciones distintas con poderes sancionadores (Medio Ambiente). Y cuando no se ha hecho de manera tasada a modo de cláusula de capacitación general, el constitucional ha dictado en su STC 87/1985, de 16 de julio que las CCAA pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencias sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador. (25 CE) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio. STC 15/1989, de 26 de enero *“El alcance de la potestad sancionadora de la administración estatal prevista en el Reglamento cederá a favor de las administraciones de las CCAA que hubiera asumido la competencia sancionadora de la materia”.*

pueden invadir los municipios son autonómicas), queda frustrado. Las CCAA no asumen ese papel garante que les deja como testigo el Estado, sino que barren para sus propios intereses, quedando una supervisión o control de legalidad sin realizar y sin haberse servido íntegramente de su presencia pese a la habilitación expresa de los artículos de la LBRL¹⁰⁴⁵.

La actual concepción del control de legalidad.

Ese inicial concepto de tutela¹⁰⁴⁶ se va abandonando y sustituyendo tras la reforma de 1982 por un control administrativo y de legalidad dotado de pocos mecanismos y de una amplia pasividad que parece hemos visto con distinto redimensionamiento a través de las nuevas políticas del control del gasto público. Una somera revisión de los actos y acuerdos de las EELL no es suficiente ni eficaz para el subsidiario control de legalidad que necesitan las Corporaciones Locales menores¹⁰⁴⁷.

En la última época, la revisión de las administraciones territoriales ha devenido hacia el control económico¹⁰⁴⁸ que ejerce la AGE y las Autonomías sobre las EELL. También la administración electrónica ha servido de control a través de la normalización electrónica de todos los modelos de procedimientos e instancias a través de la legislación básica con algún contratiempo del Tribunal Constitucional¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ No queremos decir que no exista el control de legalidad por parte de las CCAA, sino que no se ha sabido adaptar al vacío del control de legalidad por parte del Gobernador Civil.

¹⁰⁴⁶ Previo a la existencia del concepto de autonomía, la tutela no deja de ser ejemplo de los inicios del Corregidor Real, la transposición del Prefecto francés y la subsiguiente desaparición de este “sistema” con la Ley 40/1981 de 28 de octubre, al caer la estructura del Gobierno Civil.

¹⁰⁴⁷ V. LOSA MUÑIZ (2014), *El régimen jurídico de las entidades...*, op.cit.

¹⁰⁴⁸ Diferenciamos el control económico (todo el aparataje de la LOEPSF cuyo génesis remonta a la modificación del art. 135 de la CE) del control jurídico únicamente reservado a los arts. 65 y ss. LBRL pese a tener el primero también un carácter jurídico. Sobre la concepción del derecho financiero como Derecho administrativo y que todo es jurídico. Vid. J. MARTÍN QUERALT, C. LOZANO SERRANO (2020), *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid: TECNOS.

¹⁰⁴⁹ En la LRJSP (arts. 139 y ss.) se definen claramente y por primera vez esos términos que quedarán en el platónico mundo de las ideas si no los materializamos con algún instrumento de colaboración. En esta tutela superior cabe mencionar con un carácter más débil el art. 19 del Decreto 225/2006, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Este precepto a nuestro criterio inconstitucional por la jurisprudencia seguida, prevé la ampliación de información para supuestos no contemplados en la LBRL y la creación de convenios al efecto. “Artículo 19. Cooperación y colaboración con las corporaciones locales”.

El actual aparato del “*control de legalidad*” únicamente se traduce en verificar que se cumplen con las competencias exclusivas del Estado sin tener en cuenta al legislador sectorial ni aquellos aspectos que el ente local deja de cumplir. Este control a tenor de lo mencionado, no cumple los objetivos que desarrolla el constitucional, pues afirma que no puede ser puntual y únicamente es legítimo para defender los intereses superiores del Estado. Sin embargo, observamos que únicamente se realiza a través de “*campañas*” dependiendo de las políticas concretas que le preocupen al Estado en el momento: (A modo de ejemplo podemos citar; la devolución paga extra, el cumplimiento de la jornada 37h y media, retribuciones de los corporativos, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, cumplimiento tasa de reposición) que sino arbitrario se infiere del mismo un claro carácter de “*oportunidad*”.

Pese a que el Estado sigue sin fiarse de los medios de cumplimiento del derecho¹⁰⁵⁰, no hace diferencias entre pequeños y grandes municipios. Pocos corporativos verían lesionados los intereses municipales si en el caso de que existiera una infracción urbanística, medioambiental o social, tras la comunicación del edil o equipo de Gobierno a una administración superior arrancara un aparato administrativo eficaz que supusiera la guardia del interés general y cumplimiento de la normativa en los Ayuntamientos. Es de igual importancia relatar que los municipios que no superan los 1.000 habitantes son meros gestores de servicios públicos pidiendo a gritos la existencia de un inspector o control imparcial que en todo caso debe venir del ámbito externo.

¹⁰⁵⁰ El Estado nunca se ha fiado realmente de los medios de cumplimiento del Derecho administrativo de las EELL. Ya F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República*, op.cit., p. 119 y citando a ROYO VILLANOVA: “*Para que el Gobierno les entregue los servicios públicos de la Administración central, hace falta que tenga de aquellas corporaciones un concepto y que les inspiren una confianza que han estado siempre muy lejos de las más solemnes y autorizadas declaraciones ministeriales. Porque debe saberse que en España los funcionarios públicos no temen al Estado ni al Gobierno, a quien temen es a la Administración local*”.

La solución monopolizada en el Poder Judicial.

La tendencia no ha sido otra que suprimir (expresa o tácitamente) cualquier control externo subsidiario a las EELL sin prever otro segundo plan que el control judicial de la JCCA¹⁰⁵¹ olvidando su carácter temporal y posterior¹⁰⁵².

Pero en este caso no íbamos a hacer excepción de la polarización que suele caracterizar a nuestro legislador. De la tutela y control franquista se pasó a una plena libertad del alcalde para articular cualquier medio represivo y preventivo, olvidando que esto en los pequeños municipios pudiera devenir en un caciquismo y autoritarismo contrario al espíritu de la joven democracia.

La LBRL apuesta por los controles más cercanos como los más eficaces¹⁰⁵³ obviando que esta administración más democrática pudiera convertirse en la más absolutista. SOSA WAGNER¹⁰⁵⁴ ya explicó que el diseño de la LBRL en cuanto a los controles administrativos estuvo inspirado en el derecho alemán, pero de ésta declaró su carácter mucho más dúctil y flexible que para la primera: *“Resulta, en su diseño, infinitamente más benigno en España que en Alemania Federal y en nuestra realidad es, en estos momentos, prácticamente inexistente mientras que en Alemania Federal pesan mucho, para la inmensa mayoría de los municipios, las autorizaciones de vigilancia...”*.

Autonomía, a mi juicio, ha querido mostrarse en su carácter peyorativo al que ha trasladado la utopía de que las EELL son plenamente libres y no necesitan de ningún mecanismo de cumplimiento del derecho por parte de las antiguas AAPP *“mayores de*

¹⁰⁵¹ El control de las AAPP lo ejerce, en principio el orden contencioso. Sin embargo existen otras jurisdicciones a las que exigir responsabilidad tales como la jurisdicción contable civil o penal. R. RIVERO ORTEGA (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Madrid: IUSTEL.

¹⁰⁵² Se critica que ese sistema judicial es selectivo y esporádico o por muestreo (no concreto sobre todos los actos o sobre algún género importante como ordenanzas, presupuestos...); y que es *“ex post”* (normalmente, incluso posterior a la ejecutividad y real ejecución del acto impugnado; incluso la ejecución puede haberse producido antes de que la Administración estatal o autonómica conozca el acto local).

¹⁰⁵³ Disposición adicional décima. Policías locales. *“En el marco de lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”*.

¹⁰⁵⁴ F. SOSA WAGNER (1989), “La Autonomía local”, *REALA*, núm. 240, p. 1.663-1.634. En efecto, el mismo autor ofrece en la parte anterior de ese mismo estudio el panorama de los medios de control administrativo que conoce Alemania y resulta obvio que son infinitamente más amplios e intensos que los de la LBRL.

edad”, puesto que entre la cooperación y el Poder judicial se extenderán todas las técnicas represivas eficaces, lo cual consideramos una entelequia fácilmente de demostrar.

Como ya adelantara NIETO en su momento: *“La impecable corrección constitucional del nuevo régimen legal no obsta a la presencia de algunas desventajas, que posiblemente vayan surgiendo en el futuro, como puede ser: el congestionamiento burocrático producido por la documentación informativa (que en lo que se refiere a los órganos periféricos de la AGE ha de ser particularmente grave, en razón a su débil estructura funcional) y el correlativo congestionamiento de los Tribunales Contencioso-Administrativos (puesto que ya no opera el antiguo filtro de la tutela administrativa)”*¹⁰⁵⁵.

Inactividad y Autonomía local.

He insistido en varias ocasiones que lo que más me preocupa no es el control a las EELL sino los medios de los que disponen las mismas para el cumplimiento de la ley. Por tanto, analizamos si pudiera existir un control supletorio o subsidiario de las EELL ante la insuficiencia de medios y técnicas cuya respuesta adelantamos que se torna desfavorable.

El único mecanismo de este tipo que prevé la legislación básica es la sustitución y tal y como hemos visto las CCAA han decidido suplantarlos por una *“colaboración”* por miedo a la vulneración de la autonomía¹⁰⁵⁶. En estas materias concurren en ocasiones atribuciones autonómicas y locales por eso la simultaneidad competencial entre CCAA y EELL hace que adquiera especial relevancia el principio de colaboración y cooperación¹⁰⁵⁷. Cabe hacernos la pregunta de si están concebidos los controles supramunicipales para la inacción local, esto es si la subrogación ante la inactividad que encontramos en la legislación sectorial, tiene cobertura en la autonomía local y si es posible transformar la pasividad municipal de los precedentes artículos en una verdadera

¹⁰⁵⁵ A. NIETO GARCÍA (1988), *Impugnación jurisdiccional...*, *op.cit.*, p. 9.

¹⁰⁵⁶ La CCAA no actúa en subrogación competencial, y la Diputación Provincial ejerce un papel de ente colaborador, luego ¿hasta qué punto sería posible ejercer la subrogación ante la pasividad como mera inactividad? La evolución más que de la tutela al control de legalidad, parece describirse como del control de legalidad a la colaboración insuficiente.

¹⁰⁵⁷ Las normas autonómicas incorporan mandatos que impulsan la colaboración mediante convenios o asistencia que luego rara vez llegan a materializarse. (Arts. 57 y ss. LBRL).

definición de inactividad material judicial. En resumidas cuentas, si en ese incumplimiento del art. 67 de la LRBRL caben las obligaciones por omisión¹⁰⁵⁸.

Control como vulneración a la autonomía local.

Pese a la insuficiencia en la técnica represora local, los controles externos declarados compatibles con la autonomía local y los que han conseguido cumplir objetivos (los que intentamos demostrar que son eficaces) han solido mostrarse como una vulneración de una autonomía local o con un centralismo no propio de nuestro modelo de vertebración territorial. De otra parte, el exceso de la actividad sancionadora o mandatos de ejecución en los municipios, como un excesivo aparato represivo que conmina los derechos del individuo.

Luego, ¿es el Derecho administrativo menos importante que el resto de ordenamientos jurídicos?, o mejor dicho ¿es el Derecho administrativo local de menor importancia al Derecho administrativo del resto de administraciones territoriales para ser dotado de un verdadero aparato represivo? O ahondando más en la respuesta; ¿es menos relevante el cumplimiento del derecho. administrativo dependiendo de la población, estructura o localización del municipio?

La tutela y el control normativo son compatibles con la autonomía local (fíjese con la normativa presupuestaria cuantas veces aparece el término de tutela¹⁰⁵⁹ para el control de las cuentas o supervisión y no exactamente iguales que lo dispuesto en la LRBRL) y sin embargo la propia autonomía local se ha convertido en una piedra en el zapato de los pequeños municipios. A tenor de lo atestiguado por REBOLLO PUIG¹⁰⁶⁰: *“Concepción hipertrofiada de la autonomía local, entendida como ámbito de actuación absoluta y radicalmente exento de toda intervención ajena, apoyado en su fundamentación en la consideración de las competencias locales como ámbito propio y diferenciado de actuación que excluye y repele la participación de la manera que sea de otras AAPP*

¹⁰⁵⁸ Vid. IX.

¹⁰⁵⁹ El órgano que ejerce la tutela financiera en la CCAA de CYL es la JCYL. Art. 54 Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Artículo 54. Tutela financiera de los entes locales. *“Corresponde a la Comunidad de Castilla y León velar por los intereses financieros de los entes locales de su territorio y ejercer la tutela financiera sobre ellos, respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 a 142 de la Constitución”*.

¹⁰⁶⁰ M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local y tutela...*, op.cit., p. 309.

Desde esta perspectiva cualquier forma de control de la AGE, es considerada una limitación de la libertad e injerencia en su terreno”.

Autonomías y Diputaciones¹⁰⁶¹ provinciales.

Las competencias de colaboración y cooperación se limitan a la actuación de las Diputaciones Provinciales por mandato “*ope legis*” del art. 36 de la LBRL. Ello se antoja insuficiente, pues no existen propiamente actuaciones materiales y hemos visto como se ha trasladado la subrogación por la cooperación y colaboración que únicamente consisten en la asistencia técnica al informe inicial en el mejor de los casos¹⁰⁶².

Además, existen una serie de controles y supervisión que la propia normativa de bases le atribuye a las CCAA que carece de visualización en el Régimen local. (Recuérdese las

¹⁰⁶¹ Sobre el papel de las Diputaciones DE LA QUADRA SALCEDO arenga la preferencia de las Diputaciones frente a comarcas o CCAA puesto que el criterio para discriminar entre las posibles opciones es político: “*Facilitar la democracia en pequeños municipios. La preeminencia de la democracia frente a la tecnocracia del coste estándar o el coste efectivo, enlaza con el argumento mantenido en este trabajo en torno a la efectividad del principio de subsidiariedad. La falta de capacidad de gestión debe ser un motivo para pensar en términos políticos, competencias propias y no solo motivos económicos de ahorro de costes para la provisión de servicios*”. T. DE LA QUADRA SALCEDO (2016), “El debate sobre las Diputaciones en un escenario de reforma constitucional del título VIII”, *Documentación Administrativa de Nueva Época*, núm. 3, p. 18-36. ZAFRA VÍCTOR plantea las Diputaciones como gobierno intermedio, a través de soluciones políticas a nuestros ojos hartos complicados de materializar en todas aquellas ocasiones en las que las cortinas del Ayuntamiento se tiñan de un color partidista distinto al de la Diputación. M. ZAFRA VÍCTOR (2020), *La Autonomía local en una constitución reformada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 248-249.

¹⁰⁶² Sobre este asunto ZAFRA VÍCTOR refiriéndose al papel de las Diputaciones dentro de las intermunicipalidades y no de las relaciones interadministrativas al encajar ambas entidades en la categoría de las EELL afirma en la página 233 que “*el sentido de la intermunicipalidad es dotar de capacidad de gestión a los municipios para que el principio de subsidiariedad no haga saltar sus competencias a la CCAA. La manera de cumplir ese fin es mediante la titularidad y ejercicio de competencias de asistencias (...)*”. M. ZAFRA VÍCTOR (2020), *La Autonomía local...*, op.cit., p. 233. “*La asistencia intermunicipal consiste en proporcionar la capacidad de gestión que el municipio necesita para el ejercicio de las competencias de titularidad propia fundamentalmente la asistencia se concreta en personal cualificado que pequeños municipios no pueden sostener en solitario; este personal cualificado cumple el objetivo de generar economías de escala para la viabilidad económica de las competencias y servicios municipales. La prestación de servicios no desdibuja el ejercicio de competencias. La asistencia intermunicipal gana carta de naturaleza si contribuye a la democracia mediante la efectividad del principio de subsidiariedad*”. “*(...) La autonomía provincial tiene un carácter instrumental y sus competencias son funcionales no se proyectan sobre materias sino sobre las competencias municipales. El autor propone una propuesta de regulación constitucional de estas relaciones de «intermunicipalidad» a través de una ley de mayoría reforzada. La interacción intermunicipal-municipios debe superar la sumariada de las bases estatales que señalan el derecho de los municipios a participar en la elaboración del plan provincial de cooperación de obras y servicios. Detallar con precisión la posición de ambas EELL requiere el diseño de un procedimiento que conceda relevancia jurídica a las prioridades municipales y atribuya la decisión final a la instancia intermunicipal...*”. M. ZAFRA VÍCTOR (2020), *La Autonomía local...*, op.cit., p. 246.

autorizaciones en materia de enajenación de bienes que, en Castilla y León están delegadas en las Diputaciones). Son las famosas “*competencias delegadas*”¹⁰⁶³”.

Es por ello que en CYL mediante el Decreto 256/1990 de 13 de diciembre por el que se delega el ejercicio de determinadas funciones de titularidad de la CCAA en las Diputaciones Provinciales, se traspa al ente provincial¹⁰⁶⁴ las facultades de control y tutela sobre los bienes demaniales, patrimoniales, así como escudos heráldicos¹⁰⁶⁵. Argumentando que: “*Si es la Diputación Provincial la Institución encargada de prestar la función de asesoramiento y fe legal en aquellos municipios que no pueden sufragar los costes de los funcionarios de Habilitación Nacional, es lógico que disponga la misma de facultades para impulsar y aprobar la constitución de agrupaciones para sostenimiento de este personal e iguales razones pueden esgrimirse para justificar la delegación de funciones de control sobre utilización de los bienes de las Entidades Locales, tanto patrimoniales como comunales o la aprobación de los Escudos Heráldicos*”.

¹⁰⁶³ “d) *Da soporte a los Ayuntamientos para la tramitación de procedimientos administrativos y realización de actividades materiales y de gestión, asumiéndolas cuando aquéllos se las encomienden*”.

¹⁰⁶⁴ A través del Servicio de Asistencia a Municipios. “*Ordenanza reguladora del desarrollo de las funciones delegadas por la junta de castilla y león en la diputación provincial de león por el Decreto 256/1990, de 13 de diciembre*”.

¹⁰⁶⁵ Sobre los expedientes de disposición de bienes patrimoniales de las corporaciones locales desarrolladas en el Real Decreto. Disposición de bienes patrimoniales de las corporaciones locales. Autorización expedientes de enajenación y dación de cuenta de expedientes de enajenación. “*Autorización para venta directa o permuta al colindante en expedientes de enajenación de parcelas no utilizables y sobrantes de vía pública cuando su valor exceda del 25 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto anual de la corporación. (Artículo 79.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril). 5. La autorización para la adjudicación directa del derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales y otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación cuando fuese legalmente necesario. (Artículo 172.1 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana). 1 recibir la dación de cuenta de las cesiones gratuitas de bienes inmuebles patrimoniales de las Entidades Locales. (Artículo 109.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). 1.7. Recibir copia para su archivo de los Inventarios de Bienes de las Entidades Locales. (Artículos 31 y 32 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). 1.8. Recibir comunicación de la iniciación de los expedientes de investigación de bienes instruidos por las corporaciones locales. (Artículo 49.2 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). 2.- Administración y aprovechamiento de bienes de las corporaciones locales. 2.1. La aprobación de expedientes de desafectación de bienes comunales de las corporaciones locales. (Artículo 78 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y artículo 100 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio). 2.2. La aprobación de los expedientes de inclusión de bienes comunales en concentración parcelaria. (Real Decreto 3532/81, de 29 de diciembre, en relación con la Orden de 20 de julio de 1956). 2.3 La autorización de las adjudicaciones en pública subasta del disfrute y aprovechamiento de bienes comunales mediante precio. (Artículo 75 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril)”.*

Sobre los funcionarios que ejercen el control de legalidad.

Las órdenes tienen que ir jerárquicamente de cúspide a vértice, sino existe competencia, al menos debe haber coordinación. No puede ser que los funcionarios con más formación y con más obligaciones y responsabilidades sean en numerosas ocasiones los funcionarios pertenecientes a la Administración local, obviando la AGE y las CCAA sus funciones cooperadoras y coordinadoras que remiten muchas veces a la ya mencionada fórmula indirecta de “*es tu competencia y tú tienes autonomía, organízate como puedas*”¹⁰⁶⁶”.

Observemos qué decía POSADA HERRERA¹⁰⁶⁷ sobre la prioridad y los puestos de trabajo de funcionarios dependiendo del ámbito territorial contemporizando con la necesaria formación y control respecto a la Administración local de los puestos del resto de administraciones territoriales: “*Hay que instaurar pues, un principio de orden con el apacible objetivo de que los contendientes no se degüellen más que lo estrictamente indispensable y para ello es preciso que los puestos en el gobierno de la capital de la monarquía o en las cortes sean para los más capaces, mientras que quienes ostentan más limitadas capacidades habrán de contentarse con los de servicio a la provincia o al municipio. Se consigue así alimentar todas las ambiciones y al mismo tiempo «neutralizarlas»*”.

¹⁰⁶⁶ Para muestra la aséptica nota de la IGAE sobre la aplicación del remanente de tesorería fechada a 12 de diciembre de 2019 y carente de rúbrica: “*El remanente de tesorería generado en el ejercicio inmediato anterior no constituye un recurso en términos de contabilidad nacional en el ejercicio presente. Por consiguiente, el mayor gasto que en su caso se produzca, como consecuencia de la mayor dotación de crédito como consecuencia de modificaciones presupuestarias financiadas con remanente de tesorería del ejercicio anterior, afectará negativamente a la capacidad/necesidad de financiación de la entidad local. Así mismo, también incrementará el gasto computable a los efectos de la regla de gasto, salvo que se trate de categorías de gasto exceptuadas de las previstas en la normativa vigente. En este sentido cabe señalar que la financiación de la modificación presupuestaria con el remanente de tesorería, no encaja en el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 12.4 de la LOEPSF*”. Hoy suspendidas por el acuerdo del Consejo de Ministros en su sesión de 6 de octubre de 2020 apreciando el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta la situación de emergencia extraordinaria que motiva la suspensión de las reglas fiscales, requisito que establece el artículo 11.3 de la LOEPSF.

¹⁰⁶⁷ J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit.

VIII. LA AUTONOMÍA COMO LÍMITE AL CONTROL ADMINISTRATIVO.

1. LA DESCENDENCIA DEL DERECHO FRANCÉS: EL POUVOIR MUNICIPAL Y LOS ASUNTOS LOCALES.

Mientras la constituyente de la Revolución francesa da palos de ciego en lo que al municipalismo refiere, es a partir de la Constitución de 1791¹⁰⁶⁸ cuando comienza la primera línea centralista que se caracteriza por el sometimiento jacobino de la Administración local. La Ley de 28 de Pluvioso de 1800¹⁰⁶⁹ consagra los modelos estructurales que llegarán casi intactos a la actualidad de la Administración local, y la joven idea de la elección democrática de los miembros de las Corporaciones Locales se va a ir difuminando con la estructura jerárquica de la dependencia del Estado a través de la rama Ministro-Prefecto-Subprefecto-Alcalde¹⁰⁷⁰.

La situación cambia con la Constitución de 1830 siendo una de las claves de la descentralización político-administrativa en lo que a la Administración local se refiere el tema de los “*asuntos locales*”¹⁰⁷¹. Determinados asuntos interesan a la colectividad nacional como conjunto, otros en cambio tan sólo interesan a las distintas fracciones o partes que la componen y por este hecho deben ser administrados por ellas. Sin embargo, a pesar de existir o reservar unos asuntos locales, el Prefecto o Subprefecto pueden anular esos acuerdos, necesitarse la aprobación de órganos superiores, o por el contrario, relegar

¹⁰⁶⁸ Descentralización en la asamblea legislativa, convención-directorio-consulado, vuelta a la centralización tras la caída de Napoleón Bonaparte en 1814, Restauración borbónica francesa y descentralización.

¹⁰⁶⁹ Ley de 17 de febrero de 1800. C. E. RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS (1962), *La Administración local en Francia, op.cit.*, p. 21.

¹⁰⁷⁰ A. FANLO LORAS (1990), *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Madrid: Centro de estudios constitucionales. Tal y como expresa el autor en la primera parte, se marca también en esta norma una supervisión directa de las Diputaciones Provinciales que roza la subordinación. El alcalde es agente del Ayuntamiento y ejecuta sus acuerdos, pero también es agente de la administración central y juez. Esta norma establece el carácter ejecutivo de los actos de los Ayuntamientos.

¹⁰⁷¹ Desembocando esta idea en el art. 72 de la Constitución de 1958 pero detallada o modificada su definición con la descentralización de las leyes de 1982. La Ley de 2 de marzo de 1982 elimina los sistemas de tutelas con el propósito decidido de judicializar las relaciones de control de la actividad local.

a un carácter meramente consultivo la participación del municipio¹⁰⁷². La indeterminación de la esfera de los asuntos supuestamente locales va a justificar una vigorosa aplicación de las técnicas de control del Prefecto.

Con cierta perspectiva histórica, parece iniciarse el municipalismo moderno por influencia de la descentralización administrativa francesa aún con sus idas y venidas, desde la Revolución. En palabras de RIVERO¹⁰⁷³, la descentralización francesa viene por oposición al centralismo napoleónico, lo que parece extrapolable a la península respecto al centralismo de los Austrias y posterior Franquismo¹⁰⁷⁴.

La positivización estatal del “*pouvoir municipal*”¹⁰⁷⁵ viene reflejada en la Ley de 1823¹⁰⁷⁶. Esta norma marca una división entre asuntos centrales y asuntos locales. Entre los primeros cita; repartir y recaudar contribuciones, milicias, estadísticas de población y riqueza, y entre los segundos; administrar bienes, formación del presupuesto, examen de cuentas, o limpieza viaria. Integra además otra categoría de materias que siendo locales rozan los intereses generales de la sociedad, tales como, formar ordenanzas, cuidar la policía de salubridad, alineaciones urbanísticas, calles, o el sostenimiento de cargas públicas.

¹⁰⁷² Tres categorías y de estas tres categorías entendemos deviene la idea de competencias propias y atribuidas por delegación: Asuntos sometidos a aprobación superior, o sólo únicamente a tutela. Orígenes del control de legalidad (Vid. Capítulo VII) en la idea revolucionaria de comunicar al Prefecto los asuntos locales para su anulación o confirmación.

¹⁰⁷³ R. RIVERO ORTEGA (2011), “Autonomía local y competencias: Castilla y León en el escenario previo al pacto local”, *Revista De Estudios De La Administración local Y Autonómica*, p. 286-287.

¹⁰⁷⁴ Sobre el nacimiento del nuevo concepto de la Autonomía local como lucha frente a los totalitarismos del Siglo XX tras la II GM: “*En este contexto, la prevención contra dinámicas autoritarias y centralistas coloca al municipio como la institución básica que puede jugar de contrapeso al poder del Estado y como garantía de la democracia y el pluralismo...*”. Sobre la situación de la Autonomía local en medio de las dos Europas se argumenta que: “*En definitiva, con toda su crudeza, se ha puesto de manifiesto una tensión opuesta a raíz del municipalismo entre las dos Europas: la Europa de la democracia y de la autonomía, de las libertades civiles, esto es, la Europa del Consejo de Europa, frente a la Europa de los mercados y de las libertades económicas, esto es, la Europa de la Unión*”. M. VILALTA I REIXACH, T. FONT I LLOVET (2020), *La carta europea de autonomía...*, *op.cit.*, p. 20 y 37.

¹⁰⁷⁵ “*La primera raíz del concepto —y ya adelante que la principal— la constituyó la idea de *pouvoir municipal* alumbrada por la Asamblea Constituyente en los primeros momentos de la Revolución francesa. Como es sabido, la Asamblea, recogiendo la tradición fisiocrática, y en especial las formulaciones de TURGOT, consagra el concepto en el conocido artículo 49 del Decreto de 14 de diciembre de 1789 (...)*”. J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (1998), “El debate sobre la autonomía municipal”, *RAP*, núm. 147, p. 59-96.

¹⁰⁷⁶ Decreto Ley de 3 de febrero de 1823 para el Gobierno Económico-Político de las Provincias. Arts. 1 a 3.

Por el contrario, parece claro qué intereses desbordarían el ámbito municipal como las garantías y derechos individuales, la justicia y leyes criminales o la defensa del país¹⁰⁷⁷. Estos intereses locales parece definirlos POSADA en sus lecciones como “*aquellas atribuciones que corresponden a las corporaciones populares que llamamos Ayuntamientos para arreglar sus intereses particulares y para darse ciertas reglas en aquellos puntos que sólo a ellos interesan*”.

2. LA GARANTÍA INSTITUCIONAL ALEMANA.

Entre los vectores que configuran el concepto de autonomía local reflejado en la Carta Magna está el término germánico de la garantía institucional. La regulación constitucional de la autonomía local española¹⁰⁷⁸ bebe además de la francesa, de las fuentes alemana e italiana.

La doctrina atribuye a CARL SCHMITT la acuñación de este término en su obra Derechos de Libertad y Garantías Institucionales en la Constitución del Reich (1931)¹⁰⁷⁹. Así en concreto en el apartado IV del Capítulo 14 de su Teoría de la Constitución distinguiéndolo de los derechos fundamentales relata que “*...Mediante la regulación constitucional, puede garantizarse una especial protección a ciertas instituciones. La regulación constitucional tiene entonces la finalidad de hacer imposible una supresión*

¹⁰⁷⁷ POSADA en sus lecciones concebía unos intereses locales claros en la defensa de los intereses comunes de esa población, tales como la administración de propiedades, seguridad, limpieza de fuentes, fiestas y en definitiva todo lo que se refiere a la comodidad y tranquilidad a que la pequeña sociedad tiene un derecho incontestable natural del municipio. Aboga por una defensa del municipio únicamente en su vertiente administrativa privándole del poder político. En lo restante dice POSADA: “*El Ayuntamiento no es más que una división administrativa enlazada con todas las demás que tiene hechas el poder central dentro de la nación y también el representante de los intereses de la localidad. Es necesario dejar al poder municipal que obre libremente dentro de su esfera, aunque ha de existir siempre una autoridad superior que sepa poner a raya a la municipalidad en los excesos o faltas que cometa en el ejercicio de sus atribuciones*”. J. POSADA HERRERA (1996), *Lecciones de administración del Sr. D. José Posada Herrera*, Universidad de Oviedo, p. 139.

¹⁰⁷⁸ Escueta regulación en comparación con la CE 1812 concebida como origen de la moderna regulación del régimen local. Sobre la Administración local italiana: J. TORNOS MÁS (1987), “La reforma de la Administración local en Italia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 112, p. 359-380. E. CARBONELL PORRAS, L. COSCULLUELA MONTANER, L. VANDELLI (2019), *La reforma del Gobierno local en España e Italia*, Italia: Editoriale Scientifica.

¹⁰⁷⁹ En efecto, parece ser CARL SCHMITT el creador de la teoría de las garantías institucionales, tal y como afirma en su obra Derechos de Libertad y Garantías Institucionales en la Constitución del Reich. “*Yo concebí la idea de garantía institucional en mi Teoría de la Constitución (1928)*”. C. SCHMITT (2006), *Teoría de la constitución*, op.cit.

en vía legislativa. La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y sea admisible una cierta universalidad del círculo de actuación". Es en estas dos obras donde expone con mayor amplitud su doctrina de las garantías institucionales como una técnica constitucional limitadora del poder legislativo¹⁰⁸⁰.

En todo caso, debemos ir adelantando que la teoría de las garantías institucionales está inserta en la compleja Teoría de la Constitución Schmittiana apoyándose en el reflejo positivo de los arts. 184 y 127 de la Constitución de Fráncfort de 1849 (autonomía como derecho fundamental de los municipios). Siendo el precepto insigne de la garantía institucional el de la autonomía municipal consagrada por el art. 127 de la Constitución de Weimar de 1919¹⁰⁸¹.

La teoría de las garantías institucionales tuvo una gran aceptación¹⁰⁸² doctrinal desde su formulación y de ahí su recepción por el Tribunal Constitucional Federal alemán y de sus Estados federados tras la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Curiosamente, el ámbito de la autonomía local es aquél en el que mayor trascendencia y aplicación ha tenido la doctrina de las garantías institucionales recogiendo la Ley Fundamental de Bonn el testigo del artículo 127 de la Constitución Weimariana en su art. 28.2¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ C. SCHMITT (2006), *Teoría de la constitución*, España: Alianza. M. JARAMILLO FERNÁNDEZ (2016), "Comprendiendo la garantía institucional de la Autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del art. 135 de la constitución española", *Revista digital CEMCI*, núm. 29.

¹⁰⁸¹ Art. 127. "Los Municipios y las circunscripciones intermedias tienen derecho a administrarse autónomamente dentro de los límites marcados".

¹⁰⁸² Posteriormente nos referiremos a la aceptación por parte del TC español a través de la STC 32/1981, de 28 de julio.

¹⁰⁸³ Art. 28.2. Ley República Federal alemana. "Debe garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto a la Federación y los Lander con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica".

3. CENTRALIZACIÓN VS. DESCENTRALIZACIÓN Y AUTONOMÍA. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

La idea de autonomía local sólo estuvo plasmada en Constitución de 1931¹⁰⁸⁴ donde en su artículo 8.º decía que “*el Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía*” y el art. 9º que indicaba que “*todos los municipios de la República serán autónomos en las materias de su competencia y elegirán sus Ayuntamientos por sufragio universal, igual, directo y secreto, salvo cuando funcionen en régimen de concejo abierto*”.

En nuestra Carta Magna son cuatro¹⁰⁸⁵ los principales preceptos que marcan el régimen de la autonomía local en su triple vertiente y con estricto cierre en el artículo segundo, resultante de la batalla nacionalista¹⁰⁸⁶ y de la autonomía frente a la soberanía.

¹⁰⁸⁴ Nos referimos a su reflejo constitucional, por cuanto encontramos sus orígenes ya en el Estatuto Municipal de 1924 donde ya se protegía al municipio de las injerencias estatales en el art. 290 al establecer que: “*Las corporaciones municipales que estimen atentatoria al régimen de autonomía municipal alguna disposición del Gobierno o de las Autoridades subordinadas o delegadas, aunque se hayan dictado en el ejercicio de facultades discrecionales y no lesionen derechos concretos de la que reclame, podrán interponer recurso de abuso de poder por los trámites del Contencioso-administrativo, en única instancia, ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo pidiendo su nulidad*”.

¹⁰⁸⁵ Artículos 137, 140, 141 y 142. “*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”.

¹⁰⁸⁶ STC 4/1981, de 2 de febrero sobre la distribución vertical del poder. “*Pues bien, la Constitución (arts. 1 y 2) parte de la unidad de la Nación española que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce así en una organización -el Estado- para todo el territorio nacional. Pero los órganos generales del Estado no ejercen la totalidad del poder público, porque la Constitución prevé, con arreglo a una distribución vertical de poderes, la participación en el ejercicio del poder de entidades territoriales de distinto rango, tal como se expresa en el art. 137 de la Constitución al decir que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Ante todo, resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución. De aquí que el art. 137 de la Constitución delimite el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la «gestión de sus respectivos intereses», lo que exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo. De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma. Sobre el concepto de Nación también la STC 31/2010, de 28 de junio argumenta: “De la nación puede, en efecto, hablarse como una realidad cultural, histórica, lingüística, sociológica y hasta religiosa. Pero la nación que aquí importa es*

Sin embargo, la poco mencionada CEAL (Estrasburgo 1985 ratificada por España en 1988 publicada y en vigor a partir de 1989), es la única fuente de derecho local¹⁰⁸⁷ estatal que se atreve a definir la autonomía¹⁰⁸⁸ como “*el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*”.

El desarrollo de este término programático realizado por el TC pasa por distintas fases como veremos a lo largo del trabajo. Desde las primeras definiciones intentando delimitar su ámbito con la STC 4/1981, de 2 de febrero y 32/1981, de 28 de julio de la garantía institucional de la autonomía local, o la STC 84/1982, de 23 de diciembre en la que se señaló el carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales; a la STC 27/1987, de 27 de febrero¹⁰⁸⁹, STC 213/1988, de 11 de noviembre¹⁰⁹⁰ y la STC 214/1989, de 21 de diciembre acerca de los controles administrativos.

única y exclusivamente la nación en sentido jurídico-constitucional. Y en ese específico sentido la Constitución no conoce otra que la Nación española, con cuya mención arranca su preámbulo, en la que la Constitución se fundamenta (art. 2 CE) y con la que se cualifica expresamente la soberanía que, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (art. 1.2), se ha manifestado como voluntad constituyente en los preceptos positivos de la Constitución Española”.

¹⁰⁸⁷ J. R. PARADA VÁZQUEZ (2008), *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Barcelona: Marcial Pons.

¹⁰⁸⁸ Impulsa sus artículos con este ilustrativo prefacio: “*Conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la Autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder; afirmando que esto supone la existencia de Entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión*”.

¹⁰⁸⁹ “*Dado que a través de la garantía constitucional de la Autonomía local se configura un modelo de Estado (STC 32/1981, de 28 de julio fundamento jurídico 5.º), corresponde a los órganos centrales de éste la fijación de principios o criterios básicos en esta materia, de aplicación en todo el territorio estatal, y así se deduce de lo dispuesto en el art. 149.1.18ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Ahora bien, debe igualmente recordarse que «la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario*”.

¹⁰⁹⁰ STC 213/1988, de 11 de noviembre: “*Pero hay que tener en cuenta que con estas declaraciones el Tribunal Constitucional no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la Autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la Autonomía local y estableciese con carácter general la desaparición incluso de esos controles, como hace la Ley de 1985. Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía de suspensión de acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las corporaciones locales en todo el*

A partir de los años 90 consta otro periodo donde el TC estableció los criterios de interpretación del principio de suficiencia financiera de recursos distinguiéndolo de la autonomía financiera: STC 96/1990, de 24 de mayo, 171/1996, de 30 de octubre o 109/1998, de 21 de mayo. Y en última instancia ha blandido la espada contra la reforma local operada por la LRSAL, cabiendo ahora preguntarnos, qué nos queda de la misma: STC 41/2016, de 3 de marzo, 111/2016, de 9 de junio, 51/2017, de 10 de mayo, 168/2016, de 6 de octubre y 180/2016, de 20 de octubre.

Por lo que refiere al concepto, la autonomía local de la CE¹⁰⁹¹ parece refundir varias tesis. Es evidente que en el art. 140 CE se garantiza institucionalmente la autonomía de los municipios en la figura del Ayuntamiento¹⁰⁹². Pero parece superar la garantía institucional, por cuanto el legislador en el art. 137 garantiza una autonomía “*para la gestión de sus respectivos intereses*”¹⁰⁹³. Dicho lo cual el constitucional y algunos autores se han inclinado por una configuración de la “*garantía constitucional*”¹⁰⁹⁴ de la autonomía local un poco más amplia que la simple garantía institucional.

GARCIA MORILLO¹⁰⁹⁵ distingue entre el contenido esencial y el contenido mínimo de la autonomía local. El primero, que asegura la existencia de la institución y actúa por tanto como límite negativo al legislador, se identifica por el autor con la garantía institucional de la autonomía local.

territorio nacional, sea cual sea la Comunidad Autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos”.

¹⁰⁹¹ F. SOSA WAGNER (1991), “Del Poder judicial, organización territorial del Estado”, en: S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1991), *Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, Vol. 4, p. 3185-3226.

¹⁰⁹² STC 32/1981, de 28 de julio: “*El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*”.

¹⁰⁹³ He aquí la reminiscencia del derecho francés respecto de los asuntos locales emergidos a partir del poder local o “*pouvoir municipal*”.

¹⁰⁹⁴ Referencia a la garantía constitucional en la STC 4/1981, de 2 de febrero anteriormente mencionada.

¹⁰⁹⁵ J. GARCÍA MORILLO (1998), *La configuración constitucional de la Autonomía local*, Barcelona: Marcial Pons, p. 32-36.

Sin embargo, el contenido mínimo es añadido al contenido esencial por la garantía constitucional en la autonomía local. El concepto de contenido esencial es compartido para las instituciones garantizadas por la CE y los derechos fundamentales, en el sentido de que asegura la existencia de la institución, del núcleo del derecho fundamental que resulta indisponible para el legislador. Pero, además, la CE garantiza la autonomía de los EELL lo que añade un plus a su configuración en el sentido que les asegura la existencia funcional para la gestión de una parte importante de los asuntos públicos. En otras palabras, tiene por objeto asegurar que la institución garantizada pueda cumplir los objetivos constitucionalmente asignados.

Esta idea, no obstante, ha sido criticada por otros tantos al incluir que nada aporta de novedad la afamada garantía constitucional sobre la garantía institucional. La tesis de la garantía constitucional de la autonomía local como un plus añadido a la garantía institucional actuando esta última únicamente en sentido negativo como límite al legislador garantizando la pervivencia de las EELL reconocidas por la CE, fue rechazada por PAREJO ALFONSO¹⁰⁹⁶. Para este autor la garantía constitucional de la autonomía local no añade nada al concepto de garantía institucional, ya que la defensa que ésta proporciona no se circunscribe al núcleo esencial, sino que la autonomía local como concepto jurídico indeterminado *“tiene un núcleo o zona de certeza positiva y su correlato también (zona de certeza negativa), pero presenta entre ambos un halo (zona de incertidumbre)”*. Incluso en la zona de incertidumbre es operativa la defensa de la garantía institucional, ya que toda medida legislativa que afecte a la zona de incertidumbre precisa para ser legítima superar el control de necesidad, no de arbitrariedad y de proporcionalidad.

Esta tesis además parece ser superada por EVA NIETO¹⁰⁹⁷ al sostener que el principio de autonomía local reconocido por los arts. 137,140 y 141 de la CE, incluye la garantía institucional de la autonomía local, pero no agota ésta su contenido. La garantía institucional de la autonomía local, no contiene un mandato de optimización¹⁰⁹⁸ de la

¹⁰⁹⁶ L. PAREJO ALFONSO (1986), “La Autonomía local”, *REALA*, núm. 229, p. 9-64.

¹⁰⁹⁷ E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional...*, *op.cit.*

¹⁰⁹⁸ Como ejemplos de estos mandatos de optimización con reflejo en la CE: *“Las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes (...)”*. *“La constitución española garantiza la autonomía de los municipios, ellos gozarán de personalidad jurídica plena (...)”* o estableciendo al finalizar el art. 137 que *“los municipios deberán disponer de la autonomía suficiente para la gestión de sus respectivos intereses”*. Art. 9.2 CE. *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la*

autonomía local a todos los poderes públicos, sino que se trata de una garantía que protege la institución. Como garantía objetiva, protege a los EELL constitucionalmente reconocidos frente a la acción de los legisladores estatales y autonómicos¹⁰⁹⁹.

4. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU MATERIALIZACIÓN EN LOS TRADICIONALES TRES PILARES.

A través de varios hitos se ha tratado de instrumentalizar la autonomía local escueta y constitucionalmente garantizada. A lo largo del trabajo nos referiremos a la descentralización, la tutela y los controles administrativos. Para lo que el ámbito local se refiere, se ha usado a menudo el término “*tres pilares*” para definir de manera positiva e intentar rellenar así el vacío constitucional formando parte de estos tres cimientos las siguientes sintaxis que bajo estas líneas pretendemos actualizar:

- La elección democrática de los miembros de las Corporaciones Locales y la auto organización.
- El haz de competencias de cada entidad local.
- La suficiencia financiera o recursos de las Administraciones locales.

4.1. PARTICIPACIÓN Y PUBLICIDAD ACTIVA COMO MODALIDAD DEL PILAR DE LA ELECCIÓN DEMOCRÁTICA.

Uno de los principales pilares bajo la potestad de auto organización y autogobierno y unido al concepto jurisprudencial de la representatividad, es el principio de elección

igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. Tesis del mandato de optimización progresiva de la Autonomía local. “*El contenido de la Autonomía local constitucionalmente garantizada es dual, por un lado, se garantiza a cada entidad local reconocida constitucionalmente un mínimo de autonomía directamente invocable ante la JCA o ante el TC a través de la formulación del conflicto en defensa de la Autonomía local. Por otro lado, los arts. 137, 140 y 141 de la CE contienen asimismo el principio de Autonomía local como mandato dirigido a los poderes públicos para que cada uno, en su ámbito de poder propio, desarrolle, favorezca o promueva al máximo la Autonomía local que tendrá por límite otros bienes, principios o valores constitucionales*”. F. VELASCO CABALLERO (2009), *Derecho local. Sistema...op.cit.*, p. 34-35.

¹⁰⁹⁹ Pues bien, trataremos de concluir al final del del Capítulo que esta optimización no es posible sino a través de estrechos mecanismos de colaboración, cooperación y puesta de medios que suelen interpretarse como mecanismos políticos y no como ramificación de los medios administrativos en favor de la Autonomía local.

democrática de los miembros de las Corporaciones Locales. Tanto la CE como la LBRL son bien expresivas al respecto con la subsiguiente reserva del Concejo Abierto. (140 de la CE y 19 de la LBRL respectivamente).

Del mismo modo la CEAL revela el sufragio “*libre, secreto, igual, directo y universal*” de los miembros de las Corporaciones Locales en el art. 3.2. Régimen, por el contrario, no aplicable a los Diputados provinciales que conforme al Título V de la LOREG son elegidos entre los partidos y agrupaciones que hubieran obtenido algún concejal dentro del partido judicial, y para el que España suscribió la oportuna reserva¹¹⁰⁰.

Tanto el TC como el TS han legitimado este principio de elección democrática en numerosas sentencias¹¹⁰¹. En recientes pronunciamientos ha querido reforzar este contrafuerte a través de la teoría de la representatividad y de la democracia directa e indirecta que ya consagra el art. 23 de la CE.

En la STC 103/2013, de 25 de abril FJ 6º, la citada representatividad llevó al constitucional a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 126.2 de la LBRL que

¹¹⁰⁰ La CEAL se ajusta al texto constitucional; no obstante, España ha formulado reserva respecto del artículo 3.2: “*En la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma*”, quedando de este modo salvaguardado el tradicional régimen de elección indirecta de los miembros electivos de las Diputaciones provinciales de régimen común y complementariamente, no tener que disponer obligatoriamente la elección directa en las EELL de carácter no necesario. Gracias a lo cual no fue necesario hacer uso del procedimiento previsto en el art. 78 de la LOTC ni se llegó a plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna respecto del acto legislativo de autorización (27.2c LOTC). “*El Reino de España declara que la Carta Europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución. No obstante, el Reino de España únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma*”. Sobre la eficacia jurídica de la misma se indica que “*Resulta por ahora muy limitada en la función de proteger dicha autonomía frente al legislador nacional, ya sea estatal o autonómico, tanto por su propia naturaleza y posición en el sistema de fuentes como por los insuficientes mecanismos procesales para proteger específicamente la Autonomía local*”. Añade también que el seguimiento se realiza a través de un comité de seguimiento y un grupo de expertos independientes del CPLRE, y contraria la opinión de que el TC deba interpretar la Autonomía local constitucional a la luz de la CEAL al quedar únicamente sometido a la CE y a su Ley Orgánica. VILALTA I REIXACH, M., FONT I LLOVET, T. (2020), *La carta europea de autonomía local, op.cit.*, p. 29, 30 y 118.

¹¹⁰¹ La Autonomía local por parte del TS. El Tribunal Supremo también recogió la doctrina constitucional sobre el principio de Autonomía local. Son significativas las siguientes sentencias: STS de 11 de abril de 1981, STS de 20 de octubre de 1981, STS de 22 de octubre de 1981, STS de 21 de mayo de 1982, STS de 3 de junio de 1981, STS de 7 de noviembre de 1984, STS de 25 de octubre de 1991, STS de 9 de febrero de 1993, STS de 15 de diciembre de 1993, STS de 14 de enero de 1994, STS de 3 noviembre de 1994. En concreto su participación ha ido muy de la mano en el apoyo a los concejales en el pilar democrático (vulneración del art. 23 CE ante cualquier menoscabo en el ejercicio de sus funciones por parte del Equipo de Gobierno). En la misma línea J. J. GONZÁLEZ RIVAS (2005), “La Autonomía local en la reciente jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo”. *Cuadernos de derecho local*, núm. 9, p. 16-32.

otorgaba al alcalde la facultad de nombrar miembros de la JGL a sujetos que no fuesen concejales exclusivizándose la participación en órganos colegiados a miembros electos a medio de las siguientes líneas: *“Pues bien, si como hasta ahora hemos señalado, el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias. En efecto, si el carácter representativo de los órganos de dirección política de las islas deriva directamente de la garantía institucional de la autonomía local consagrada en el art. 137 CE, el art. 141.2 CE prevé, ya expresamente, para las provincias, que su gobierno y administración autónoma estarán encomendados a Diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. Pero, para los municipios, el art. 140 CE, va aún más allá, al atribuir el gobierno y administración a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, imponiendo la elección democrática de sus integrantes”*.

De otro lado la STC 61/2013, de 14 de marzo en su FJ 9 analiza el principio de representatividad bajo la manifestación de la publicidad de las sesiones plenarias a través de la conocida técnica de la democracia directa e indirecta. Circunscribe el análisis de la publicidad de las sesiones del ejecutivo local cuando ejerza competencias delegadas por el Pleno. El Constitucional introduce aquí dentro del pilar de la elección democrática, la propia participación del ciudadano en los asuntos públicos. Dado que los corporativos son fiel muestra de la representación indirecta de los ciudadanos, la exigencia de publicidad de las sesiones es una manifestación del principio democrático y, además también, del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos derivados del art. 23 de la CE: *“La exigencia de publicidad de la actividad desarrollada por los órganos de carácter representativo se constituye como un instrumento que posibilita el control político de los elegidos por los electores y se proyecta en relación con la publicidad de sus sesiones, la publicación de las deliberaciones y los acuerdos adoptados, y el acceso a la documentación que los sirva de soporte. Esta exigencia de publicidad es, por tanto, no solo una genérica manifestación del principio democrático*

del Estado (art. 1.1 CE), sino también una manifestación del derecho de los ciudadanos a la participación directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)¹¹⁰²”.

4.2. LAS MATERIAS DE INTERÉS LOCAL.

Se trata este punto de la vertiente más oscura, debatida y litigada de la autonomía municipal constitucional, pues en palabras de la STC 32/1981, de 28 de julio: “*No precisa la Constitución cuáles sean estos intereses ni cuál el haz mínimo de competencias que para atender a su gestión debe el legislador atribuir a la provincia, aunque sí cabe derivar de la Constitución razones que apuntan a la posibilidad de que estos intereses provinciales y las competencias que su gestión autónoma comporta han de ser inflexionados para acomodar esta pieza de nuestra estructura jurídico-política a otras entidades autonómicas de nueva creación*”.

Puenteando el art. 3 de la CEAL en el que se cita que “*las competencias básicas de las entidades locales vienen fijadas por la Constitución o por la Ley*” y en su punto 3º que “*las competencias encomendadas a las Entidades Locales, deben ser normalmente plenas completas y no pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la ley*”. Debemos explicar el régimen competencial¹¹⁰³ de las EELL partiendo de la noción jurisprudencial del “*interés local*” proveniente sino del interés municipal o “*pouvoir municipal*” francés con el que iniciábamos el epígrafe.

El régimen competencial de las EELL, aunque escurridizo, es fácilmente descriptible a lo largo de la jurisprudencia constitucional en la cual se ha encomendado al legislador la tarea de la habilitación competencial. La Sentencia del TC de 27 de febrero, encomienda ya de manera abierta al legislador esta tarea de acuerdo con los intereses propiamente locales, remitiendo al resto de administraciones territoriales un mandato de protección de

¹¹⁰² Dentro de las corporaciones locales, esta exigencia de publicidad incluyendo la de sus sesiones, es aplicable a la actividad del pleno municipal en tanto que es el órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones que incorporan fines políticos propios. Reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la Autonomía local garantizada en el art. 137 CE.

¹¹⁰³ “*La línea tradicional que se ha seguido en el desarrollo de la legislación local a lo largo de la historia jurídica ha sido la trazada para diferenciar las competencias «propias» de las «delegadas». Tal mención aparece en las Instrucciones de 1813 y 1823, y se recoge en las sucesivas leyes municipales al diferenciar los asuntos «privativos» o «propios» de aquellos delegados. En el mismo sentido, la Ley básica de régimen local que se aprueba en 1985 enunciaba que las competencias locales eran «propias o atribuidas por delegación» (art. 7)*”. M. FUERTES LOPEZ (2008), *Los Grecos y las competencias...*, op.cit.

los mismos con el único amparo de la garantía institucional recogida en el art. 140 de la CE: STC 27/1987, de 27 de febrero (FJ 2). *“La concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador, incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local, así como las fórmulas o instrumentos de relación con otras entidades públicas y el sistema de controles de legalidad constitucionalmente legítimos. En primer término, la ley debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial y sin más límite que el del reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”*.

En relación a una somera descripción de cuáles pueden ser esos intereses locales, el TC trata de facilitar la tarea arguyendo la dificultad de concretar el interés local de cada materia, y emplaza al legislador a distribuir las competencias en función de la existencia de un interés predominantemente local, sin proveernos de mayores herramientas para su delimitación. STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 2)¹¹⁰⁴. *“De acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del Municipio, de la Provincia, de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio. Al enjuiciar la conformidad de las Leyes con la Constitución habrá que determinar, por tanto, si se está ante un supuesto de competencia exclusiva- o que debía serlo de acuerdo con la Constitución- no de competencias compartidas entre diversos entes”*.

¹¹⁰⁴ FJ 2º *“Este poder «para la gestión de sus respectivos intereses» se ejerce -por lo demás- en el marco del Ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad -como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la Nación- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como entes dotados de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los entes locales (art. 148.1.2. º)”*.

En este caso lo que hace el legislador básico a medio de la LBRL¹¹⁰⁵ es señalar unas materias las cuales considera que mediante la teoría del interés predominante han de tener una participación plena local¹¹⁰⁶. Este carácter pleno hay que subordinarlo al régimen de ejecución y no extrapolarlo al carácter pleno de una competencia autonómica o estatal al carecer de potestad legislativa ciñéndolo por tanto a una participación plena en la ejecución de la materia.

Pues bien; una vez tenemos fijado por el legislador básico el interés local de ciertas materias, ha de ser el legislador sectorial estatal y autonómico el que, bajo los ojos de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹¹⁰⁷, atribuya esa competencia a las EELL.

¹¹⁰⁵ La LBRL, como norma de referencia elegida para regular ese interés local regula unas competencias propias. (Art. 7.1 en relación con el art. 25), unas competencias delegadas (art. 7.2 en relación con el art. 27) y unas competencias distintas de las propias. (Art. 7.4 antiguo art. 28).

¹¹⁰⁶ El Estado fija unas materias sobre las que el legislador sectorial dota de mayor o menor participación a los municipios en función de sus intereses. Conviene reseñar en materia urbanística lo dispuesto por la STC 240/2006, de 20 de julio FJ 10º. *“Se ha atribuido al municipio un mínimo de competencias que le permiten ser reconocido como una instancia con capacidad para decidir autónomamente sobre un asunto de su interés como el urbanismo. Con esto se respetaba el contenido esencial del principio de Autonomía local que determina que la entidad local sea reconocible por los ciudadanos como una instancia en la toma de decisiones autónoma e individualizada”*.

¹¹⁰⁷ Art. 2 de la LBRL. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece entre sus objetivos garantizar la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas. Por ello la aprobación y liquidación de los Presupuestos de las Entidades Locales deben realizarse bajo el cumplimiento de las llamadas tres reglas fiscales: La estabilidad presupuestaria, la regla del gasto y la deuda pública. Sin embargo, con el objetivo de dotar a las Entidades Locales de fuentes de recursos suficientes para hacer frente a la pandemia y siguiendo las recomendaciones de la Comisión Europea que aplicó la cláusula general de salvaguarda del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en 2020 y que prorrogará en 2021, el Consejo de Ministros en fecha 6 de octubre de 2020 aprobó la suspensión de las tres reglas fiscales. Para ello, tal como dispone el artículo 135.4 de la Constitución Española y el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, solicitó en dicho acuerdo, que el Congreso apreciara por mayoría absoluta, si España se encuentra en situación de emergencia que permita adoptar esta medida excepcional. El pasado 20 de octubre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó por mayoría absoluta el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020 por el que se solicita del Congreso de los Diputados la apreciación de que España está sufriendo una pandemia, lo que supone una situación de emergencia extraordinaria, con el fin de aplicar la previsión constitucional que permite en estos casos superar límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública. Con la apreciación adoptada por la mayoría absoluta del Congreso y con efectividad desde el mismo día en que se tomó el acuerdo, quedan suspendidos durante el ejercicio 2020 y 2021 los objetivos de estabilidad y deuda, así como la regla de gasto. De este modo, España deja en suspenso el camino de consolidación fiscal aprobada antes de la crisis sanitaria de la Covid-19. Sobre este asunto reflexiona M. FUERTES (14 de septiembre de 2020), *“La hora de la FEMP y del COSITAL tras el naufragio de un Decreto-Ley”*, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-hora-de-la-femp-y-de-cosital-tras-el-naufragio-de-un-decreto-ley/>, acerca de la posibilidad de suspender o inaplicar los límites de déficit y de deuda para las EELL habida cuenta que el art. 135 no prevé esta eximente para las municipalidades reflejando su tenor literal que *“las EELL deberán presentar equilibrio presupuestario”*.

El elenco del art. 25 es un mínimo de participación encomendado al legislador sectorial, sin perjuicio de que éste pueda atribuir otras en cuanto a las múltiples y distintas materias (territorio, sanidad, consumo, igualdad, bienestar social, educación, etc.). Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016 de 3 de marzo de 2016, cuando dice que *“las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer «en todo caso» de competencias «propias», sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas”*.

Como posible resumen, diremos que el TC ha establecido que las CCAA graduarán la participación de las competencias propias de los municipios respecto a las competencias exclusivas autonómicas en virtud de los intereses locales o supralocales atribuidos previamente de un interés predominante en la LBRL¹¹⁰⁸.

A pesar de este catálogo de competencias propias o materias fijadas por el legislador, el TS, también ha hablado de un principio de vinculación negativa a la ley pudiendo prestar aquellas competencias donde no se estuviera ejerciendo: *“Por tanto la autonomía local no está constituida por un catálogo de competencias objetivamente determinado o que pueda determinarse sobre la base de unas características invariables, sino más bien mediante la facultad de asumir sin título competencial especial, todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal que integra el municipio y que no hayan puesto en funcionamiento otras AAPP¹¹⁰⁹”*. En esta misma sentencia, el TS manifiesta que esa idea de vinculación positiva y sometimiento al principio de legalidad no es la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de las CCLL. Mantiene que es necesario abrirse paso hacia una idea de vinculación negativa, que permita a aquellas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas en toda materia que sea de su competencia si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pueda existir.

¹¹⁰⁸ E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional...*, op.cit., p. 68 y 88.

¹¹⁰⁹ STS de 26 de julio de 2006.

El cambio de paradigma en cuanto al modelo de bases estatales que introdujo la LRSAL¹¹¹⁰ y que puso de manifiesto la STC 41/2016, de 3 de marzo modificó la concepción de este pilar competencial unido al interés local. Se trata de un modelo en el que el legislador estatal básico asegura la atribución de competencias a los EELL por los legisladores sectoriales estatal y autonómico en materias que afectan a los intereses locales, pero en cuanto a las competencias atribuidas por delegación, se impone como condición que tal atribución no ponga en riesgo la hacienda local.

Las competencias propias sólo pueden ser determinadas por Ley, y el resto de competencias o eso que el tribunal denomina “*todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal*”; hoy día sólo tendrían encaje en las competencias distintas de las propias. Este tipo de materias ya no quedan previstas en la LBRL al derogarse el artículo 28, y únicamente podrán prestarse competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación si se acredita la no incursión en duplicidades y la inexistencia de riesgo en la sostenibilidad financiera de la entidad. (Art. 7.4 LBRL).

El régimen general del elenco de competencias municipales de hoy en día ha de estar plenamente sometido a la Ley en una clara vinculación positiva¹¹¹¹, tanto siendo propias como delegadas. Es por ello que el carácter subsidiario o residual que predica la CEAL para las competencias locales, ha pasado a la historia al eliminar la cláusula de

¹¹¹⁰ Se trata de la trasposición de la LOEPSF a la legislación local, la cual a su vez venía del desarrollo del art. 135 de la CE. Cuatro principios parecen constreñir la Autonomía local materializados en el preámbulo de la norma: Eliminar duplicidades, favorecer la iniciativa económica privada, control financiero y presupuestario y la garantía de los principios de eficacia y eficiencia.

¹¹¹¹ Parece así revelarse la idea de los intereses exclusivamente locales condenados por la STC 32/1981, de 28 de julio: “*Es muy cierto que, como afirma la representación del Parlamento de Cataluña, la Constitución no intenta resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales que, en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría a un extremado centralismo. Pero precisamente por ello la Autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañen, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible. La Ley impugnada al privar a los Consejos Territoriales, con los que pretende sustituir a las Diputaciones, de estas potestades básicas y limitar sus competencias sustancialmente a las de estudio y propuesta (art. 10), privándolas incluso de la facultad de aprobar su propio presupuesto (art. 11), no respeta las condiciones mínimas que permitirían considerar subsistentes la autonomía de las provincias que la Constitución garantiza*”.

capacitación general del art. 25¹¹¹², sólo pudiendo prestarse competencias distintas de las propias bajo la tutela de los dos informes.

4.3. DISPONIBILIDAD DE LOS MEDIOS SUFICIENTES PARA SATISFACER LOS “INTERESES COMUNES”.

El tercer vértice de esta triple concepción de la autonomía local lo conforma la suficiencia financiera de las CCLL garantizada constitucionalmente en el art. 142¹¹¹³.

En este sentido ya en el Siglo XIX en la obra de POSADA HERRERA (y posteriormente apuntado por SOSA WAGNER), parece imprescindible la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan disponer libremente de sus recursos sin limitaciones ni cortapisas por parte del Gobierno Central¹¹¹⁴. Esta suficiencia financiera no debe llevarnos al equívoco de concebirse como la garantía de una serie de ingresos o una segura financiación a cada entidad local con carácter homogéneo, sino más bien la dotación de medios suficientes para que éstas puedan obtener y disponer libremente de sus recursos¹¹¹⁵.

¹¹¹² CEAL. Art.4: “El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”. LRSAL. Ocho. El artículo 25 queda redactado como sigue: “1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo. La redacción original parecía ir más de la mano con ese alcance subsidiario del art. 4.2 CEAL. “2. Las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. Redacción original: Artículo 25. “El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

¹¹¹³ *Ibíd.* Art. 105 LBRL. Artículo 105. “De conformidad con la legislación prevista en el artículo 5, se dotará a las Haciendas locales de recursos suficientes para el cumplimiento de los fines de las entidades locales. 2. Las Haciendas locales se nutren, además de tributos propios y de las participaciones reconocidas en los del Estado y en los de las Comunidades Autónomas, de aquellos otros recursos que prevea la Ley”.

¹¹¹⁴ “Resulta principal que los Ayuntamientos puedan disponer libremente de sus recursos sin condicionantes del Gobierno central”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit. p. 117.

¹¹¹⁵ STC 221/1992, de 11 de diciembre. “La Constitución no garantiza a las corporaciones locales una autonomía económico-financiera en el sentido de que dispongan de medios propios -patrimoniales y tributarios- suficientes para el cumplimiento de sus funciones. Lo que dispone es que estos medios serán suficientes, pero no que hayan de ser en su totalidad propios. Así lo expresa con toda claridad el art. 142 de la Constitución, al decir que las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las corporaciones respectivas, y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de la participación en los del Estado y Comunidades Autónomas (...).” No podemos dejar de mencionar en relación a la suficiencia financiera la disruptiva Sentencia del

El TC en su STC 48/2004, de 25 de marzo realiza el distingo entre la suficiencia de ingresos y la autonomía financiera. Es una suficiencia de medios para la consecución de la autonomía constitucionalmente garantizada lo que pretende el legislador constitucional en el art. 142 toda vez que pudiera darse cierta relación de causalidad, pues una vez garantizados los medios, se posibilita la condición de alcanzar los fines (gestión de sus respectivos intereses)¹¹¹⁶.

Ahora bien, la reforma operada a través de la LRSAL impuso que las competencias atribuidas a los EELL contasen con la necesaria financiación, constituyendo la suficiencia financiera un límite a la asunción de nuevas competencias. En este sentido el Tribunal declaró constitucional que la DAIX de la LRSAL¹¹¹⁷ obligase a adaptar los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación a la norma.

Con todo esto llegamos a la atrevida conclusión que a la fecha va siendo hora de constitucionalizar lo definido por el TC como ámbito objetivo de la autonomía local. Los “medios suficientes” de los que habla la Constitución y el Constitucional pudieran ser también técnicas de control habilitadas por las autonomías y/o por el Estado al servicio de la Administración local¹¹¹⁸.

Tribunal Constitucional de fecha 26 de octubre de 2021 en la que en nota informativa previa a su publicación ya adelanta que: “La sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Ricardo Enriquez, considera que son inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, segundo párrafo, 107.2.a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (RD Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), porque establece un método objetivo de determinación de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que determina que siempre haya existido aumento en el valor de los terrenos durante el periodo de la imposición, con independencia de que haya existido ese incremento y de la cuantía real de ese incremento. El fallo declara la intangibilidad de las situaciones firmes existentes antes de la fecha de la aprobación de la sentencia”.

¹¹¹⁶ STC 48/2004, de 25 marzo. “Es, pues, el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada”.

¹¹¹⁷ STC 44/2017, de 27 de abril. “La disposición adicional novena de la Ley 27/2013 contiene una regulación puramente adjetiva, tendente a fijar un plazo o término de adaptación a la nueva Ley de los convenios vigentes a su entrada en vigor. Presupuesta, desde la perspectiva del derecho sustantivo, la constitucionalidad de los artículos 7.4, 25 y 27 LBRL, no se advierten motivos de reproche respecto de una norma cuyo único objetivo es establecer un período suficiente de adaptación de los acuerdos o convenios preexistentes, que pudieran presentar alguna forma de incompatibilidad con el nuevo régimen jurídico”.

¹¹¹⁸ Inspectores del Estado en la garantía del control como pilar de la autonomía. Conviene reflexionar hacia dónde dirigirá el legislador este pilar en la situación de crisis venidera. Parte de la crítica de los últimos años pasaba por la insuficiencia de recursos de las EELL haciéndose necesario buscar nuevas fuentes de financiación. En la actualidad, el Consejo de Ministros ha aprobado la suspensión de la regla de gasto y de la EPSF, encaminándonos a una senda donde a buen seguro los Ayuntamientos liquidarán su remanente de

5. EL LEGISLADOR BÁSICO COMO ORDENADOR DE LA AUTONOMÍA LOCAL CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA.

Resulta indiscutible afirmar que es competencia del Estado regular las bases del Régimen local ex mandato del art. 149.1.18¹¹¹⁹. Pero aún con todo, el proteico término “bases” ha venido usándose según la línea jurisprudencial vigente para desarrollar no sólo el Régimen local bajo el marco de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, sino también bajo la regulación de la garantía constitucional e institucional de la autonomía local prevista en nuestra Carta Magna¹¹²⁰.

En la STC 214/1989, de 21 diciembre se resuelven cuatro recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la LBRL e interpuestos por el Parlamento de Galicia, Junta de Galicia, Consejo Ejecutivo de la Generalidad y Parlamento de Cataluña. Por la misma, el Constitucional trata de argüir la legitimidad del Estado al desarrollar parcialmente en la LBRL el pilar objetivo de la autonomía local: *“Fijados esos criterios -que incuestionablemente se mueven en el plano de los principios generales y que, por ello mismo, no deben suscitar reparo alguno en orden a su reconocimiento como bases de la materia-, concreta algo más la LBRL al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las Entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar. Así se prevé para los municipios en los arts. 25.2 y 26, y para las provincias en el art. 36, sin que, por lo demás, tales previsiones hayan sido objeto de impugnación alguna”*.

tesorería ahora que el Estado les concede la plena autonomía tanto cuantitativa como cualitativa en el destino del gasto.

¹¹¹⁹ Si bien es cierto que existe un recurso “*ex profeso*” para la defensa de la Autonomía local, esta defensa es mayoritariamente llevada a cabo de manera indirecta a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos periódicamente por las CCAA por regulación del “*régimen local*”. Valgan estas líneas como crítica al intrincado procedimiento para interponer el conflicto de defensa de Autonomía local regulado en la LOTC.

¹¹²⁰ Distíngase leyes básicas de leyes de bases. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, XV Edición, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 48-50.

El tribunal reiteró su doctrina sobre la autonomía local y la atribución de competencias que corresponde tanto al legislador estatal como al autonómico, pero puso de manifiesto que como había declarado previamente, es al Estado al que corresponde la fijación de los principios o criterios básicos¹¹²¹ para la atribución de las competencias en las materias que determinó la LBRL, con el fin de asegurar la atribución competencial en los asuntos que afecten a sus intereses.

El pilar competencial de la autonomía local antes mencionado, presenta así un desarrollo por parte del legislador básico Estatal. Es el Estado a través de la LBRL el encargado de fijar una serie de materias en las que, por presentar un interés eminentemente local, deberá darse participación a los municipios en función de la actividad pública y la capacidad de cada administración (art.2 LBRL).

Este doble cometido de las bases nos lo recuerda la más cercana STC 41/2016, de 3 de marzo que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura contra la LRSAL en el que de manera sincrética aúna estos dos cumplidos; *“Sobre bases del régimen local, cubriría las regulaciones destinadas a concretar la autonomía constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141.1 CE) y los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales, sin que quepa equiparar «régimen local» o «régimen jurídico de las Administraciones locales» con «autonomía local» porque «los imperativos constitucionales derivados del art. 137 CE, por un lado, y del art. 149.1.18 CE, por otro, no son coextensos...»”*.

Es así como distingue por un lado el desarrollo de la regulación constitucional de la autonomía local, (art. 2 LBRL antes mencionado, arts. 25 y 26), de los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los EELL que son, en definitiva, administraciones públicas. Por su parte, la sentencia declara de nuevo que los preceptos constitucionales que garantizan la autonomía local y la competencia estatal del 149.1.18 no tienen el mismo alcance.

La que fuera Letrada del Tribunal Constitucional y hoy Catedrática de Derecho Administrativo EVA NIETO sintetiza del siguiente modo la doble acepción de las

¹¹²¹ Recientemente El TC declara la inconstitucionalidad parcial de la Ley de Contratos del Sector Público Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 18 marzo 2021 considerando como principios básicos de la norma la *“efectividad práctica los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, integridad y eficiente utilización de fondos públicos”*.

“bases” para el Régimen local¹¹²²: “Para el Tribunal, corresponde al Estado regular las bases del régimen local (149.1.18), que cumplen dos finalidades: La primera, concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de las EELL directamente regulador por la CE. (SSTC 103/2013, FJ 4, 143/2013 de 11 de julio, FJ3 Y 41/2016 de 3 de marzo FJ 3. Y la segunda, concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones Públicas STC 103/2013, de 25 de abril, FJ 4,143/2013, 11 junio, FJ3, 41/2016, 3 marzo FJ3”.

A la complicación de la primera indefinición existente, le sigue la flexibilización y mutación del concepto de bases en función de la materia. En palabras de la STC 31/2010, de 28 de junio “son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio” (STC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio¹¹²³).

Como declara el fundamento jurídico 5 e) de la STC 103/2013, de 25 de abril, la normativa básica en materia de Régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado. Las bases así configuradas pueden alcanzar una mayor intensidad cuando afectan a las relaciones de las EELL con los administrados o cuando se refieran a las potestades de autoorganización¹¹²⁴.

Toda vez la inseguridad jurídica que puede plantearse al reconocer el constitucional su desarrollo en preceptos que no tuvieran fuerza de Ley. El propio RBEL¹¹²⁵, por desarrollar ciertos preceptos básicos¹¹²⁶, suele erigirse en el sistema de fuentes como de aplicación

¹¹²² E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional...*, op.cit., p. 140.

¹¹²³ Para continuar diciendo que: “Ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como Ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia tribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada”.

¹¹²⁴ STC 50/1999, de 6 de abril. FJ 3º: No cabe atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación.

¹¹²⁵ Art.1 del RD. 1372/1986 de 13 de junio.

¹¹²⁶ Sobre la posibilidad de que una norma con carácter reglamentario pueda desarrollar preceptos básicos o ser “básica”, resulta interesante la discutida STS de 21 de junio de, matizada acertadamente a nuestro juicio por VELASCO CABALLERO invocando la imposibilidad de que el Estado regule una materia con carácter supletorio si carece de un título competencial y añadiendo que el carácter básico o no de ciertos

preferente antes de la legislación estatal no básica: “*Con el fin de garantizar un mínimo de seguridad jurídica el Tribunal acuñó la garantía formal de las bases estatales exigiendo, salvo para normativa preconstitucional que las normas básicas debían establecerse en una normativa con rango de ley. Ahora bien, el tribunal reconoció desde el principio excepcionalmente que las bases estuvieran contenidas en un precepto reglamentario cuando el mismo fuese «un complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases»*”. STC 69/1988, FJ5, 98/2991, FJ7, 14/2004, de 13 de febrero, FJ11, entre otras.

Por último, diremos que tal y como acontece con la mayoría de conceptos jurídicos en el que su ámbito objetivo de aplicación es difícilmente identificable, la tesis la vinculación negativa sale al rescate. Las SSTC 50/1999, de 6 de abril FJ 3 y 18/2011, de 3 de marzo FJ 10 dan muestra de la definición negativa de las bases con el criterio del vaciamiento; esto es, la prohibición de agotar la regulación y de vaciar con ello la competencia autonómica normativa en una materia cuya competencia legislativa es compartida entre el Estado y las CCAA¹¹²⁷.

6. CONCLUSIONES.

Más de 40 años han acaecido desde la sincrética aparición de la autonomía local en la Constitución Española. La parquedad en la regulación ha contribuido a un profuso juicio de adivinanzas e interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia han tenido que

preceptos reglamentarios no podrán ser apreciados por la jurisdicción contenciosa sino previamente por el legislador, cosa que difiere de lo dispuesto en las DT. 1ª y DF1ª de la norma. F. VELASCO CABALLERO (18 de julio de 2021), “Dice el Tribunal Supremo que el ROF puede contener normas básicas. ¿Pero no habíamos quedado en que las normas básicas deben tener forma de ley?”, *franciscovelascocaballeroblog*, <https://franciscovelascocaballeroblog-wordpress-com.cdn.ampproject.org/c/s/franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/18/dice-el-tribunal-supremo-que-el-rof-puede-contener-normas-basicas-pero-no-habiamos-quedado-en-que-las-normas-basicas-deben-tener-forma-de-ley/amp/>

¹¹²⁷ La intervención de las bases en la potestad de autoorganización. Hemos declarado que “*conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo*” (STC 165/1986, de 18 de diciembre, fundamento jurídico 6º), establecer cuáles son “*los órganos e instituciones*” que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, de 14 de junio, fundamento jurídico 2º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988, de 29 de noviembre y a sensu contrario STC 13/1988, de 4 de febrero).

amparar y del que entendemos va siendo hora de determinar con claridad en una futura reforma.

Los sistemas de control basados en la sustitución o subrogación de competencias en caso de inactividad, no se han llevado a cabo por las imposibilidades relatadas. En su defecto, han surgido habilitaciones para la colaboración y para la cooperación, que no tienen en cuenta la organización municipal, y que consideran que la autonomía municipal todo lo puede.

Este concepto de autonomía que parece atribuir poderes “*sobrenaturales*” a toda la planta municipal, hace que el legislador considere suficiente regular ciertas pinceladas sobre la potestad inspectora y sancionadora, interpretando cualquier control administrativo como una idea de tutela no prevista en la legislación básica¹¹²⁸.

El legislador no ha sido plenamente consciente de la estructura y aparato burocrático local ni de su tamaño, dotándose de homogeneidad a la autonomía de la Administración local, siendo ésta la más heterogénea de todas las administraciones¹¹²⁹. No acusamos de irresponsabilidad a las EELL, sino de limitaciones intrínsecas de su propia condición que hacen necesario un apoyo para el cumplimiento normativo, que en palabras de POSADA HERRERA en la misma línea y en esta carencia relatada del poder coercitivo establece que “*en las colectividades locales deben existir esas dos instancias de gobierno, pues así como las corporaciones son muy útiles y muy buenas para resolver los negocios, son muy malas para poner en ejecución sus acuerdos, de aquí el principio de que, si bien es necesario encargar a corporaciones de número mayor o menor según las circunstancias de tiempo y de lugar el cuidado de los negocios municipales, es también preciso e cargar a una persona sola de la ejecución de los acuerdos que tomen estas corporaciones*”.

¹¹²⁸ “*Bajo el sacrosanto principio de la autonomía municipal y el principio de subsidiariedad perviven entidades locales sin ningún futuro ni para los vecinos que viven en ellas ni para la propia institución. Carentes de recursos económicos, personal cualificado que las sirva y sobre todo sin poder garantizar los servicios mínimos, y con graves dificultades para funcionar como administraciones prestadoras de servicios y para cumplir sus obligaciones formales (presupuestos, contabilidad liquidaciones cuenta general*”. A. RUIZ CHECA (2015), “El ejercicio de las funciones reservadas en los pequeños municipios. Algunas peculiaridades”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 182, p. 316-335.

¹¹²⁹ La tesis de la Autonomía local ha sido el principal núcleo irreductible de las EELL en el modelo de descentralización territorial proclamado por el régimen constitucional de 1978. Luego no es tanto una cuestión de falta de medios sino más bien de medidas que aparentemente sobrepasan el autogobierno, compeliendo a los alcaldes y ciudadanos al cumplimiento de la Ley.

El control como pilar.

Acabábamos el precedente epígrafe tratando de explicar que, pese a la insuficiencia de la capacidad represiva y coercitiva de los pequeños entes locales, la autonomía local ha actuado a modo de óbice al impedir de manera poco proporcionada la actuación de los controles administrativos por el resto de administraciones en aras a conseguir la aplicación de la ley.

El constitucionalismo ha concebido la Administración local con una idéntica igualdad jurídica respecto del resto de administraciones territoriales. Pero, además, incluye lo que podemos llamar libre gestión de las EELL o como es más común decir, administración bajo su propia responsabilidad (expresión del art. 7.2 LRBRL y del art. 3.1 de la CEAL). Esta idílica situación pendular con la consiguiente hipertrofia de la autonomía viene ligada a que nuestra legislación histórica se había caracterizado por la amplitud de poderes reconocidos a la autoridad gubernativa para suspender, destituir y sancionar alcaldes o concejales¹¹³⁰. Cuando se instaura esta autonomía se piensa en participación, gestión, democracia, o que los acuerdos no vulneren la ley, pero por el contrario, no se pensó en mecanismos para hacer cumplir la ley a los administrados y/o a las administraciones en el marco de la estructura de la pequeña planta municipal, exclusivizándose éstos en la potestad inspectora y sancionadora local con los medios y condiciones ya relatados¹¹³¹.

Cierto grado de centralización no debe interpretarse como una pérdida de autonomía¹¹³², al contrario, sino como la razón de ser de ésta en la puesta a disposición de técnica y

¹¹³⁰ Desde la constitución de 1812 hay un sistema representativo o de elección democrática para concejales, pero no para el alcalde que es un mix entre el representante del pueblo y agente del gobierno, interviniendo el ejecutivo en su nombramiento en símil al bicameralismo imperfecto.

¹¹³¹ “La publicación de bandos y ordenanzas de distintas clases, leyes locales que obligan a los individuos ha de hacerse con la autorización del poder legislativo o ejecutivo, únicos que pueden otorgar a un reglamento u ordenanza la fuerza de obligar”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 26. Ad sumun diremos que la pérdida de eficacia de los mecanismos de cumplimiento del derecho en los pequeños municipios, trae consigo una correlativa pérdida de autonomía. Es así como la “Autonomía local” al limitar los medios internos y externos en el cumplimiento del derecho estrangula la verdadera autonomía de los Ayuntamientos como verdaderas instituciones.

¹¹³² “A la vista de todas estas argumentaciones se impone concluir que «ni debemos asustarnos cuando se nos hable de centralización ni debemos tampoco sorprendernos cuando se trate de descentralizar». Una postura sincrética ésta que resume al decir Gobierno central, administración central para todos los intereses generales del país, Administración local, administración confiada a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales en toda la altitud que sea compatible así con el gobierno de la nación como cual la admón. General”. F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 62.

medios para el cumplimiento del ordenamiento jurídico¹¹³³. La tendencia a pensar que casi cualquier participación de la AGE o de las CCAA en la vida local puede ser una injerencia en la autonomía, se va traduciendo en el deterioro y vicio del funcionamiento de la Administración local como administración territorial que compone el Estado¹¹³⁴. Además, la autonomía local se trata de un concepto programático y no pragmático que ha sido definido por la jurisprudencia constitucional y por los estudios doctrinales. Esa falta de concreción es la que ha hecho que el régimen y actividad de las EELL en esa “*tierra de nadie*” en la que nos referíamos en otro epígrafe, esté siempre marcado por la inseguridad jurídica y que sea generalmente el TC a través de recurso de inconstitucionalidad y no del gravoso conflicto para la defensa el que delimite su ámbito negativo¹¹³⁵.

Abogamos pues en este epígrafe, por el fortalecimiento del control de legalidad de las restantes administraciones territoriales como una garantía de la autonomía local, como si de un nuevo pilar se tratase y no como una vulneración a la misma.

Se plantea y anhela en esta humilde tesis incluir a las técnicas del cumplimiento normativo de las EELL como un pilar inescindible de la autonomía local. La propia CEAL, que concibe la existencia de las EELL como el fundamento de un régimen democrático y participación ciudadana¹¹³⁶ relata finalizando su preámbulo: “*Que esto supone la existencia de Entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión (...)*”.

¹¹³³ STC 4/1981, de 2 de febrero. Autonomía no es soberanía, sino que sólo ahí recobra sentido.

¹¹³⁴ M. REBOLLO PUIG (2019), *Autonomía local...*, *op.cit.*

¹¹³⁵ Apenas existe desarrollo del concepto de Autonomía local, que suele ser el alfa y el omega de la actuación de las EELL. Desde lo que legitima sus potestades, hasta el cobro de los emolumentos de sus miembros parece explicarse con esta figura.

¹¹³⁶ “*Considerando que las Entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático; Considerando que el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa; Convencidos de que en este nivel local este derecho puede ser ejercido más directamente; Convencidos de que la existencia de Entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano; Conscientes de que la defensa y el fortalecimiento de la Autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder*”.

No debemos separar los “*medios necesarios para el cumplimiento de su misión*”, de los medios necesarios para la aplicación del Derecho administrativo. ¿Luego qué sería de un ente donde se presume la participación y democracia en el que el ordenamiento jurídico no se respeta de manera imparcial e independiente?¹¹³⁷ La autonomía para la gestión de sus respectivos intereses dispuesta en el art. 137 de la CE y 25 de la LBRL no puede ser uniforme¹¹³⁸. No son los mismos intereses en todos los municipios, o dicho por pasiva no todos los aspectos de una materia deben regularse de manera homogénea por los mismos entes¹¹³⁹. La participación de cada municipio en la materia debiera venir condicionada por sus medios efectivos y su real estructura administrativa. Carece de sentido dotar de interés municipal o local, a una serie de materias si de manera correlativa no les dotamos de los medios suficientes para garantizar el orden y cumplimiento de las mismas¹¹⁴⁰.

La perpetua indeterminación de los asuntos locales. El cumplimiento de la ley como un asunto “supramunicipal”.

La indeterminación de los “*asuntos locales*” sigue patente. Todo lo más el Estado ha impuesto un haz de materias locales, sujetando la autonomía local a un principio objetivo presentando un carácter material y no finalista¹¹⁴¹.

Al final la idea de interés local es siempre la considerada por el legislador y no la verdadera naturaleza de la norma¹¹⁴². Seguimos basando el poder municipal en la

¹¹³⁷ Es a través de esta teoría por la que discutimos el detrimento del Estado de Derecho frente a la democracia participativa a través del presente modelo de autonomía y predicado para los pequeños municipios.

¹¹³⁸ La regulación de un estatuto para los pequeños municipios es algo tan prometido como anhelado que no acaba de materializarse pese a las latentes referencias ministeriales.

¹¹³⁹ “*En este sentido la independencia de la administración estaría comprometida si no tuviere ninguna potestad coercitiva o careciese absolutamente de facultades para exigir la fiel observancia de sus actos*”. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1990), *La coacción administrativa...*, op.cit., p. 192.

¹¹⁴⁰ Resulta latente que falta un pilar, el del cumplimiento del derecho. No puede ser reconocible por los ciudadanos la entidad local sin ejercer realmente un poder coercitivo.

¹¹⁴¹ Es lo que definimos como una autonomía material que no tiene en cuenta las características propias de cada corporación, tratando el concepto como un término homogéneo y unívoco. Queremos resaltar aquí la homogeneidad que se da al trasponer el principio de Autonomía local a los EELL. La CEAL habla de autonomía en función de la capacidad de gestión de las EELL y la actividad pública que se trate, pero el concepto de autonomía es idéntico, aunque se diferencien los servicios a prestar o para qué de dicha autonomía. (arts. 137, 3 y 4 del CEAL). Sobre la evolución del Estado hacia la recentralización o nuevas fórmulas de descentralización merece resaltar: L. TOLIVAR ALAS, R. PUNSET BLANCO (2020), *España: El federalismo necesario*, Madrid: Reus.

¹¹⁴² “*Es cierto que a pesar de los cambios históricos no sería difícil señalar un núcleo duro de asuntos que parecen llamados a ser atribuidos a las CCLL por su evidente interés local, pero en cuanto se supera ese*

distinción de asuntos que afecten al Estado, a las Regiones, o a las EELL. El municipio es una creación natural, no jurídica, siendo la creación jurídica el concepto de autonomía.

Queda desnuda la autonomía local sin una protección del cumplimiento del derecho para la generalidad de las materias. Consideramos que no sólo es un “*asunto local*” la garantía del cumplimiento normativo de las EELL al quedar ceñida a los estrictos mecanismos municipales¹¹⁴³. Como vector que puede reforzar este pensamiento desde la perspectiva de la autonomía, el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria se ha considerado dentro del marco de la autonomía local, y la competencia estatal¹¹⁴⁴.

El Estado intenta librar este escollo a través de la figura de los Secretarios-Interventores de la Administración local, pero pese a la sobrecarga de funciones de este cuerpo, se limita a funciones reservadas y concretas y pese a lo desconocido por la jurisprudencia, a un control “*ad intra*” de la institución municipal que difiere notablemente de un genérico control de legalidad¹¹⁴⁵.

En suma, consideramos que carece realmente de sentido dotar de interés municipal a una serie de materias y de modo correlativo proteger ferozmente la autonomía local, sin los correspondientes medios para garantizar el orden y el cumplimiento de dichas políticas públicas.

núcleo, la operación de trazado de límites es de enorme dificultad y de naturaleza es esencialmente política”. F. SOSA WAGNER (2001), *Manual de derecho local, op.cit.*

¹¹⁴³ Es el caso de la recentralización de los Secretarios. municipales tal y como argumenta la STC 45/2017, de 27 de abril. “*La Recentralización del cuerpo de Secretarios, interventores y tesoreros no infringe la garantía constitucional de la Autonomía local, sino que «son tendencialmente correlativos a la intensidad de los intereses de alcance supra local que el legislador básico trata de proteger»*”.

¹¹⁴⁴ STC 143/2013, 11 de julio desestima el recurso de inconstitucionalidad formulado por la Generalitat. FJ 11. El tribunal declaró que la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria tal, así como la encomienda a una Ley Orgánica del desarrollo de los principios del apartado III del art. 135 de la CE, corroboraba la competencia del Estado en la materia y negó que el precepto impugnado vulnerase el principio de Autonomía local. Consideramos cuanto menos discutible que la LOEPSF no introdujera controles administrativos superiores a los previstos en los arts. 64 y ss. De la LBRL. (Suministro de información, retención PIE, control y tutela financiera) pese al subterfugio de introducir la reforma local de la LRSAL en la normativa básica estatal.

¹¹⁴⁵ Eliminación de la advertencia de legalidad ver M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores..., op.cit.*

Ausencia de una idea de unidad en el concepto de autonomía. Centralización y unidad como conceptos opuestos.

Esta idea de unidad¹¹⁴⁶ es ya añorada en las mencionadas lecciones de POSADA donde se concibe como la igualdad de leyes y derechos de todos los ciudadanos dentro de un país meta de los esfuerzos de la humanidad y epítome de la historia¹¹⁴⁷.

Toda idea de unidad se ha interpretado en nuestro país con una vuelta a la recentralización¹¹⁴⁸ surgiendo así un empleo torticero y antijurídico del concepto de autonomía. El eterno problema de la autonomía local, (autonomía vs soberanía) parecería resolverse con una cláusula tan simple como que la autonomía debiera ejercerse en el marco de la ley¹¹⁴⁹. Parece claro que no han sabido conjugarse los intereses locales con los intereses generales en el mismo concepto de unidad *“los intereses de los pueblos se han de unir a los de la nación afianzando unos en otros, porque éste es un modo de enaltecer lo sentimientos de patriotismo que es bueno dejar libre impidiendo la mala dirección que pudieran darle las pasiones peligrosas o la represión excesiva. Conviene dicho, en otros términos, engastar el poder local en el más amplio de la nación, descartando los efectos devastadores a que conducirían las posiciones centralizadoras a ultranza¹¹⁵⁰”*. Esto no parece contradecir la defensa centralista de Posada, que defiende la naturaleza política o simplemente administrativa de las atribuciones municipales.

No permitiré de manera anacrónica contemporizar estas palabras de POSADA con el actuar *“poder político”* o autonomía administrativa municipal. Sin embargo, el traspaso de la autonomía local de manera idéntica a la heterogénea estructura administrativa de los municipios nos recuerda vestigios de la época feudal recayendo en exclusividad en la

¹¹⁴⁶ La idea de la creación de una nación única e indivisible se traduce en la igualdad jurídica de todos los ciudadanos y la uniformidad jurídica de toda la nación.

¹¹⁴⁷ F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit. p. 54.

¹¹⁴⁸ Posada los distingue diciendo que una cosa es la unidad y otra la centralización. *“La unidad es la igualdad de leyes y derechos; la centralización es resolver todas las cuestiones que pueden interesar a un país por el Gobierno central, situado en la capital de la monarquía”*. J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit.

¹¹⁴⁹ L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER (2002), “Las administraciones públicas y en especial la municipal, ante los derechos fundamentales”, en: J. CLIMENT BARBERÁ (coord.), J. M. BAÑO LEÓN (coord.), J. M. BOQUERA OLIVER (hom.), *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Madrid: Tirant lo Blanch, p. 51-58.

¹¹⁵⁰ C. J. BONNIN BAPTISTE (2010), *Compendio de los principios de administración*, Madrid: Nabu Press.

figura del alcalde¹¹⁵¹. En el pasado, hemos visto como las municipalidades se daban leyes y nombraban jueces que administraban justicia y creaban ejércitos que sus magistrados mandaban y llevaban a la guerra. Hoy una institución de esta naturaleza sería inconcebible porque crearía un germen de resistencia al gobierno de la nación, lo que contradiría la idea de la unidad y la aspiración a ella ya explicadas.

La administración más cercana al ciudadano. ¿En detrimento del vecino?

Un ente administrativo que no es capaz del sometimiento de los ciudadanos a su normativa sin que entre en juego el Poder judicial, no es un ente plenamente autónomo fracasando así la autotutela ejecutiva como germen más oriundo en la génesis del Derecho administrativo¹¹⁵². Pocas veces se ha pensado en la diversidad de la planta municipal sobre todo por parte del legislador que se preocupó de la elaboración de un título específico para los grandes municipios descuidando el grueso de la planta municipal.

La Administración local, sin duda es la pequeña de los tres hermanos, y para dotarla de esa autonomía necesitamos asistirle mediante controles externos, sino nunca podrá cumplir esa misión autónoma que proclama la CE. Su autonomía es diferente y su estructura también lo es, siendo por ello necesario un sistema de asistencia externa para el verdadero cumplimiento del Derecho administrativo.

¹¹⁵¹ En ese sentido, la Sentencia del TC Pleno de 26 de septiembre de 2013 señala que tras la LMRGL la naturaleza ejecutiva de los órganos administrativos recae principalmente en el alcalde y en la JGL. Pese al reconocimiento por el art. 3.2 CEAL de la existencia de otros órganos con carácter ejecutivo, la STS argumenta que vaciar de ciertas atribuciones al Pleno con su delegación en la alcaldía o JGL aprovechando la ausencia de publicidad de sus sesiones, en materias tan importantes como aprobación de proyectos de obras contratos o concesiones, pudiera suponer el detrimento del régimen participativo al imposibilitarse el control político del Pleno. *“El Legislador otorga estas atribuciones al Pleno para que sean adoptadas en sesiones dotadas de una completa publicidad que garantice el control ciudadano en la toma de posición y en el proceso de deliberación de sus representantes municipales, como una manifestación de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, tomando en consideración la importancia y relevancia política de esas decisiones en lo que afecta a los intereses municipales y la necesidad de que sean adoptadas con la máxima transparencia. La circunstancia de que, aprovechando el carácter preceptivo de la no publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno Local y mediante la mera delegación de atribución del Pleno en la Junta, quedara imposibilitado el control de la ciudadanía sobre el proceso de la toma de decisiones, que, por su importancia, legalmente están sometidas al régimen de publicidad, supondría un menoscabo del principio democrático (art. 1.1 CE) y una vulneración de las posibilidades de participación directa del ciudadano en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), en su concreta dimensión de control del ejercicio del cargo de sus representantes electos, sometidos a mandato representativo”*.

¹¹⁵² Sobre el nacimiento del Derecho administrativo. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes del Derecho...*, op.cit. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo...*, op.cit. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo...*, op.cit.

De otra parte, el hecho de erigirse como la Administración más cercana al ciudadano tiene también sus contras. En palabras de POSADA, el frenesí en la resolución de controversias municipales para según quién, genera problemas interpretativos y de cumplimiento¹¹⁵³: *“Cuando falta la centralización y se resuelven las cuestiones administrativas dentro de los pueblos donde han nacido se resuelven de una manera desacertada ya que la ley no suele tener la misma interpretación en unos pueblos que en otros, porque ejerciendo las pasiones del pueblo una influencia poderosa, lejos de interpretarse la ley con lealtad se ve que se la despedaza, que se la tuerce, y que en vez de ser un instrumento de protección y amparo, suele serlo de violencia y opresión”*.

Un nuevo concepto de autonomía local.

Parece necesario repensar un concepto de autonomía local acorde con la realidad municipal¹¹⁵⁴. No tanto por la realización de una subcategoría dentro de la autonomía administrativa como por la limitación de la legalidad frente a la oportunidad en el cumplimiento de cometidos y obligaciones de derecho¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ Dando también una de arena y criticar al criticar al legislador estatal al regular los asuntos locales al mencionar que *“hay que mantener como contrapeso, cierto vigor en las instituciones municipales porque gracias a ellas «un pueblo que fuera ayer esclavo puede recobrar hoy su energía y su fuerza natural para tener el poder, el juicio y la prudencia bastante para organizarse de un modo conveniente a su prosperidad y ventura». Y de paso, conjurar, si llegara, la temida revolución, o ponerle sordina (...)”*. *“...otro de los inconvenientes de la centralización es el poco conocimiento con que se resuelven muchos de los negocios que vienen a parar al poder central, además la excesiva centralización separa a muchas personas de los intereses de su localidad o de su provincia para traerlos a ocuparse de los asuntos políticos del país (...)”*. J. POSADA HERRERA (1996), *Lecciones de administración...*, op.cit. F. SOSA WAGNER (18 de febrero de 2019), *“La Autonomía local ¿entre las garras europeas?”*, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-autonomia-local-entre-las-garras-europeas/>

¹¹⁵⁴ NIETO propone una reforma constitucional, dotando a las EELL de un verdadero estatuto. *“La ausencia de un mínimo desarrollo del principio de Autonomía local en la CE dificulta, sin duda, la optimización del mismo. La Autonomía local como concepto jurídico indeterminado debe ser concretada por la propia carta magna de forma que posibilite la máxima irradiación del principio constitucional que vertebra la descentralización del poder político del Estado en la instancia territorial más cercana al ciudadano. Mi propuesta consiste en la configuración del estatuto constitucional de los EELL, con la referencia explícita a elementos consustanciales a los mismos cuya lesión deba ser justificada por la prevalencia de otros bienes o valores constitucionales con aplicación del juicio de ponderación”*. E. M. NIETO GARRDIO (2018), *El estatuto constitucional...*, op.cit., p. 36.

¹¹⁵⁵ Sobre este tema escribe ZAFRA VÍCTOR esgrime como propuesta que una Ley Orgánica desarrolle este programático concepto. *“Con la propuesta de una ley de mayoría cualificada prevista en la CE se persigue la directa inconstitucionalidad de una norma que vulnere la Autonomía local, evitando el necesario fallo del Tribunal para determinar si es mediata o inmediata. La Autonomía local dejaría de ser un derecho de configuración legal. Sobre la potestad de autoorganización alude añadiendo el art. 6.1 de la CEAL que «la distribución de competencias sobre la submateria organización y funcionamiento sigue el criterio de los intereses, el estatal, el autonómico y el municipal. Se entiende que lo relativo a órganos necesarios debe tener carácter básico porque es el común denominador aplicable a todos los municipios; los órganos complementarios, sin embargo, pueden reflejar la política municipal autonómica y la potestad de autoorganización de los municipios»*. Teniendo en cuenta la dimensión de cada uno de estos intereses,

No podemos permitirnos en el camino hacia una Administración local profesionalizada, dejar caer en la oportunidad el cumplimiento de las obligaciones municipales que ora por falta de medios ora por intereses contrapuestos o estricta cercanía vienen vulnerando la ley¹¹⁵⁶.

Un desarrollo constitucional en la línea de graduar el concepto de autonomía habida cuenta que es perfectamente describable que no todos los municipios pueden ser igual de “autónomos” o que estos tres pilares habrán de someterse a un refuerzo por las administraciones superiores que disponen de medios y perspectivas diferentes, debiera ser una cláusula de obligatorio cumplimiento¹¹⁵⁷.

Entendemos queda repetida ya la idea de cómo la autonomía ha sido muchas veces el dogma que ha legitimado el abandono del Régimen local por parte tanto del Estado como de las Autonomías creyendo dejar a la suerte del Habilitado Nacional de turno toda aplicación del derecho.

La autonomía local como mandato positivo de los poderes públicos.

Se aboga desde la presente por una autonomía local más intervencionista, un paso por delante de la concepción actual en la que el mandato a proteger la autonomía se consume con la contribución formal (no material o efectiva) por parte del legislador sectorial estatal y autonómico. Remarcamos el adjetivo efectivo porque tal y como trata de exponerse, la autonomía local de base debe servirse de la cooperación, colaboración e incluso de la subrogación competencial a medio de los controles administrativos que son abundantemente interpretados como intromisiones o injerencias a la autonomía local, sin tener en cuenta la heterogeneidad de la planta municipal.

el sistema de fuentes descende de lo general a lo particular. Autonomía local, régimen local y competencias locales como tres conceptos de límites difusos que necesariamente debiera clarificar el legislador”. M. ZAFRA VÍCTOR (2020), La Autonomía local..., op.cit., p. 200.

¹¹⁵⁶ Sobre una nueva concepción de la Autonomía local y acerca del descuido del legislador europeo frente a las pequeñas municipalidades argumentando que dos tercios de las normas que los Ayuntamientos aplican tienen un origen europeo. SOSA WAGNER: “Me permito precisar que lo urgente es enfrentarnos de nuevo a la citada Autonomía local y volver a definirla ante las nuevas circunstancias y ante los nuevos conflictos y aprietos”. “(...) De manera que un tratamiento de rejuvenecimiento en una clínica acreditada no le vendría mal. Ya existen trabajos valiosos, pero insistir en ellos, en nuevas tesis doctorales, será siempre positivo habida cuenta de que el municipio es el ancla con que nos sujetamos a la tierra”. F. SOSA WAGNER (18 de febrero de 2019), La Autonomía local..., op.cit.

¹¹⁵⁷ Autonomía sí, pero con un desarrollo explícito de ese control superior que se ejercerá de manera proporcional dependiendo del municipio.

La autonomía local moldeada por los intereses partidistas.

En este sentido, el uso de la autonomía local (para aprobar los baremos específicos, por ejemplo) sin controles supone, en palabras de ALEJANDRO NIETO¹¹⁵⁸: “*Una autonomía irresponsable, que es la primera causa del desastre municipal, dado que autonomía sin responsabilidad ni control es puro desgobierno... y la intervención de los tribunales ordinarios es lenta y costosa*”.

Pero el mayor de los fracasos sin lugar a dudas ha sido que la autonomía ha sucumbido a los intereses partidistas¹¹⁵⁹ y en varios de los argumentos que aquí han sido expuestos no subyacen sino intereses meramente políticos y de poder. Esto es, que los concienzudos esfuerzos de jueces y juristas han ido por la borda frente a acuerdos políticos utilizando la “abierto” regulación del poder a modo de arma arrojadiza y de control de cierta parte del territorio. Ha sido ciertamente lastimoso ver como la descentralización administrativa para la mejora de la prestación de los servicios y la eficacia al ciudadano ha quedado en segundo plano por la hegemonía política de los alcaldes y concejales coadyuvados por la estructura de la planta municipal. Descentralización administrativa para la mejora de la prestación de los servicios y la eficacia al vecino han quedado en segundo plano por la hegemonía de partido, contribuido por la estructura de la planta municipal. POSADA HERRERA¹¹⁶⁰ citado por SOSA WAGNER en la construcción del Estado matiza de

¹¹⁵⁸ A. NIETO GARCÍA (2008), *El desgobierno de lo público*, Barcelona: Ariel, p. 341.

¹¹⁵⁹ Decimos lo anterior no de forma abstracta, sino con ejemplos. Así, si la clasificación de un puesto de colaboración, por ejemplo, de secretaría, depende de la corporación de turno, en función de la subescala y categoría del “agraciado” en cuestión, la falta de seguridad jurídica y el “mercadeo” estarán asegurados. La clasificación de un puesto de colaboración de secretaría como de clase 1ª, 2ª o 3ª (tal y como, de forma expresa ahora, permite el art. 15.3 del RRJFHN (LA LEY 3893/2018)) no es cuestión baladí. Ello porque si el puesto se clasifica en clase 3ª, por ejemplo, sólo podrán participar en esa libre designación (así ha sucedido en ciudades de tamaño considerable, como Marbella o Lleida, para los puestos de adjunto a la Secretaría general) los funcionarios de la subescala de secretaría-intervención, y no los de la subescala de secretaría, que es la propia para las funciones de vicesecretario. Esta ante una dación de Autonomía local a los municipios que no se alcanza a comprender bien en qué favorece la mejora en la provisión de los puestos (exigible según la jurisprudencia constitucional citada). Más bien favorece el clientelismo, en detrimento de un mayor mérito y capacidad, que es el que se supone que acredita el pertenecer, por ejemplo, a la categoría superior, pues a ella se accede por promoción interna y en condiciones de igualdad. Desde luego, las reclasificaciones “hacia abajo” en municipios de gran población no hacen sino que podamos plantearnos si no estamos ante reclasificaciones “ad personam”. Así, como declara la STC 4/1981, de 2 de febrero, en su FJ 3º, mientras la Autonomía local consiste en la capacidad que tiene la corporación local para decidir discrecionalmente entre varias opciones legalmente posibles; por el contrario la provisión de puestos de trabajo ha de configurarse de acuerdo con criterios estrictamente técnicos: valorando el mayor mérito y capacidad, en los términos previstos por los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución.

¹¹⁶⁰ “*El problema pasa porque las diversas municipalidades hayan llegado a crear un poder dentro de la nación, extremándose y desvirtuándose la presencia de los representantes de las ciudades en las cortes, lo que llevó a la existencia de multitud de pueblos casi independientes que no tenían ningún lazo común, que*

manera extrapolable a para nuestro tiempo en cuanto a las atribuciones de los municipios que *“tal vez eran más de las que debieran tener pues estaban tan sumamente extendidas que muchas veces excedían los justos límites que la política y los buenos principios recomiendan”*.

Como última cita, observamos la paradoja de que en los menores municipios, se ha dejado de trabajar para el ciudadano ocupando el tiempo ordinario a trabajar para las administraciones. Los suministros de información, los requerimientos, y diversos *“controles”* que en nada ayudan o favorecen ni la autonomía local, ni el cumplimiento de los fines de las políticas locales, son la molesta y en numerosas ocasiones inútil presencia del Estado en los pequeños entes¹¹⁶¹.

formaban otras tantas Repúblicas como ciudades y villas había en la nación lo que necesariamente debía producir turbaciones y desórdenes en la administración general del país, de los que los grandes y Reyes se aprovecharon a su vez en perjuicio de todos”. J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*

¹¹⁶¹ Se trata de una farragosa técnica burocrática en la que Regiones y Estado tratan de justificar su presencia en las municipalidades, en la nueva era de la transparencia. Parece adecuado que, en el Estatuto del Pequeño Municipio en elaboración, puedan incluirse varias de estas cuestiones.

IX. LAS CONSECUENCIAS Y LOS MEDIOS DE APLICACIÓN EN VÍA JUDICIAL.

1. LA INACCIÓN LOCAL COMO CONSECUENCIA.

La ineficacia en los medios de aplicación del Derecho administrativo en las EELL, se ha traducido generalmente en la inacción de la Administración local. Más que el cumplimiento vicioso y defectuoso con los favoritismos que veíamos al partir de esta tesis en el medievo, lo que entendemos que prolifera mayoritariamente en nuestro pequeño municipio cuando no una heterogénea aplicación, es una manifiesta pasividad que iguala la uniformidad.

Todo ello ha intentado ponerse de manifiesto en los precedentes Capítulos, y de modo sintético pasamos a resumir del siguiente modo:

- Intereses partidistas en la Administración. Mejor no actuar para no perder un voto. Incluso aún peor, actuar de manera parcial calmando represalias, que en el estricto cumplimiento del derecho. (Capítulo VI).
- No hay obligación de iniciar un procedimiento ante una denuncia o comunicación sobre la actividad de policía de la Administración, por lo que se prefiere no actuar¹¹⁶². (Capítulos III y IV).
- La legislación sectorial no establece un catálogo procedimental o de medidas a llevar a cabo en la intervención de las EELL de la actividad de la Administración, y deja al albor del comodín de la autonomía local los medios para el cumplimiento del derecho. En este supuesto los corporativos locales también suelen preferir antes la inacción o la solución amistosa que el cumplimiento normativo. (Capítulo V).
- El ordenamiento jurídico penal tampoco parece de directa aplicación ante estas irregularidades cometidas por los estatutarios locales, por cuanto mientras a sus

¹¹⁶² “*Tampoco existen remedios eficaces en la práctica frente a la inactividad inspectora. Es decir, en los supuestos en los que se reprocha a la administración no la ilegalidad de su actuación inspectora sino la inexistencia de su actuación o su falta de operatividad*”. J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (2013), *Función Inspectora*, Madrid: Inap, p. 248.

miembros no amenace la sombra de la prevaricación, les parece más “*prudente*” no actuar. (Capítulo II).

Tampoco encontramos realmente verdaderas consecuencias ante este incumplimiento de la actividad de policía. Todo lo más un leve “*tirón de orejas*” del defensor del pueblo, reiteración de denuncias de algún ocioso y recalcitrante vecino, o alguna sentencia declarativa de la JCA.

Bajo el capítulo en el que intentamos encajar a los controles administrativos; hicimos hincapié en que no era tan importante en la actualidad un control sobre la legalidad de los actos y acuerdos municipales que contravienen la ley, sino en todos aquellos que no se dictan en aplicación de la ley y cuyo único mecanismo de cumplimiento forzoso (subrogación) sólo quedaba previsto para supuestos tasados y excepcionales. De igual modo vimos que estos controles no pueden ejercerse de parte y operar como una instancia ulterior de los recursos administrativos. (Capítulo VII).

De otra parte, hemos llegado a concluir varias veces en la incongruencia de que pese a los numerosos intentos de “*no sobrecargar*” el Poder Judicial, toda medida de cumplimiento del Derecho administrativo amén del art. 106 de la CE ha recaído en los tribunales¹¹⁶³. El Poder Judicial y el propio funcionamiento de la justicia han sido víctimas de una sobrecarga indirecta al diezmar los mecanismos de control administrativo y no haberse conseguido parte de los fines de la STC 77/1983, de 3 de octubre¹¹⁶⁴. Es por ello que llegados a este punto del trabajo y cerrado el debate sobre la ocupación del Derecho penal de esta rama del ordenamiento jurídico en el Capítulo II, cabe así preguntarse si realmente queda previsto a nivel judicial algún sistema o mecanismo que colme las carencias descritas en las pequeñas administraciones.

¹¹⁶³ STS 459/2019, de 14 de octubre. El conocido “*procés*” catalán da cuenta de esta situación. Tras infructuosos requerimientos administrativos y/o políticos, no es hasta que lamentablemente los políticos catalanes sobrepasan toda línea declarando la independencia, cuando conoce el Derecho penal por un delito de sedición declarando prisión preventiva para los acusados y paralizando así el “*procedimiento administrativo*”.

¹¹⁶⁴ STC 77/1983, de 3 de octubre: “*No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados*”.

Con esta suerte podemos abrir aquí para a la postre cerrar nuestro trabajo, un análisis de la inactividad local desde todos los puntos de mira del que parten sus causas. Lo complicado de desmenuzar será, toda vez que ha quedado relatado que el Poder Judicial se erige y exclusiviza como el garante de la aplicación de la norma, hasta qué punto podemos encajar nuestros fallos, carencias, y lagunas de la aplicación del Derecho administrativo de nuestras más pequeñas administraciones, en la inactividad judicial regulada en la LJCA.

Es evidente que la inactividad no puede estudiarse aisladamente sino en concordancia con todos los factores que traen la misma a colación¹¹⁶⁵. La inactividad local es, a nuestro juicio, una de las principales consecuencias de los fallos enumerados sobre la aplicación de la ley en nuestros pequeños municipios.

La Administración local tiene que actuar. El transcurso del tiempo produce en ocasiones el deterioro de los intereses públicos y de los derechos de los vecinos. No sólo es necesario que la Administración actúe cuando está obligada a hacerlo, sino que además lo haga dentro de un tiempo adecuado a las necesidades de la sociedad y de los ciudadanos¹¹⁶⁶.

La desviación como mecanismo administrativo y judicial capaz de lancear nuestro extravío, apunta pero no consigue acertar¹¹⁶⁷ las conductas arbitrarias de la Administración¹¹⁶⁸. Resulta hartamente complicado acorralar el vicio en vía administrativa, derivándose al ordenamiento penal (en la tipificación de la prevaricación) más que el reproche en vía administrativa como mantra general resolutorio en nuestros problemas de cumplimiento.

¹¹⁶⁵ V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, *op.cit.*, p. 26.

¹¹⁶⁶ E. F. G. (2 de enero de 2021), “El Procurador del Común incluye al Ayuntamiento de León en la lista de entidades no colaboradoras por una queja sobre un restaurante”, *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/procurador-comun-incluye-Ayuntamiento-leon-colaboradores-olores-restaurante-20210102121500-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F>.

¹¹⁶⁷ “La desviación de poder suele ser impune porque no deja huella. Una sanción que mult selectivamente al enemigo, un nombramiento de funcionario cesado para que siga prestando servicio, una subvención cuya última finalidad es ayudar al partido, etc”.) BLOG DE JOSÉ RAMÓN CHAVES. LA SALAMANDRA DE LA DESVIACIÓN DE PODER.

¹¹⁶⁸ Tras el nacimiento bajo la doctrina del Consejo de Estado francés (caso *Lesbats*, 1864) y su posterior regulación en la Ley de procedimiento Administrativo de 1958 en sus artículos 48.1 y 115.1, pasa a regularse en la LJCA DE 1956 (Art. 83.2) y posteriormente en la LJCA de 1998 (art. 70.2 y 121.2). La actual LPACAP en el art. 48.1 la define como vicio en la anulabilidad administrativa. Vid. STS 27 de febrero de 2017. Rec 148/2016 acerca de la jurisprudencia comunitaria sobre la desviación de poder y STS de 13 de febrero de 2017. (rec 874/2016) como ejemplo de desviación de poder para burlar una sentencia esta vez calificada con el vicio de nulidad de pleno derecho.

2. LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: DEFINICIÓN Y TIPOS.

Entre las múltiples definiciones obrantes, dicese de ésta como la omisión por la administración de cualquier actividad jurídica o material legalmente debida y materialmente posible¹¹⁶⁹. “*Grosso modo*”, la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre la inactividad FORMAL¹¹⁷⁰ como la ausencia de un pronunciamiento jurídico y la inactividad MATERIAL¹¹⁷¹ como la ausencia de la realización de una prestación por parte de la Administración.

Fue el profesor A. NIETO¹¹⁷², uno de los principales propulsores de la diferencia entre inactividad formal e inactividad material, el que reduce el concepto de inactividad formal a “*la simple no contestación a una petición de los particulares*”.

¹¹⁶⁹ M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, Navarra: Aranzadi, p. 74-76. Al establecer distintas categorías acerca de la inactividad, señala que la inactividad formal sería la falta de realización por la administración de una declaración jurídica y la material, la omisión o falta de una actividad técnica, material, o física de trascendencia externa a la administración y en la cual se distinguiría; por una parte, entre inejecución de actos y de sentencias y, por la otra; entre inactividad prestacional y funcional.

¹¹⁷⁰ “*Cuando la solicitud tenía por efecto la formal iniciación de un procedimiento que emplazaba a resolver sobre lo pedido, pudiendo el interesado invocar los efectos del silencio administrativo...*”. T. QUINTANA LÓPEZ, M. GÓMEZ PUENTE (2006), *El silencio administrativo urbanismo y medio ambiente*, Barcelona: Tirant lo Blanch, p. 31.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, p. 45. “*Omisión o falta de realización de una actividad técnica, material o física de trascendencia externa a la administración*”. Cabe así partir de un vasto concepto de inactividad concebido en sentido amplio como pasividad de la administración ante la existencia de un deber legal de obrar o actuar que permita reputar antijurídica la omisión o falta de actuación. Nada menos que tres preceptos constitucionales parecen aquí estar en juego. (Arts. 24 CE, 9.3 CE y 106 CE).

¹¹⁷² A. NIETO GARCÍA (1999), “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998”, *Revista de Derecho administrativo*, núm. 1, p. 45-64. Nieto parte de la distinción entre inactividad material e inactividad formal ya en 1962. La primera se corresponde con la idea originaria de la misma, pasividad, un no hacer de la administración en el marco de sus competencias ordinarias. En cambio, la segunda se refiere por su parte a la pasividad de la administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares. Es por ello que a riesgo de no tener cabida nuestra inacción en la inactividad judicial, a priori, debiera encajarse en la subcategoría de inactividad material. A. NIETO GARCÍA (1986), “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, p. 11- 64. Sobre la relación de esta materia con las sanciones y el cumplimiento del derecho desde el que partimos en la tesis, observamos ya como a A. NIETO, maestro de la potestad sancionadora, le preocupó ya de primera mano la inactividad. El silencio y la inactividad formal se revelan insuficientes y en ocasiones la inactividad formal se transforma en inactividad material a medio de una solicitud. NIETO constató que varias formas de inactividad administrativa quedaban inmunes al control jurisdiccional. En 1999 NIETO retoma el tema de la inactividad distinguiendo entre la formal y la material o prestacional, esto es, la no realización de la actividad o prestación independientemente de un procedimiento administrativo, y además la inactividad resistencial o incumplimiento de las sentencias del contencioso. Se trata de extender y dar con un concepto de inactividad a caballo entre el silencio y la ejecución de sentencias. Entiendo que la inactividad material no se convierte en formal a través de una solicitud, sino que se añade a la anterior

El profesor GÓMEZ PUENTE¹¹⁷³ a su vez realiza varias subcategorías dentro de las calidades anteriormente descritas. De una parte, dentro de la INACTIVIDAD FORMAL distingue entre normativa¹¹⁷⁴ o convencional. La primera en el caso que la Administración falte al deber legal de dictar normas o disposiciones administrativas de carácter general, por la presunción de que, si es ilegal dictar un reglamento contrario a la Ley, también lo será su omisión ante la necesidad de desarrollo. Distinguiendo a su vez en la segunda una inactividad singular: “*La no formulación de una declaración unilateral de voluntad, juicio, conocimiento o deseo que resulta legalmente obligada en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria*” de procesal: “*Falta de ejercicio, legalmente exigido, de las acciones o facultades procesales atribuidas para la defensa de bienes, derechos o intereses*”.

Por lo que respecta a la INACTIVIDAD MATERIAL, pueden establecerse también varios subgrupos:

Inejecución material de actos administrativos: Cuando la Administración no cumple con la presunción de ejecutividad de sus actos firmes. Se trata del incumplimiento de los actos propios de la Administración contemplado por el artículo 29.2 LJCA, o puede tratarse también de la falta de ejecución forzosa de actos administrativos propios, que es lo que se denomina como inactividad resistencial¹¹⁷⁵.

Inactividad prestacional. Es el artículo 29.1 LJCA el que se encarga en este caso de regular la situación. Lo que ocurre en este supuesto es que, ante la obligación de la

inactividad material una nueva inactividad formal o procedimental. A. NIETO GARCÍA (1999), *La inactividad de la Administración...*, *op.cit.*

¹¹⁷³ T. QUINTANA LOPEZ, A. B. CASARES MARCOS (2012), *Silencio administrativo estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch. T. QUINTANA LÓPEZ, M. GÓMEZ PUENTE (2006), *El silencio administrativo urbanismo y medio ambiente*, Barcelona: Tirant lo Blanch.

¹¹⁷⁴ Diferenciamos en este tipo de inactividad si existe o no remisión normativa de la Ley a dictar el reglamento (ejecutivo o “*secundum legem*”). El control jurisdiccional de esta inactividad no queda incluido, o no cabe en los arts. 25 y 29 de la LJCA, sino que la única manera de impugnarlo es la inactividad ante el acto presunto que surge previa petición del interesado.

¹¹⁷⁵ Encontramos también como modalidad de la inactividad resistencial, la inactividad ante la inejecución de sentencias: “*Sustitución judicial de la actividad administrativa*”. Hasta la más reciente reforma de la Ley jurisdiccional, la ejecución de las sentencias estaba encomendada a la propia administración. Actualmente queda recogido este procedimiento en el artículo 108 de la LJCA para los casos en los que la Administración, quedando condenada por sentencia a realizar una determinada actividad o dictar un acto, no cumple con lo cometido. (Art. 71). J. R. CHAVES GARCÍA (2019), *La ejecución de sentencias en los procesos contencioso-selectivos: dificultades y desajustes*, tesis doctoral, Dir. R. RIVERO ORTEGA, Codir. A. ARIAS RODRÍGUEZ, Universidad de Salamanca.

Administración de crear unos determinados servicios, no los crea, o los crea pero no los presta. También se recoge aquí el caso en el que la Administración no presta una actividad asistencial a quien tenga derecho a ella. (Ej. 27, 39, 40, 41, 45, 46 o 50 CE).

Inactividad funcional. Es la falta de ejercicio de determinadas funciones administrativas, como son; de autoridad o policía, de inspección comprobación o análisis de datos hechos o cosas, vigilancia y protección de personas y bienes, actividades de prevención de riesgos, protección ambiental, o mantenimiento de bienes e intereses públicos. Se trata de un subtipo de inactividad que refiere a unas actuaciones materiales inherentes al ejercicio de ciertas potestades administrativas vinculadas a las funciones de autoridad¹¹⁷⁶.

De dichos subgrupos podemos observar que, por oposición a la inactividad formal, en la material se va más allá. La figura surge del incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones abarcando dicha institución no solo la falta de acción si no también la ineficacia de la misma. No vamos a profundizar más en este subepígrafe acerca del tema teniendo en cuenta que la inactividad material se verá a lo largo del trabajo, y la inactividad formal o falta de resolución expresa, se verá combinada con la primera en la idea de inactividad funcional o normativa.

Dicha modalidad de inactividad surge al observar que la fórmula tradicional del silencio administrativo no es suficiente para resolver satisfactoriamente estas situaciones especialmente cuando, como ocurre en la LRJPAC, se da preferencia al efecto positivo del silencio¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁶ Muy difícil es a nuestro juicio de distinguir este subtipo, de la inactividad procesal como variante de la inactividad formal en la que la EELL no lleva a cabo una actividad “procesal” o “procedimental” a la que está obligada. Posiblemente la diferencia radique en que, para el caso de la inactividad procesal, la administración no conserva potestades para ejercer mediante actos de autoridad la defensa de sus bienes y derechos y ha de acudir directamente al Poder judicial.

¹¹⁷⁷ En estos casos lo que el administrado busca no es obtener un título que le permita entender superados los obstáculos jurídicos para la realización de una determinada actividad o evitar una actividad administrativa de efectos desfavorables, sino que se realice un beneficio que por sí mismo no puede obtener, como ocurre de manera característica en relación con la actividad subvencional y prestacional de la administración de tan frecuente repercusión en el mundo contemporáneo. Curiosamente la STS de 2 de julio de 2009 (asunto: permisos de explotación de máquinas recreativas) define la inactividad formal como límite negativo a la material al establecer que “se parte de un concepto de inactividad como sinónimo de falta de contestación a cualquier escrito presentado ante la administración que resulta ajeno al previsto en el artículo 29 de la LJCA, sobre cuya infracción sustenta ese motivo. En este sentido, no está de más añadir que la inactividad a que nos referimos, el silencio administrativo y, en fin, la caducidad del procedimiento constituye tres figuras cuyo común denominador viene representado por la falta de diligencia de la administración ya sea para cumplir sus obligaciones, ya sea para resolver o para tramitar con presteza...ahora bien, no podemos confundir estas figuras, obviar sus diferencias o, simplemente, prescindir de los efectos distintos que ocasionan”.

Nos planteamos en este capítulo si es o pudiera ser la inactividad material o prestacional un mecanismo que arrinconara el incumplimiento del Derecho administrativo en las pequeñas municipalidades motivado por los argumentos que preceden en los anteriores capítulos.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS ASUNTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS.

Jurisdicciones ordinarias y de privilegio.

El siglo XIX actúa en los inicios a través de una pluralidad de jurisdicciones¹¹⁷⁸, pero el distingo recae generalmente entre jurisdicción ordinaria¹¹⁷⁹ y privilegiada. En cuanto a las jurisdicciones especiales o privilegiadas han solido distinguirse por la doctrina entre otras; a) por razón de las personas: eclesiásticos, grandes de España, empleados de la real servidumbre y en las jornadas de Su Majestad y personas reales, militares, maestrantes, Montepío de viudas y pupilas del Ministerio, el militar, el de viudas y huérfanos de los empleados en las oficinas y el de viudas y huérfanos de los empleados en la renta de correos y lotería, nobles, escolares, extranjeros y transeúntes; b) por razón de las cosas:

¹¹⁷⁸ “La existencia de una caótica pluralidad de jurisdicciones, justificada en principio por la dificultad técnica de que un solo Magistrado domine las especialidades de cada materia jurídica: es corta la vida del hombre para andar todo lo que hay en el vasto y dilatadísimo reino de la jurisprudencia, y para conocer en todas sus partes, con la inteligencia que corresponde a un Juez, lo que hay que saber. A un alcalde y Magistrado ordinario les sería muy difícil entender todo lo que hay que decir de letras de cambio, giro y negociaciones de ellas, seguros, escritura doble y otras muchas materias de comercio, que se suelen ventilar en los consulados. Las ordenanzas militares, y de universidades, piden también algún estudio particular: lo mismo debe decirse de las contadurías y administraciones, con que ha de gobernarse la real hacienda”. A. NIETO GARCÍA (1966), “Los orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España”, *Revista de administración pública*, núm. 50, p. 24. R. L. DOU Y DE BASSOLS (1800), *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Libro II, p. 47.

¹¹⁷⁹ Jurisdicción ordinaria, contenciosa y gubernativa, tienen simultáneamente los alcaldes ordinarios, alcaldes mayores, Corregidores, alcaldes de crimen, Chancillerías y Audiencias y el Consejo de Castilla, mientras que los alcaldes de barrio y Ayuntamientos sólo tienen jurisdicción ordinaria gubernativa. “A fines del siglo, no obstante, la confusión orgánica de las funciones gubernativa y jurisdiccional, hay conciencia clara en cuanto a la distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos (administrativos). En Dou, la diferencia entre jurisdicción gubernativa y contenciosa se centra precisamente en la existencia de los trámites específicos del juicio; una diferencia, pues, de tipo formal que, si produce importantes consecuencias jurídicas («las providencias o decretos hechos gubernativamente —nos dirá Dou— no tienen autoridad de cosa juzgada»), no impide el que una cuestión gubernativa se haga contenciosa; lo cual constituye cabalmente el concepto de lo que hoy se llama Contencioso-Administrativo”. F. GARRIDO FALLA (1968), “La evolución del recurso Contencioso-Administrativo en España”, *revista de administración pública*, núm. 55, p.

Rentas (con infinitas variedades), temporalidades de los jesuitas, pósitos, feudal y enfiteútica, plantíos y sementeras, cabaña real y ganados privilegiados, sanidad, imprentas, teatros y pesca del coral; c) por razón de los delitos: Competencias atribuidas a alcaldes de las santas hermandades de cuadrilla, de las salas del crimen y de los consejos de guerra, Real Protomedicato, Jueces de Residencias, Juez de Ministros, Juez competente por contravención al registro mandado de hipotecas, y por otros delitos, superintendente de presidiarios y Jueces de rematados; d) por razón de las causas: Jurisdicción de los Consulados y Magistrados de competencia.

Pero la tendencia del Siglo XIX fue la de la unificación de jurisdicciones y supresión de privilegios. En una línea similar se colocó la Constitución de Cádiz. En ella quedaron suprimidos¹¹⁸⁰, por lo pronto, la mayor parte de los Tribunales “*de privilegio*”, disponiéndose el conocimiento de todos los asuntos de que trataban en favor de la Jurisdicción ordinaria. Y, en segundo lugar, se estableció con todo rigor el principio de la separación de poderes. Tendencia loable, pero con fatales consecuencias¹¹⁸¹. Así en palabras de J. ABELLA¹¹⁸²: “*Las Cortes de Cádiz establecieron la separación de los órdenes administrativo y judicial*¹¹⁸³; más al hacerlo olvidaron que las atribuciones de éstos a la aplicación de las leyes en los asuntos civiles y criminales, únicos que verdaderamente corresponden a la índole y fin de su institución, dejaban sin juzgadores otras controversias jurídicas que no provienen de un derecho o título civil ni de ningún hecho punible, sino de agravio o lesión de derechos puramente administrativos... La necesidad imperiosa de instituir Tribunales encargados de conocer y fallar en los asuntos Contencioso-Administrativos sintióse cuando, cambiada la forma de Estado, la

¹¹⁸⁰ Francisco Agustín Silvela consideraba en 1839 como uno de los objetivos de la reforma que había de hacerse “*el purgar a los Juzgados privativos y privilegiados del sinnúmero de imperfecciones por las que obran contrariamente a su objeto, el formar una sola y única jurisdicción de muchos de ellos y el convertir aquellos Juzgados pretorianos en salas de justicia*”. F. SILVELA DE LE VIELLENZE (2010), *Discursos del Excmo. Sr. D. Francisco Silvela: Pronunciados en el Congreso de Los Diputados (1898)*, Kessinger Publishing.

¹¹⁸¹ A. NIETO GARCÍA (1966), *Los orígenes de lo Contencioso-Administrativo...*, *op.cit.*

¹¹⁸² J. ABELLA (1888), *Tratado de Derecho administrativo español*, III, Madrid: Enrique De La Riva, p. 91.

¹¹⁸³ Se erige así la administración a través de la autotutela ejecutiva como un orden jurisdiccional propio, o mejor dicho exento del control jurisdiccional de la época. Es algo altamente llamativo desde el denominado “*fallo blanco*” considerado como verdadero origen del ordenamiento jurídico administrativo, al prohibir a los jueces bajo prevaricatio inmiscuirse en los fines administrativos.

experiencia se encargó de demostrar que existen otras contiendas de derechos que las sometidas a la Jurisdicción ordinaria”.

POSADA¹¹⁸⁴ todavía no concibe esta idea en el marco del actual principio de legalidad o juridicidad del sometimiento de toda actuación administrativa a la Ley y al derecho, sino simplemente que en determinadas materias con carácter “*contencioso*” también ha de conocer el Poder Judicial. Distingue, salvándose el anacronismo, el Poder administrativo del Poder Judicial¹¹⁸⁵. El Poder judicial sólo puede entrar en competencia con el administrativo en los casos que son generalmente conocidos con el nombre de materias Contencioso-Administrativas (y que carecen de una regulación precisa). POSADA HERRERA¹¹⁸⁶ introduce un tercer argumento, que alcanzaría su máxima potenciación en el siglo XX: La incompetencia técnica de los Magistrados judiciales, respecto de lo Contencioso-administrativo, ya que se trata de “*una cosa extraña a sus estudios y profesión especial*”, matizando que el Poder Judicial es distinto al poder administrativo y que sólo podía entrar en competencia con el mismo en las denominadas materias Contencioso Administrativas¹¹⁸⁷.

La tardía recepción española de la separación de órdenes jurisdiccionales.

No es hasta casi finalizado el Siglo XIX cuando los administrativistas entienden el Poder Judicial como una rama independiente del Poder ejecutivo en lo que a la Administración se refiere. Pues hasta entonces, numerosos autores conciben la justicia como un instrumento del Gobierno para el cumplimiento normativo que produce el Poder

¹¹⁸⁴ F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*

¹¹⁸⁵ En la misma línea defiende ya POSADA la lucha por la distinción entre el Poder ejecutivo y el judicial distinguiendo los aspectos judiciales de los administrativos “*La administración de la justicia ha sido el signo del poder real durante mucho tiempo. Los Corregidores, los alcaldes, los consejos, las audiencias, todos ellos juzgaban y administraban sin que el antiguo régimen conociese la diferenciación orgánica que comenzaría según posada en el reinado de FELIPE V que hubo de pasar todo un siglo sin que se alcanzase ese día tan deseado por el país en que estas atribuciones se vieses completamente separadas siendo preciso una revolución. Ambas son funciones bien distintas. El Poder judicial necesita ser inamovible, el administrativo amovible y variables según las necesidades de cada momento, en las administrativas puede influir el monarca, puede asistir al consejo de ministros y dar su parecer sobre todas las cuestiones que hayan de agitarse dentro de los límites de la admón. Sin embargo, las judiciales no pueden ser interferidas por el Rey pues su poder es incompatible con las funciones del Poder judicial y si alguna vez lo han ejercidos nuestros reyes obraron contra sus intereses y contra los principios de la monarquía*”. J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*, p. 73-74.

¹¹⁸⁶ J. POSADA HERRERA (1845), *Lecciones de administración...*, *op.cit.*

¹¹⁸⁷ Esta misma idea fue defendida por SILVELA, encontrándonos aquí con el problema de qué materias debe conocer el contencioso. Sobre el papel que se atribuye al Consejo de Estado si consultivo o resolutorio.

Legislativo. Va a ser ya a finales del Siglo XIX donde encontremos esta división, limitándonos, como es lógico, a los autores administrativistas¹¹⁸⁸ (que siempre se remiten a la teoría general del Derecho constitucional¹¹⁸⁹).

Los administrativistas comienzan a contemplar que las materias contenciosas puedan recaer sobre la jurisdicción y no sólo propiamente frente a la Administración. El problema, sin embargo, se resolvió con toda facilidad desde el momento en que se concebía a la Administración como un poder gestor de funciones diversas y dotado también de varias potestades. Así entra en juego la tesis aceptada durante todo el siglo de las dos esferas administrativas: Administración directa o activa, que tiene una potestad de mando o imperio, y Administración pasiva, que tiene una potestad de jurisdicción o de mixto imperio, dentro de la cual se encaja con toda naturalidad esta jurisdicción contenciosa¹¹⁹⁰.

De camino a una jurisdicción especial.

La doctrina parece atribuir a SILVELA la concreción de las primeras ideas de este tipo de jurisdicción¹¹⁹¹. Este autor presentó al Congreso el 12 de noviembre de 1838, una proposición de Ley que sirvió de base a las realizaciones de 1845. En ella, se inclina en principio por la tesis administrativista bajo la importación del sistema francés: “*De conformidad con el dogma constitucional, el supremo administrador del Estado debe ser,*

¹¹⁸⁸ “*Nunca he tenido por buena la división del Poder ejecutivo en administrativo y judicial. He creído, y sigo creyendo, que el Poder público o del Estado es fundamentalmente o se manifiesta por modo sustancial de tres maneras, a saber: función legislativa, función ejecutiva y función judicial*”. N. PASO Y DELGADO (1889), *Teoría de los procedimientos Contencioso-Administrativos*, Madrid: El Progreso, p. 9.

¹¹⁸⁹ N. PASO Y DELGADO (1889), *Teoría de los procedimientos...*, *op.cit.* Es reseñable como un ordenamiento jurídico como el derecho constitucional impulsor del derecho del administrativo ha sido en buena parte absorbido por este último.

¹¹⁹⁰ Veamos un par de ejemplos de la tesis: Según OLIVAN, “*la Administración funciona necesariamente en dos distintas esferas: caminando directa e inmediatamente a su objeto, consulta la utilidad pública, provee a los varios servicios y obra espontáneamente sin haberse visto provocada, o bien encuentra en su marcha los intereses individuales con que se roza y que reclaman contra ella*”. A. OLIVÁN (1954), *De la administración pública...*, *op.cit.* p. 197-198. Dentro de esta esfera se encuentra la actividad contenciosa, que consiste en “*resolver sobre las reclamaciones que se elevan contra sus propios actos. Entonces el negocio se hace contencioso y tiene cierta analogía con los juicios de los Tribunales en materia civil. Es entre un particular y el público*”. A. OLIVÁN (1954), *De la administración pública...*, *op.cit.* p. 187 y 198. Así POSADA también se inclinaba sobre la creación de tribunales específicos compuestos por miembros con movilidad a voluntad del Ministerio, pues si fueran inamovibles en nada se diferenciarían de los tribunales ordinarios, presididos por el Jefe político teniendo en cuenta que su persona representa los intereses generales de la nación. J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*, p. 87.

¹¹⁹¹ Vid. Capítulo II. J. R. PARADA VÁZQUEZ (1972), *El poder sancionador...*, *op.cit.*

*al propio tiempo, el Juez supremo en las contiendas administrativas, bajo la responsabilidad de sus ministros*¹¹⁹²”.

Por Decretos de 13 y 16 de octubre y de 26 de noviembre de 1868 suprimen el Consejo de Estado y los Consejos provinciales, pasando sus competencias, respectivamente, a las Salas especiales del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales. Se eliminan así los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero no desaparecen las materias que conocen los mismos que pasan a atribuirse a la jurisdicción ordinaria¹¹⁹³. La Restauración política posterior vino acompañada, como no podía ser menos, de una Restauración institucional: El Decreto-Ley del Ministerio-Regencia de 20 de enero de 1875 restableció la jurisdicción Contencioso-Administrativa en las condiciones en que existía antes de 1868, sin otra diferencia que la que resultaba de encomendar anteriormente a las Comisiones provinciales, establecidas por la Ley de 29 de agosto de 1870, las atribuciones que en la materia ejercían los antiguos Consejos provinciales.

Así se llegó a la Ley de 13 de septiembre de 1888, llamada de SANTAMARÍA DE PAREDES¹¹⁹⁴. Según este autor, la jurisdicción Contencioso-Administrativa venía

¹¹⁹² El Consejo de Estado como antecedente: arts. 6º y 8º sobre los Consejos Provinciales que, tras configurarlos como cuerpos consultivos, señala en su art. 8º que actuarán además como tribunales en los asuntos administrativos. Meses más tarde se promulga la Ley de organización y atribuciones del Consejo Real de 6 de julio de 1845 cuyo artículo 11 dispone que éste deberá ser siempre consultado sobre los asuntos contenciosos de la Administración. Esta norma es desarrollada por sendos Reales Decretos de 1 de octubre de 1854 y 30 de diciembre de 1846. Es destacable también la Ley de 17 de agosto de 1860 orgánica del Consejo de Estado que a tenor de su artículo 1º regula un “*Cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernación Administración y en los Contencioso-Administrativos*”. No puede olvidarse que en esta primera época es la administración la que decide qué asuntos pasan a ser contenciosos y cuales quedan en el estamento de la vía gubernativa o administrativa.

¹¹⁹³ “*Lo esencial es que la Administración se ve privada de sus prerrogativas en orden a lo Contencioso-Administrativo, como consecuencia del rango ordinario que se le ha dado. Por ello, además, la Administración deja de ser competente, como lo era antes, para decidir en cada caso si era procedente o no la vía contenciosa y, además, se priva al Gobierno de su antigua facultad de disentir de los acuerdos de los Tribunales contenciosos. El preámbulo del Decreto-Ley de 26 de noviembre de 1868 expresa muy claramente los argumentos que justifican el cambio de criterio: «La jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido mirada, generalmente, con disfavor; arrancando de los Tribunales muchas cuestiones que debían ser de su exclusiva competencia, atribuyendo el conocimiento de pleitos que frecuentemente eran cuestiones de Derecho civil a corporaciones, cuyos miembros no tenían el carácter de inamovibles, y dejando la resolución definitiva y ejecutoria al Gobierno, arbitro de admitir o desechar los fallos que el Consejo de Estado le consultaba, no inspiraba cumplida confianza, ni a los litigantes, ni al país*”. A. NIETO GARCÍA (1966), “Los orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España”, *Revista de administración pública*, núm. 50, p. 27-50.

¹¹⁹⁴ Su artículo 1º establecía que: “*El recurso Contencioso-Administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los siguientes requisitos: 1) Que causen Estado. 2) Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3) Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo. Por el contrario, en su artículo segundo excluye las facultades que refieran a la potestad discrecional, las de índole civil y criminal o las*

expresándose tradicionalmente en alguna de las cuatro fórmulas siguientes, cuya insuficiencia sólo podía ser superada mediante alguna nueva fórmula armónica:

- El sistema administrativo puro, que se caracteriza por la Revisión del acto administrativo producido en la vía gubernativa; debe resolverse por la misma Administración con jurisdicción retenida¹¹⁹⁵ y mediante el dictamen de cuerpos consultivos.
- El sistema judicial puro, que se caracteriza así: Lo Contencioso Administrativo no es una revisión del acto gubernativo, es un verdadero pleito; en este pleito el Estado puede ser demandado, y además, condenado, como un particular cualquiera.
- El sistema administrativo ecléctico, que se caracteriza porque en él lo Contencioso-Administrativo es una revisión, cierto, del acto gubernativo, pero una revisión que debe hacerse con más formalidades: jurisdicción delegada y funcionarios inamovibles.
- El sistema judicial ecléctico, en el que lo Contencioso-Administrativo no se considera como un pleito como otro cualquiera, sino muy especial, por cuya razón se impone una sala especial dentro de los Tribunales ordinarios de justicia.

Para combatir estas contradicciones SANTAMARÍA DE PAREDES propone un sistema armónico: Lo Contencioso-Administrativo no pertenece ni al orden judicial ni al orden

que correspondan a otras jurisdicciones". L. MARTÍN REBOLLO (1975), "La introducción de la referencia al orden público en el reglamento de lo Contencioso-Administrativo de 1890-1894", *Revista de administración pública*, núm. 78, p. 53 -84. "Pues bien, como digo, la exclusión del orden público del conocimiento de los Tribunales Contenciosos encuentra su apoyatura legal en el artículo 4.º de la Ley de 13 de septiembre de 1888, en cuyo párrafo primero puede leerse: «No corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo: 1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional», exclusión de la discrecionalidad que encuentra su fundamento en la idea inicial de SANTAMARÍA DE PAREDES de configurar el recurso contencioso únicamente respecto de las resoluciones administrativas «que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas» (artículo 1, 2.º, de la Ley de 1888". J. R. FERNÁNDEZ TORRES (2007), *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid: IUSTEL, p. 920.

¹¹⁹⁵ Jurisdicción retenida o propia. Actos gubernativos o actos políticos de actos contenciosos como separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo. Los orígenes del Contencioso-Administrativo a través de los Consejos Provinciales en las leyes de 1845 recuerdan la idea francesa de "jurisdicción retenida". Va a ser la propia administración, a través de órganos "ad hoc", la que debía decidir las cuestiones administrativas, incluidas aquellas que llegan a hacerse contenciosas. Se habla pues, de administración contenciosa, definida en las fuentes como el poder de jurisdicción que se ejerce por los tribunales administrativos. La Ley de Santamaría de paredes establece ya en su Título II un modelo de jurisdiccional delegada la cual será ejercida en nombre del Rey, y por delegación suya, por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo que formará parte del Consejo de Estado y por Tribunales provinciales. Ex artículo 8º. Visto también en A. MOZO SEOANE (2017), *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid: Reus, p. 12.

administrativo¹¹⁹⁶, tiene una situación propia; ni es una segunda parte del procedimiento administrativo, ni es un pleito ordinario que exija conocimientos especiales; surge de la reunión de estos términos: Lo Contencioso y lo administrativo, y no debe estar supeditado ni al Poder ejecutivo ni al judicial¹¹⁹⁷ por la independencia de cada uno de los poderes.

En cuanto al ámbito material las críticas a esta materia venían dadas por la volatilidad de la “*materia contenciosa*”, SANTA MARÍA DE PAREDES establece que el “*quid*” para determinar si una materia es reclamable en vía contenciosa será distinguir entre “*lo administrativo y lo que no es administrativo*”, lo cual depende de la cualidad con la que actúe el Estado: bien como Poder público, ejerciendo su potestad imperativa o de mando, bien como simple persona jurídica en plano de igualdad con los ciudadanos, pues sólo en el primer caso ejercita facultades administrativas (a través de la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión)¹¹⁹⁸.

La verdadera judicialización de nuestra Jurisdicción nace de la Ley de 5 de abril de 1904 de organización del Consejo de Estado, en cuyo artículo adicional 1º se transfiere el ejercicio de la jurisdicción a una “*sala que se creará en el Tribunal Supremo, y se llamará de lo Contencioso-administrativo*” y que “*formará parte integrante del Tribunal Supremo a todos los efectos*”.

Esta jurisdicción es suspendida por la Ley de 27 de agosto de 1938 y restablecida en el año 1944 por Ley de 18 de marzo posteriormente refundida a través del texto refundido de lo Contencioso-Administrativo aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952.

¹¹⁹⁶ Jurisdicción retenida o propia. Actos gubernativos vs actos políticos como separación entre el ámbito político y el ámbito administrativo.

¹¹⁹⁷ A. MOZO SEOANE (2017), *Manual de la jurisdicción...*, *op.cit.* Hito importante en esta evolución lo constituye la Ley de 5 de abril de 1904, de Organización del Consejo de Estado, en cuyo artículo adicional 1º se transfiere el ejercicio de la jurisdicción a una “*Sala que se creará en el Tribunal Supremo, y se llamará de lo Contencioso-administrativo*” y que “*formará parte integrante del Tribunal Supremo a todos los efectos*”. Sala que, en efecto, fue creada y organizada por R. D. de 8 de mayo de 1904. Con ello se inicia la judicialización de nuestra jurisdicción. Suspendida la jurisdicción contenciosa por Ley de 27 de agosto de 1938, fue restablecida por la Ley de 18 de marzo de 1944, en virtud de cuya autorización se dictaría el texto refundido de lo Contencioso-Administrativo aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, que se limitó, según expresa su propio preámbulo, “*a refundir, sin rectificar su esencia, pero sí sus equívocos y antinomias, las variadas y numerosas disposiciones legislativas vigentes en la materia*”.

¹¹⁹⁸ L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo...*, *op.cit.*

3. LA INACTIVIDAD COMO VICIO RECURRIBLE EN VÍA JUDICIAL. LA LJCA 1956 Y LA LJCA 1998.

Si previamente hemos desistido de la búsqueda de un mecanismo administrativo eficaz capaz de combatir la inacción local ante los medios de aplicación y cumplimiento de la normativa¹¹⁹⁹, pasamos a examinar los supuestos previstos a nivel judicial que pudieran encarar tal derrota.

A modo proteico siempre ha habido dos clases de inactividad: Una regulada en la Ley de 1956¹²⁰⁰ (que al hilo del precedente configura el Contencioso como una verdadera jurisdicción)¹²⁰¹ que es la inactividad formal o silencio administrativo y otra, la inactividad material, que pese a encontrar regulación en la jurisprudencia no tenemos constancia de la misma en un texto normativo hasta 1998.

La esencia histórica de la JCA¹²⁰² es la revisión de los actos administrativos¹²⁰³ en virtud de los cuales quedaba sustentada la pretensión administrativa. Es por ello y debido a sus

¹¹⁹⁹ “Es, por otro lado, la época del nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la discusión acerca de la extensión del control judicial sobre los actos y las normas de la administración: en este sentido, y de acuerdo con la situación legal y también por supuesto con la práctica de los tribunales en aquellos años, los jueces controlaban sólo las cuestiones jurídicas o la existencia de los hechos determinantes en la medida en que afectarían a la decisión jurídica, sin llegar nunca a entrar en la valoración de las referidas a la discrecionalidad. En relación con las normas, y por respeto al principio de división de los poderes, los jueces tenían vedado igualmente cualquier pronunciamiento sobre su oportunidad o utilidad...”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes...*, op.cit., p. 89.

¹²⁰⁰ En esta norma se reforma en profundidad la JCA y se erige la misma como una verdadera jurisdicción dentro del Estado de Derecho si bien es cierto que se configura con un carácter revisor, esto es, se basa en la exigencia de un acto administrativo previo sobre el que recaiga el control judicial, lo que hace del recurso Contencioso Administrativo un “proceso al acto” concebido como un verdadero juicio o proceso entre partes.

¹²⁰¹ La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por ello, la Ley instituye un régimen general de silencio administrativo, mediante el cual transcurrido cierto plazo, puede presumirse por el interesado la existencia de un acto que le permita el acceso, si lo desea, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Acudir a ella se considera como una facultad y no como una obligación, con lo cual se restituye la figura del silencio administrativo al sentido que propiamente se le atribuyó originariamente de garantía para los administrados frente a las demoras de la administración.

¹²⁰² “Se insiste, como se venía haciendo desde tiempo atrás, en el carácter revisor de la jurisdicción para no abordar asuntos que no hubieran tenido estado en el expediente gubernativo, por lo que el agotamiento de la vía gubernativa se persigue con meticulosidad”. F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda República*, op.cit., p. 49.

¹²⁰³ “La contraposición ente los modelos francés y alemán ponen singularmente de relieve el debate sobre cuál debe ser la función de la LJCA; tutelar derechos e intereses legítimos o bien controlar la legalidad de

orígenes, que existió controversia acerca de la posible revisión de las actuaciones de las administraciones públicas y no de los actos¹²⁰⁴. Una lanza a su favor parecía blandir la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa afirmando que *“lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expeditiva la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito formal”*.

La Jurisdicción conocía de los recursos contra los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones de carácter inferior a la Ley (art. 1 LJCA. 56). Los actos impugnables eran los definitivos por no ser susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, o de trámite, si estos decidieran directa o indirectamente el fondo del asunto, pusiera término a la vía administrativa, hicieran imposible o suspendieran su continuación (art. 37.1 LJCA), con los límites del artículo 40. En el artículo 37 se reguló el régimen del silencio administrativo negativo y declaró que *“en todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada”*.

Lo que hoy podemos entender como inactividad formal, ocupaba el grueso del art. 38 de la norma: *“Cuando se formule alguna petición ante la Administración y ésta no notificare su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora, y transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición al efecto de formular frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda o esperar la resolución expresa de su petición”*.

El propósito de conseguir la tutela judicial sobre los formalismos permitió al Tribunal Supremo elaborar una doctrina favorable a la revisión, pero sin *“sustituir a la Administración en sus decisiones, ni definir sobre el menor o mayor acierto de éstas, ni*

la actuación administrativa. Algún autor ha señalado que las actuales disfuncionalidades del proceso Contencioso-Administrativo español traen causa en que no logra despegarse de los postulados de una concepción objetiva de la jurisdicción. Por tanto, se señala como el camino a seguir la profundización en la concepción subjetiva en cuanto la misión esencial de la jurisdicción es la defensa de los derechos e intereses legítimos de los particulares, siendo el aspecto de control de la administración una función importante pero que habrá de encuadrarse en la concepción subjetiva”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 79.

¹²⁰⁴ *Ibídem*, p. 85. La existencia de un acto administrativo como presupuesto de admisibilidad de la acción y no como el objeto del proceso contencioso. *“Lo contencioso se articula desde la idea procesal de la satisfacción de pretensiones. Desde esta nueva perspectiva el acto no debe erigirse como obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa”*. Exposición de motivos LJCA.

acoger anhelos de mejora más o menos justificados, o aspiraciones más o menos legítimas de los funcionarios de la Administración, sobre los que sólo a esta compete resolver y contra cuyas resoluciones sólo cabe la revisión jurisdiccional, por haberse dictado contra expresa y concreta normativa establecida por el Ordenamiento jurídico vigente” (STS de 10 de julio de 1959)¹²⁰⁵.

El Tribunal Constitucional ha relacionado el principio de legalidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, que *“asegura la obtención de una resolución fundada en Derecho [...] sobre el fondo del problema planteado ante el órgano judicial”* y con la motivación de los actos administrativos (STC 159/1990, de 18 de octubre)¹²⁰⁶. Todo ello le ha llevado a declarar el control jurisdiccional sobre la inactividad formal o declarativa, ya reconocida por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, y material de la Administración (STC 86/1988, de 3 de mayo y 136/1995, de 25 de septiembre) a partir del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de la que es heredera la Ley de la Jurisdicción de 1998¹²⁰⁷.

Sin embargo, pese a que la LJCA de 1956 omite la segunda gran clasificación de la inactividad, la doctrina ya había peleado por la inclusión de un nuevo tipo de inactividad respecto a la ejecución de los actos o la aplicación de las prestaciones tal y como explica la Sentencia de 16 septiembre de 2013: *“Largamente reclamado por la doctrina jurídica, la ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega*

¹²⁰⁵ Véanse los claros vestigios de preservar inviolable la discrecionalidad de la administración

¹²⁰⁶ La STS de 25 de junio de 1999, declaró que *“el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento a la ley demandan la motivación de los actos administrativos en garantía de la seguridad jurídica, de la igual aplicación de la ley y del derecho a la igual protección jurídica (arts. 9.1 y 103.1 CE). [...] la necesidad de que el administrado conozca el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa (SSTS de 9-2-1987 y 17-11-1988) con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa”*.

¹²⁰⁷ F. PLEITE GUADAMILLAS (2018). “La desidia administrativa: entre la inactividad y el silencio”. *Actualidad administrativa*, núm. 1. El autor encasilla la inactividad en la primigenia jurisprudencia donde se exclusivizaba en prestaciones concretas. Con el tiempo veremos cómo los tribunales son más laxos a admitir según qué pretensiones. J. C. ALLI ARANGUREN (2007), “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”, *Organización y procedimientos administrativos*, p. 497-520.

el mecanismo del silencio administrativo¹²⁰⁸. De esta manera se otorga un instrumento jurídico al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas. Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas”.

Lo cierto es que existía cierta carencia respecto a la posibilidad de reconducir este último tipo de pasividad de la Administración a algún cauce procesal o administrativo con el que poder combatirla. Prueba de ello es que en ocasiones pese a que el administrado tenía reconocido el derecho a la prestación, la misma no llegaba a materializarse. Incluso contemplando en este ámbito la inactividad formal, la estimación por silencio tampoco garantizaba la ejecución de la prestación o pretensión solicitada¹²⁰⁹. Como advierte GARCÍA ENTERRÍA¹²¹⁰: “Esta realidad de una imbricación constante entre uno y otro tipo de actividad, fruto del régimen jurídico peculiar de la Administración, no implica, sin embargo, una confusión entre uno y otro plano que se mantienen perfectamente diferenciados. La simple obtención de un acto jurídico no presupone necesariamente que se obtenga de forma efectiva la prestación que éste reconoce. Por este motivo, los remedios que permiten paliar la inactividad de la Administración no deben detenerse

¹²⁰⁸ Tal y como trataremos de exponer en el Capítulo, el legislador en su articulado sólo materializó una inactividad prestacional y no propiamente la respuesta ante la inacción cuando no operaba el silencio administrativo (producción de un acto administrativo) largo tiempo reclamado por jurisprudencia y doctrina.

¹²⁰⁹ “Con todo, el reconocimiento de la prestación, ya sea a través de un acto expreso ya sea a través de la técnica del silencio positivo no implica que ésta se haga efectiva materialmente. por este motivo, al plantearse la reforma legislativa de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha señalado la necesidad de prever formas de acceso a los tribunales en tales supuestos. En este sentido el CGPJ ha valorado positivamente la posibilidad de acudir a la jurisdicción para exigir el cumplimiento efectivo de este tipo de obligaciones prestacionales”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 58. Con claros ejemplos en la contratación administrativa y la condena en costas.

¹²¹⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo...*, op.cit., p. 67.

únicamente en conseguir la actividad jurídica sino también la correspondiente actividad material. Es más, debe evitarse que esta superposición de inactividades acabe dificultando o dilatando la obtención de la legítima pretensión del ciudadano”. Para ello se crea “in novo” el art. 29 de la LJCA en los casos en los que la Administración esté obligada a la realización de una prestación concreta y en favor de una o varias personas.

4. LA INACTIVIDAD EN LA ACTIVIDAD DE POLICÍA. FORMAL, MATERIAL O FUERA DE SU ÁMBITO.

No resulta fácil tratar de dirimir aquí la naturaleza de la inacción de la Administración local ante la pasividad de alguna de las modalidades o actividades dimanantes de la actividad de policía. El criterio que emplea la doctrina para vertebrar la clasificación de una solicitud o procedimiento es la naturaleza de la actuación omitida, esto es, que la omisión tenga por objeto una actuación jurídica o puramente material.

Discutimos aquí el criterio del carácter formal o material de este subtipo de inactividad que ha lugar en el caso de la inacción de algunos de los medios de la actividad de policía, por entender que pudieran conformarla ambas vertientes¹²¹¹. Hasta el momento, dos subtipos doctrinales parecían encaminados al fin de nuestra búsqueda: De una parte la inactividad formal procesal o procedimental; como falta de ejercicio legalmente exigido de las acciones o facultades procesales atribuidas para la defensa de bienes, derechos o intereses, y de la otra la inactividad material funcional; como la falta de ejercicio de determinadas funciones administrativas, como son de autoridad o policía, de inspección comprobación o análisis de datos hechos o cosas, vigilancia y protección de personas y bienes, actividades de prevención de riesgos o de protección ambiental, o mantenimiento de bienes e intereses públicos.

Aún con todo, tratamos pues de analizar los dos grandes subtipos de inactividad perseguibles por el Poder Judicial y mencionados “*ut supra*”, para a la postre intentar encajar nuestro pretexto en alguno de sendos mecanismos.

¹²¹¹ Esta clasificación maniqueísta nos resulta incompleta tal y como trataremos de razonar en las conclusiones.

4.1. FORMAL.

Por lo que respecta a la inactividad formal, la oportuna pregunta a responder en el caso que intentemos esta vía como solución judicial a nuestro problema, iría de la mano de la posibilidad de recurrir el acto presunto de la no iniciación del procedimiento sancionador, de la inacción local en sus labores de intervención, o de la ausencia de ejercicios de los mecanismos del control de legalidad precitados previa denuncia o requerimiento del interesado¹²¹².

Trataríamos por tanto de este modo de no dejar un vacío legal ante los casos en que los derechos e intereses legítimos puedan resultar afectados y no puedan venir resueltos por la vía de la inactividad material, dando la posibilidad de recurrir por otra vía distinta como es la técnica del silencio administrativo negativo¹²¹³. Nos planteamos así recurrir ante esta técnica a caballo entre la inactividad formal y material, o mejor dicho esta presunta inactividad formal de la que ya se adivina una inactividad material¹²¹⁴.

Por lo que respecta al ámbito sancionador, volvemos a caer en el abismo. Recordábamos en nuestro Capítulo III que no siempre la Administración tiene la obligación de resolver una denuncia administrativa¹²¹⁵, por cuanto de conformidad con lo establecido por el TS en la STS de 28 de febrero de 2007, si no existe obligación de resolver, no cabe la

¹²¹² V. MANTECA VALDELANDE (2015), “Recursos contra la inactividad de la administración pública”, *Actualidad administrativa*, núm. 1. Puede ser inactividad impugnabile la falta de incoación de un procedimiento de revisión de oficio por causa de nulidad o la falta de la recuperación de oficio de un bien de dominio público cuando a la Administración competente le consta su ilegítima invasión. STS 13 diciembre de 2008. No en cambio la falta de pago, por parte de una Administración pública, de una deuda tributaria a otra, pues la obligación que se reclama precisa de la correspondiente liquidación o acto aplicativo que determine su exacta cuantía en relación con los parámetros que configuran la base imponible del tributo, tipo impositivo, etc. STS de 18 de febrero de 2005.

¹²¹³ STSJ de Canarias 47/2013 de 30 de enero (asunto: falta de resolución expresa), SAN de 26 de marzo de 2014 (rec.74/2013) (asunto: reclamación de pagos más intereses legales), STSJ de Cataluña 189/2014 de 27 de marzo (asunto: obligaciones dimanantes del precepto legal de la Ley de Taxi, como obligación de vigilancia e inspección), STSJ de Islas Baleares 189/2014 de 28 de marzo (asunto: autorización para la apertura de dos oficinas de farmacia) que establece que “*la falta de resolución de un expediente es una inactividad, a veces meramente formal, e incluso puede llegar a comportar inactividad material de la Administración cuando la Administración ha mostrado una total inoperancia en la tramitación administrativa que corresponde*”.

¹²¹⁴ Si la administración no dicta el acuerdo de iniciación es que no ha dictado previamente providencia de inspección. Si la administración titular del control de legalidad no responde ante la denuncia de un ciudadano, seguramente y de manera anticipada, tampoco habrá ejercido el oportuno requerimiento o solicitud de ampliación de la información.

¹²¹⁵ Vid. Capítulo III. Pág. 44 a 46 sobre la relajación de la obligación de resolver ante la interposición de una denuncia administrativa en la actual LPACAP.

aplicación del acto presunto y por consecuente no será viable la inactividad formal. “Se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen de silencio positivo no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. (...) El silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no estén recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento”. Añadiendo además en la STS de 16 de diciembre de 2019¹²¹⁶ que “ahí, ante una regulación procedimental específica y exenta de dudas, debe afirmarse que la solicitud deducida, por desatenderla frontalmente y no situarse dentro del cauce que prevé, no podía producir efecto jurídico alguno. (...) En definitiva, cuando el ordenamiento prevé y regula un procedimiento específico para decidir determinada cuestión, es en él, no en otro, donde ha de adoptarse tal decisión”.

Salvando el escollo de la excepción a la obligación de resolver que entrañan parte de estos procedimientos, la dificultad intrínseca del control de la inactividad local en el ejercicio de la actividad de policía a través de esta vía tiene base en la denominada “discrecionalidad de actuación” o “discrecionalidad de iniciativa¹²¹⁷”, esto es, aquellos casos en los que la Administración puede optar entre actuar y no actuar¹²¹⁸. Incluso

¹²¹⁶ Fijando doctrina casacional al establecer: “Que el silencio administrativo positivo que preveía el último inciso del párrafo segundo del artículo 43.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, no opera cuando, estando previsto normativamente un procedimiento singular para alcanzar el efecto jurídico solicitado, la solicitud se desentiende de sus trámites y se sujeta sólo a las reglas generales del procedimiento administrativo común. La aplicación de estas consideraciones al caso enjuiciado impide apreciar que el denunciante tuviera un interés legítimo, pues no ha resultado acreditado que la situación jurídica del denunciante-recurrente experimente ventaja alguna por el hecho de que la sanción por él pretendida sea superior a la impuesta, debiendo negarse, en consecuencia, legitimación para recurrir en sede contencioso-administrativa, sin que ello implique violación del artículo 24 de la Constitución, pues este derecho también queda satisfecho ante una decisión fundada de inadmisión y no abarca el derecho a que la respuesta de los tribunales se acomode al deseo del recurrente”.

¹²¹⁷ En efecto, en el tema de las pretensiones que pueden deducirse en los procesos Contencioso-Administrativos está planteando, en definitiva, el alcance del control jurisdiccional sobre la administración pública. Este control debe realizarse teniendo en cuenta cuál es su posición constitucional. (Arts. 103 y 106 CE) y en qué medida debe incluirse en la misma el ejercicio de potestades discrecionales. Por tanto, si bien podemos partir de un esquema de pretensiones común a otros ámbitos del derecho, (declarativas, constitutivas y de condena), debemos tener en cuenta la presencia de un sujeto peculiar, la administración pública, que tiene encomendado unos fines de interés general y al cual el ordenamiento le atribuye unos determinados medios de carácter exorbitante para conseguirlos.

¹²¹⁸ V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 107. Hemos visto que pese a que la potestad sancionadora, inspectora, o los mandatos de los poderes públicos hacia el cumplimiento de las obligaciones de los particulares tienen un carácter reglado y obligatorio, gran parte de sus actuaciones presentan un halo de discrecionalidad. Sobre el control de las potestades administrativas L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho...*, op.cit. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.

cuando la Administración tuviera la obligación de resolver, la estimación o desestimación de la solicitud de un procedimiento de policía no conllevaría de manera automática la pretensión invocada, sino que obligaría a la Administración a poner en marcha el oportuno procedimiento administrativo, excediendo todas estas actuaciones el ámbito de la inactividad formal¹²¹⁹.

El no actuar¹²²⁰ que hemos descrito como causa de inacción, se visualiza en el ordenamiento jurídico ante la ausencia del acuerdo de iniciación de un procedimiento sancionador, la inexistencia de una providencia de alcaldía ordenando una inspección administrativa en concreto, la ausencia de personal inspector autónomo que levante informe o acta de inspección, e incluso pasividad de los controles administrativos por parte de la AGE y las CCAA.

Es por ello que de lo estudiado podemos sacar como conclusión que, en el mejor de los casos, la vía de la inactividad formal-procesal sería esgrimible recurriendo el acto presunto únicamente cuando la Administración estuviera defendiendo su propio patrimonio que es exclusivamente cuando conserva la obligación de resolver. Incluso a tenor de la jurisprudencia a citar, sin la necesidad del acto presunto si la EELL en el plazo de treinta días no ha ejercido dichas acciones podrá ser condenada por inactividad.

Por cuanto qué debemos entender por las acciones necesarias de la defensa de su patrimonio (bienes y derechos), es ilustrativa entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2000 se afirma que las EELL tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos, y cualquier vecino podrá

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2017), *Curso de Derecho Administrativo, op.cit.* “Pero en relación con la posibilidad de omitir discrecionalmente determinadas actuaciones materiales me parece oportuno hacer una precisión. Muchas de estas actuaciones traen causa de un título jurídico que las concreta (ejecución de sentencia, acometida en plazo de un vial, pago deuda líquida) y, a salvo de que éste disponga otra cosa, no es posible admitir márgenes de discrecionalidad de ningún tipo en el que justificar la irrealización de la actividad de que se trate. Solo cuando existe, como sucede por el contrario, para toda la restante actividad material de la administración, un apoderamiento genérico pero no un título jurídico que concrete el contenido de la actuación a realizar, dispone la administración de un margen de discrecionalidad en el que la conducta omisiva puede no constituir un supuesto de inactividad administrativa”. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, Navarra: Aranzadi, p. 115.

¹²¹⁹ Circunscribimos la inactividad formal a la ausencia de resolución de la administración, no a la puesta en marcha de actos jurídicos o de un procedimiento administrativo en el margen de una potestad discrecional. Describimos en el párrafo un elenco de los actos administrativos que serían necesarios para satisfacer la pretensión del interesado que exceden la mera obligación de resolver.

¹²²⁰ Huelga mencionar que a tenor de lo dispuesto en la STS de 16 de septiembre de 2013: “El recurso contencioso-administrativo, por su naturaleza, no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativas, sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”.

requerir su ejercicio a la Entidad interesada. De suerte que, a falta de ejercicio de las mismas en el plazo de treinta días por parte del Ayuntamiento, dará lugar a la posibilidad de que los vecinos interesados puedan ejercitarlas por sí mismas con las consecuencias previstas en el artículo 68 de la LBRL relativas al resarcimiento de las costas y daños y perjuicios que le hubieran causado al vecino en el caso de que prosperase la acción¹²²¹. Y no propiamente una defensa de su patrimonio mediante el ejercicio de actividad de policía antes referida y comentada en la STSJ de Navarra de nuestra tesis, sino como cauce procesal ante procedimientos de deslinde, investigación, recuperación de oficio o desahucio administrativo¹²²² mayoritariamente defendidos en la vía civil y con cabida propiamente en la inactividad material¹²²³.

4.2. MATERIAL.

Esta otra gran categoría de la inactividad, se sustancia en aquellos procedimientos que personifiquen el otorgamiento de una prestación material o aquellos iniciados de oficio en los que el silencio no opera (aquellos procedimientos que causan efectos desfavorables al interesado)¹²²⁴, pues a tenor de lo dispuesto en el preámbulo: *“El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo”*.

A nivel normativo es el artículo 29 .1 de la LJCA el que abarca la inactividad prestacional a través de una doble modalidad¹²²⁵: En este primer párrafo precisa que exista una

¹²²¹ De forma similar, la Sentencia de 23 de abril de 2001 del Tribunal Supremo.

¹²²² Artículo 68_ 1. *“Las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos. 2. Cualquiera vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quienes pudiesen resultar afectados por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de las mismas por un término de treinta días hábiles”*.

¹²²³ Vid. Conclusiones.

¹²²⁴ Entendiendo aquí al interesado sobre el que recae el derecho subjetivo y no sobre el denunciante (interés legítimo). ¿Luego, sobre quién recae un derecho subjetivo en los procedimientos iniciados de oficio o con efectos desfavorables para el interesado sino es sobre el propio sancionado?

¹²²⁵ En cambio, el apartado dos no contempla tanta variedad de actividad, sino que se centra en una sola: La inejecución de actos firmes. Puede verse un cierto paralelismo entre el apartado 1 y 2 en tanto que el primer apartado también cubre la inejecución de prestaciones derivadas de actos administrativos, pero realmente son situaciones totalmente diferentes, a razón de que el segundo apartado del artículo exige como requisito que estos actos sean firmes y ejecutivos, lo que aún no ha sucedido en el primero.

disposición general, un acto o un convenio administrativo que obligue a la Administración a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas que además tuvieren el derecho a ella, emplazando al interesado a una reclamación que en el caso de desatenderse en el plazo de tres meses, habilita directamente al recurso Contencioso.

El primero de los apartados pretende abarcar todos los posibles orígenes de la actividad administrativa, ya sea mediante disposiciones generales, actos, contratos o convenios administrativos. Para la utilización de esta vía procesal se derivan del precepto tres requisitos: En primer lugar, la existencia de una obligación para la Administración, ya sea un deber de dar, hacer o no hacer algo. Lo que puede resumirse en una actividad material concreta, y cuyos destinatarios también sean determinados.

Un segundo requisito vendría de la mano de la fuente de la obligación, que debe ser una disposición general, un acto, contrato o convenio administrativo que fije con claridad la obligación sin precisar acto posterior de aplicación.

El tercer requisito sería el sentido de la obligación de la Administración, debiendo realizar la Administración una prestación concreta con sentido en un derecho subjetivo del accionante¹²²⁶.

A modo de conclusión y tal y como acierta la STS de 24 de julio de 2000, han de concurrir unos requisitos tanto objetivos como subjetivos que pasan por lo siguiente: *“Para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación, con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que, en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad, ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga*

¹²²⁶ Problema de la legitimación antes mencionado.

la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general”.

Esta inactividad material ha sido acompañada del término “*prestacional*”¹²²⁷ cuyo significado no se opone al de la cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de una obligación legal¹²²⁸. Por lo que generalmente es más sencillo describir la inactividad material desde la noción del servicio público¹²²⁹, que desde la actividad de policía.

Así esta inactividad material debe traducirse para ser recurrible, en una inactividad prestacional, siendo lo complejo tratar de argumentar o demostrar que el poder de policía y los medios de aplicación del derecho son “*prestaciones*” de las que disponen los ciudadanos y/o interesados para denunciar a la Administración el incumplimiento del Derecho administrativo amparado por la ley¹²³⁰.

La falta de producción del acto de aplicación de una norma no es inactividad a estos efectos (el articulado no coincide con la voluntad teleológica de la norma expresada en el preámbulo); pues ésta exige que la disposición no requiera, precisamente, de acto alguno de aplicación. STS de 30 de abril de 2005. Para nuestro caso obligaciones derivadas de disposiciones generales que no precisen actos de aplicación¹²³¹.

¹²²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed.

¹²²⁸ “*Con todo, las tesis que apuestan decididamente por dar un papel relevante a las relaciones jurídicas en el estudio del Derecho administrativo señalan que estas relaciones no siempre se inician como consecuencia de una actividad de la administración, sino que las mismas son generadas en muchas ocasiones por los particulares a través del ejercicio de un derecho subjetivo ante el cual surge la obligación de realizar una determinada prestación. Es el caso de los denominados derechos prestacionales*”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 38.

¹²²⁹ Aquí nos reafirmamos en la idea de que esta inactividad material está más bien pensada en el ámbito de los servicios públicos que de la actividad de policía. Esto es, que la inactividad funcional sólo tiene control en vía judicial cuando deviene en una inactividad prestacional. Vid. Cita 1284 acerca de la idea de discrecionalidad.

¹²³⁰ Respecto a esa obligación a realizar una prestación concreta que predica el art. 29: “*El problema que examinamos debe plantearse, por tato, en los siguientes términos, si la habilitación legal es indeterminada, no reúne los requisitos que debe tener toda obligación y, por tanto, difícilmente puede traducirse en mandatos jurídicos. En cambio, en la medida que la habilitación legal tenga una serie de módulos o criterios, mayores o menores, que permitan considerar que la prestación es determinable, estaremos ante una obligación y, por tanto, susceptible de traducirse en mandatos jurídicos más o menos precisos. Sobre los requisitos de la prestación en especial de la determinación*”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 112.

¹²³¹ “*En este sentido, cabe advertir que la jurisprudencia ya ha establecido algunas pautas para considerar cuándo estamos o no ante una norma de directa aplicación. Tales pronunciamientos jurisdiccionales se han realizado a la luz del antiguo art. 28.1.b) de la LJCA de 1956, en efecto en este artículo se venía*

4.2.1. EL ELEMENTO OBJETIVO.

Por ello, el potencial elemento objetivo de esta inactividad en la actividad de policía son las obligaciones (prestaciones) que no necesitan de un acto de aplicación, puesto que tal y como afirma la STS 7081/2004 de 14 de diciembre: *“A tenor del artículo 29.1 citado para que pueda hablarse de inactividad administrativa es necesario que la Administración este obligada a desplegar una actividad concreta que este establecida directamente por una disposición general, o un acto, contrato o convenio administrativo y de la cual sean acreedoras una o varias personas determinadas”*.

Por el contrario el TS aclara que no debiera considerarse inactividad material: *“Cuando existe un cierto margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso Contencioso-Administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración¹²³²”*.

reconociendo legitimación para la impugnación directa de reglamentos a determinadas entidades siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos. En sus inicios los tribunales consideraban que muy pocos reglamentos eran de aplicación directa sin acto interpuesto de aplicación. No obstante, a partir de 1983 se advierte un cambio de criterio jurisprudencial...”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 116. *“En definitiva, a través de una serie de criterios más o menos precisos podemos determinar la existencia de disposiciones generales que no precisan actos de aplicación y que, por tanto, entran dentro del ámbito de aplicación del recurso contra la inactividad de la administración. Fuera de dicho ámbito quedan, por tanto, las obligaciones derivadas de disposiciones generales que precisen actos de aplicación, donde sólo quedaría acudir a la técnica del silencio administrativo mediante la vía del art. 25. Por el contrario, cuando en la disposición general (sanciones, mantenimiento), existen elementos de discrecionalidad, la técnica del silencio negativo parece menos satisfactoria debido a que no siempre el tribunal podrá reconocer una situación jurídica individualizada y adoptar las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de las mismas”*. J. ESTEVE PARDO (1999), *Técnica riesgo y derecho*, op.cit., p. 119-121.

¹²³² STS de 14 de diciembre de 2007 y 18 de noviembre de 2008. La LJCA no constituye un cauce procesal idóneo para pretender el cumplimiento por la Administración de obligaciones que requieren la tramitación de un procedimiento contradictorio antes de su resolución. En otras palabras, no será eficaz el recurso contra la inactividad material en aquellas actividades que dimanen de elementos discrecionales de potestades administrativas de las EELL.

Prácticamente toda actuación en el marco de la actividad de policía de la Administración requiere un procedimiento administrativo. Además, el halo de la discrecionalidad siempre descansa sobre las potestades de control (inspectora y represiva)¹²³³, e incluso en el control de legalidad un tenue podrá del art. (63 LBRL) parece informar el ejercicio de supervisión por parte de la AGE y de las CCAA.

Resulta sorprendente que a pesar de que el art. 29.1 parece haber circunscrito la inactividad material a una cierta prestación, el preámbulo acertaba a decir que: *“Una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo”*.

Esta previsión del preámbulo no materializada en el artículo permitiría recurrir de este modo lo que hemos denominado inactividad formal de la que se adivina una inactividad material. Exhortaríamos a la Administración a la producción de un acto expreso de inicio del procedimiento que conllevaría de manera inequívoca a la ejecución material, pudiendo apoyarnos una vez llegados a este punto en la inactividad formal (necesaria obligación de resolver) o de la inactividad de ejecución de actos firmes del art. 29.2.

Es de este modo como sí parece darse solución a todos los procedimientos dentro de la actividad de policía envueltos por el halo de la discrecionalidad y donde la Administración no tiene una propia obligación de resolver. Si se lograra cristalizar esta previsión, se obligaría a trasladar la difícil carga de la prueba sobre la discrecionalidad o no del acto, poniendo los tribunales a la Administración en el punto de mira para combatir la discrecionalidad de un modo certero.

¹²³³ Sobre la importancia de determinar el tipo de potestad antes de dilucidar si es recurrible la inactividad. *“La potestad vendrá referida a la noción del servicio público que tiene que dar la administración, potestad en el sentido de la vinculación a la que está sometida la administración, la sujeción al interés de la colectividad de allí que queramos hacer una disgregación conceptual del término en potestad funcional en potestad funcional prestacional, no en la vía de permitir un mayor arraigo de la teoría de la discrecionalidad por medio de la cual esa virtud potestativa le confiera la decisión de la prestación, sino que por el contrario a razón de ser un poder deber que es intrínseco a su naturaleza y le compele a la acción de la prestación debida según el ordenamiento jurídico”*. A. ENRIQUE MORA ESPINOZA (1998), *El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública*, tesis doctoral, Dir. J. GONZÁLEZ PÉREZ, Universidad Complutense de Madrid, p. 44.

4.2.2. EL ELEMENTO SUBJETIVO.

Siendo harto difícil expugnar el escollo de la prestación o ámbito objetivo de la inactividad material, tratamos de explorar ahora la vertiente subjetiva¹²³⁴. Un punto clave en este tipo de inactividad hace referencia a la posición subjetiva de los vecinos respecto de la actividad de la Administración¹²³⁵.

El aspecto más relevante de este tipo de inactividad es tanto la tarea o función de la administración como la posición subjetiva del reclamante o denunciante, por cuanto cabe preguntarse: ¿Ante quién surge esta futurible inactividad funcional?

Es evidente que el destinatario de una prestación material en una actividad de fomento como es el caso de una subvención, tendrá la legitimación suficiente para reclamar la actuación municipal en el caso de que se cumplieran los requisitos del art. 29. Pero en cuanto a la actividad policial la tarea no es tan sencilla¹²³⁶.

Para identificar a los destinatarios de la inactividad administrativa conviene analizar el elemento subjetivo (*“vecino que tuviera derecho a una prestación concreta”*¹²³⁷) ex art.

¹²³⁴ Con todo, no parece demasiado exultante analizar ahora si los interesados en un procedimiento dimanante de la actividad de policía tienen o no derecho a la prestación, una vez ha quedado excluida la prestación de hacer cumplir el derecho como obligación legal que no necesita actos de aplicación.

¹²³⁵ Respecto de los derechos subjetivos que subyacen en la potestad sancionadora, no solo el ciudadano sino también del sancionado: *“Existen unos límites de la potestad sancionadora de la administración que de manera directa se encuentran contemplados en el art. 25 de la CE y dimanar del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas”*.

¹²³⁶ *“Obligaciones y derechos subjetivos de titularidad administrativa surgen con normalidad de las previsiones normativas, del ejercicio de potestades jurídicas o de la constitución de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, la comprobación de la existencia de obligaciones jurídicas a cargo de la administración cuyo contenido consiste en la realización de una determinada actividad es tarea que no ofrece grave dificultad. El incumplimiento por omisión de estas obligaciones de obrar en cuanto que infracción de un deber jurídico y quebrando de la legalidad puede incluirse sin dificultad, como se ha explicado entre los supuestos de inactividad administrativa”*. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración, op.cit.*, p. 100.

¹²³⁷ Según GÓMEZ PUENTE: *“El legislador ha cometido en este punto un exceso que obedece a su afán de circunscribir la inactividad al incumplimiento de deberes concretos. Así según esta opinión, la determinación o identificación de los beneficiarios de la obligación administrativa no constituye una condición de concreción o definición de su contenido, toda vez que concretan obligaciones de hacer, más aún en un Estado social, pueden establecerse en interés general de la colectividad, sin que puedan referirse a una persona o personas determinadas”*. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración, op.cit.*, p. 53.

29.1 LJCA de esa forma de acción administrativa local tratando de adivinar así los efectos que ésta produce en su esfera jurídica¹²³⁸.

El Tribunal Supremo ha determinado pues, que para que pueda prosperar la pretensión vehiculada mediante el art. 29.1 de la LRJCA, es necesario que reclame aquel que tenga derecho a la prestación a que viene obligada la Administración. No es suficiente invocar el posible beneficio que implique para el recurrente una actividad concreta de la Administración (interés legítimo), sino que en el supuesto del art. 29.1 de la LRJCA, lo lesionado por la inactividad ha de ser necesariamente este derecho del recurrente (derecho subjetivo).

La segunda sentencia a que se quiere hacer referencia es la STS de 8 de enero de 2013 dictada en el recurso de casación N° 7097/2010 que, con remisión a un pronunciamiento anterior, es más clara sobre la concreta legitimación exigida en este ámbito: *“Nuestro punto de partida ha de ser el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, que es el que delimita cuál puede ser el objeto del proceso dirigido contra la específica inactividad de la Administración que en él se regula y que, indirectamente, marca también la legitimación para accionar acogándose a este precepto, pues, entre otras circunstancias, de él se desprende que para obtener éxito en el mismo no es suficiente con ser titular de un interés legítimo, sino que es preciso ostentar un derecho, conforme a los requisitos que en él se ordenan para poder acudir a este remedio jurisdiccional frente a una inactividad administrativa (...)”*.

El denunciante interesado.

Parece clave llegados a este punto, la hermenéutica respecto al *“que tuvieran derecho a ella¹²³⁹”* predicable en afinidad a la prestación de la que es deudora la Administración. Este derecho a la prestación en la tipología de actividad local que venimos defendiendo

¹²³⁸ *“El elemento subjetivo es fundamental en la actividad de policía. al existir cierta discrecionalidad. cuando actuar, ante quien, bajo qué vulneración. en cambio, la legitimación para interponer el recurso del art. 29.2 es más amplia, de modo que, estarán legitimados en virtud del mismo precepto todos los afectados por el acto no ejecutado, no solo el interesado”*. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 39.

¹²³⁹ La ausencia de inspección si podría condenarse con la inactividad según ciertas sentencias que aplican el término prestación con un carácter extensivo. Sentencia del TSJ de Cataluña 189/2014 de 27 de marzo (asunto: obligaciones dimanantes del precepto legal de la Ley de Taxi, como obligación de vigilancia e inspección) dicen en cuanto al término *“prestación”* que éste debe entenderse en el sentido civil del objeto de las obligaciones, que puede consistir en un dar, hacer o, incluso en un no hacer.

debemos cohonestarlo con el derecho del denunciante en el procedimiento administrativo que tal y como tantas veces ha repetido la doctrina difiere de la condición de interesado.

Al denunciante que se le confiere la condición de interesado se le viene legitimando para recurrir en los procedimientos sancionadores, tratando de distinguir si esa condición abarca o no la incoación del expediente sancionador. Conviene traer aquí a colación la cuestión de si el denunciante puede exigir de la Administración el inicio de un procedimiento sancionador o el ejercicio por parte de la Administración de una actividad de policía o intervención.

En general, los tribunales no niegan la posibilidad de que el denunciante pueda tener un interés legítimo que le dé tal facultad, pero lo aceptan restrictivamente¹²⁴⁰ y muy rara vez lo detectan habida cuenta que de lo expuesto deducimos que no sería suficiente la institución del interés legítimo y que debiéramos declinar en un derecho subjetivo¹²⁴¹.

Sin embargo, la presencia de un interés legítimo e incluso a veces de un derecho subjetivo no alcanzan el título equivalente de “*tener derecho a una prestación concreta*” para esta forma de acción administrativa. Y de mayor a menor condición¹²⁴², menos lo será en todo

¹²⁴⁰ Y cuando aceptan este interés no siempre quiere decir que lo hagan para ordenar a la administración a dictar un acuerdo de iniciación en el ejercicio de una potestad con tintes discrecionales. Pues atribuir un interés legítimo no quiere decir tener derecho a una prestación. A. HUERGO LORA (2018), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Iustel. El denunciante interesado. Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2019. “(...) No debe confundirse el interés legítimo con una satisfacción personal o moral del denunciante/perjudicado, ni sustentar su legitimación en el intento de paliar el ataque moral sufrido, provocando una cicatrización de la herida espiritual sufrida o en su «desasosiego y desmoralización», tal y como pretende la sentencia recurrida en casación. Cuando el denunciante/perjudicado lo que pretende discutir en sede jurisdiccional es la gravedad de la infracción y sanción impuesta, y para ello aduce un perjuicio a su esfera moral, que no le reporta un beneficio o ventaja material alguno, fuera de la satisfacción personal en que se cumpla con la legalidad y se imponga la sanción que él considera justa y adecuada, se confunde el interés legítimo con un interés por la defensa de la legalidad, que no queda amparada en nuestro ordenamiento jurídico fuera de los excepcionales supuestos en los que se reconoce una acción pública”. Sobre este aspecto E. COBREROS MENDAZONA (1995), *La posición del denunciante en el procedimiento...*, op.cit., p. 761-794.

¹²⁴¹ Se plantea el tema de si la presencia de terceros interesados puede transformar los efectos de la inactividad administrativa. Tal circunstancia tiene singular interés en los procedimientos iniciados de oficio. La nueva regulación del procedimiento administrativo común establece para estos procedimientos el efecto de la caducidad cuando los mismos no sean susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos.

¹²⁴² La acción pública. STS de 13 de febrero de 1985. “*El elemental principio de la acción pública hace innecesario estar en posesión de un derecho subjetivo previo o de un interés directo en el asunto, como exige nuestra ley jurisdiccional*”. El reconocimiento de una acción pública contencioso-administrativa es una de las notas características de nuestro Derecho Urbanístico que, desde la Ley del Suelo de 1956, se mantiene hasta nuestros días. En la actualidad esta especial forma de legitimación se recoge en el TRLS de 1992, aun parcialmente vigente, cuyo art. 304, en calidad de norma de aplicación plena establece que: “*Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales Contencioso-Administrativos, la observancia de la legislación urbanística y de los planes, proyectos, normas y ordenanzas.2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá*

caso la acción pública¹²⁴³ urbanística o ambiental como un instrumento suficiente que atribuyera al denunciante la legitimación procesal para reclamar la inactividad considerándolo destinatario de la prestación material de esta tipología de inactividad regulada en el art. 29.1¹²⁴⁴.

Sin embargo, el interés legítimo del denunciante sí podría abarcar la condición necesaria para exhortar a la Administración a la producción de un acto expreso como subtipo de inactividad material¹²⁴⁵ si hiciéramos uso de lo previsto en el preámbulo, traduciendo la concreta prestación en la producción del acto expreso previo siempre que se goce de un interés legítimo y desconociendo a la fecha por qué la Administración en el art. 29.1 no plasmó esta idea.

4.3. HETEROGÉNEA JURISPRUDENCIA DEL CASO CONCRETO.

Pese a los intentos infructuosos de combatir la pasividad local a través de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ello no obsta a que en ocasiones los jueces hayan usado la

ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística". El plazo en el que se permite el ejercicio de la acción popular no se predetermina directamente en esta norma estatal (como ocurría con la Ley del Suelo de 1976), sino que se hace por remisión a los plazos durante los cuales puede la Administración competente tomar medidas de restauración de la legalidad urbanística infringida, cualquiera que estos sean¹²⁴². El actual art. 62 del TRLS que recordamos establece que: "Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística".

¹²⁴³ Distinta legitimación del 29.1 y el 19.2. D. REGO BLANCO (2006), *Ante la inactividad local...*, *op.cit.* De la acción pública se ha señalado que aun en estos casos se trata de una técnica de protección de derechos colectivos en la línea del art. 7.3 de la LPOJ de modo que tampoco se excluye en absoluto el aspecto subjetivo de la tutela y de la acción (y, por tanto, de las eventuales sentencias, que ninguna razón puede justificar que tengan que ser meras sentencias declarativas sin pronunciamientos de condena y así lo prueba la jurisprudencia). Por antónimo cabe mencionar que en muchas ocasiones la jurisprudencia utiliza la acción popular como argumento "*a fortiori*" para reforzar la legitimación del recurrente. Pero dicha legitimación ya existe por la presencia de intereses legítimos afectados por el acto que se impugna. En estos casos, lógicamente es factible pensar en pronunciamientos de condena y no de mera anulación. Por lo que respecta a los supuestos en que estrictamente existe una acción popular, de mero control de legalidad, los Tribunales son bastante restrictivos a admitir, por ejemplo, una pretensión indemnizatoria, por cuanto esta técnica tampoco parece satisfacer nuestro interés.

¹²⁴⁴ Imaginemos el propietario de una vivienda en cuyo solar contiguo se abandonan residuos, provienen malos olores o existe excesiva vegetación carente de cuidado que en época de estío pudiera originar incendio.

¹²⁴⁵ Toda vez que el tribunal reconociera que concurren todos los presupuestos necesarios para el ejercicio del procedimiento administrativo sobrevolando así el halo de los elementos discrecionales, por cuanto esa legitimación del denunciante no le habilitaría directamente a la producción del acto.

inactividad material de manera más abierta a lo que expone esta teoría, y en otros por el contrario, hayan sido aún más restrictivos de lo dispuesto en la normativa. Este hecho acaece correlativo a la interpretación de la inactividad material sobre el cauce del acto expreso del preámbulo o de la estricta prestación del artículo 29.

En concreto, la STSJ de Aragón 1017/2017 de 12 de febrero condena por inactividad a la Administración a iniciar el procedimiento de concentración parcelaria contenido en el Decreto 41/2008¹²⁴⁶ de 26 de febrero con expresa condena en costas: *“Fallamos declarar la inactividad de la Administración en el procedimiento de concentración parcelaria iniciado mediante Decreto 41/2008, de 26 de febrero del Gobierno de Aragón, por el que se declara de utilidad pública y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Híjar (Teruel), y, en consecuencia, condena a la Administración a la continuación del mismo por sus trámites, todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada, en los términos establecidos en el último fundamento de derecho de esta sentencia”*.

Aún con todo parece defendible sin objeción este supuesto por inactividad material ya que era un procedimiento de concentración obligado por Ley a realizar realmente una *“prestación”*, o un servicio al que los ciudadanos tenían derecho¹²⁴⁷ sin extralimitarse del art. 29.1.

Contrariamente la Sentencia del TSJ de Castilla-León 520/2013 de 27 de marzo acerca de ilegalidades en construcciones. En el caso que le atañe no entiende el juzgador que la LUCYL configure de forma agotadora una obligación de la Administración, esto es, una prestación de contenido concreto que no necesita de actos de aplicación tanto para restaurar la legalidad urbanística como para imponer la correspondiente sanción. Entiende por el contrario que para ello es necesario seguir un procedimiento con distintos trámites y quedando estas pretensiones fuera de la vía del artículo 29. LJCA¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ DISPONGO: Artículo 1º. *“Declaración de utilidad pública. Se declara de utilidad pública y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Híjar (Teruel)”*.

¹²⁴⁷ Supuesto de inactividad material en su modalidad normativa, al no desarrollar la administración un procedimiento previsto *“ex lege”*, parangonable a la inactividad material reglamentaria.

¹²⁴⁸ Aquí ni siquiera se entra a valorar la legitimación, se establece fuera del ámbito subjetivo del 29.1. No queda incluido como procedimiento de inactividad formal ni como inactividad material. Con este detalle vendríamos al absurdo porque cualquier prestación material de la administración exige una serie de actos administrativos y notificaciones previas que no podemos invocar que no existen para ejercitar el art. 29.1

Asimismo, en la Sentencia del JCA de Soria de 31 de julio de 2017. Se condena por inactividad al Ayuntamiento de Soria como consecuencia de los daños sufridos por un vecino colindante de una cancha deportiva sobre la que el Ayuntamiento no ejercía ningún tipo de control (ruidos, seguridad pública, daños). En este caso no hay propiamente identidad respecto de lo indicado en la tesis. Se pide el inicio de un expediente sancionador porque se acreditan unos daños evidentes y además queda acreditado que el Ayuntamiento ha incumplido la ley del ruido con esa construcción. Esto es, no es el fundamento de la inactividad el que gana la batalla sino el de la responsabilidad objetiva. Se aportan asimismo daños psicológicos, la condena arrastra más de siete años de luchas, y los técnicos municipales reconocen la inacción. Con todo, es uno de los escasos supuestos donde triunfa la inactividad material para la condena a la Administración al inicio de un procedimiento de sanción y de restauración de la legalidad con la subsecuente sentencia de condena indemnizando a los interesados¹²⁴⁹.

De otra parte, la STSJ de la Sala del CA Sentencia núm. 1673/2016 de 12 septiembre. JUR 2017\34727 de Andalucía condena al Consistorio a realizar cuantas acciones sean necesarias para cumplir el PGOU y proceder a la urbanización de la unidad de ejecución en cuestión con la *“asunción por la Administración demandada del coste de dichas obras en todo aquello que supere la cantidad de 597.257,88 euros”*, según el proyecto aprobado en su día.

El ámbito objetivo de la inactividad material en este caso es indiscutible por cuanto no es necesaria la aplicación o desarrollo de un instrumento urbanístico a mayores, sino que dicha obligación ya quedaba contenida en el PGOU. La ejecución de la urbanización se configura como un derecho de los interesados y como una clara obligación del Ayuntamiento a actuar.

porque si no nos meteríamos en una dicotomía sin salida y por algo el legislador ha querido diferenciar el 29.1 (aún no hay acto resolutorio firme) del 29.2 donde sí que existe un acto resolutorio de carácter firme.

¹²⁴⁹ Ante la respuesta de cuál debe ser la sentencia respecto de la pretensión de inactividad material. Con base en la Sentencia TSJ de Galicia 132/2014 de 26 de noviembre: *“Cuando la vía procedimental elegida es la de la inactividad del artículo 29.1, la pretensión ha de limitarse a los términos del artículo 32.1 LJCA (condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en la disposición general, acto, contrato o convenio administrativo), de modo que la condena al abono de daños y perjuicios solamente cabrá, en fase de ejecución, en caso de incumplimiento de los pronunciamientos del fallo estimatorio, resultando improcedente la petición de indemnización de daños y perjuicios en el suplico de la demanda del recurso contra la inactividad”*.

La excepción que confirma la regla. Ruidos: De la inactividad a la actividad ineficaz.

Los problemas por el ruido trascienden en numerosas ocasiones las molestias o los conflictos de convivencia para devenir en un verdadero daño a la salud¹²⁵⁰.

Esto es lo que ocurre con el ruido generado por los bares, cafeterías, pubs y discotecas, que por una presión sonora superior a lo permitido o por falta de aislamiento acústico adecuado, exceden el nivel de ruido máximo legalmente permitido y recomendado por la OMS¹²⁵¹.

Los obligados a actuar son los Ayuntamientos, pues son estos quienes ostentan las competencias o atribuciones directas en materia de disciplina urbanística y medioambiental¹²⁵². Tradicionalmente, la jurisprudencia consideró que la inactividad predicada en el art. 25.2 LJCA habría de entenderse en los precisos términos recogidos por la RAE: “*Falta de acción*”. Por eso, en aquellas ocasiones en que la Administración había actuado, aunque no con la intensidad o efectividad que el administrado hubiera deseado, el órgano judicial debía desestimar la demanda ya que, si inactividad es falta de acción, habiendo acción (la que fuere) desaparece la inactividad.

¹²⁵⁰ “*El ruido no deja vivir*” esgrimía la Defensora del Pueblo, Soledad Becerril, en la inauguración de las XXXI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, dedicadas en esta edición a analizar: “*La invasión del domicilio por ruidos: la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la integridad física y psíquica*”. D. ARJONES GIRÁLDEZ (5 de octubre de 2016), “Inactividad de la Administración en la lucha contra el ruido y posible delito medioambiental”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/inactividad-de-la-administracion-en-la-lucha-contra-el-ruido-y-posible-delito-medioambiental/>.

¹²⁵¹ En ocasiones, bien la magnitud del problema o bien la inactividad de la Administración (que supera ya el carácter de ilícito administrativo sancionable en la jurisdicción contenciosa), hacen que nos encontremos ante un delito. Un delito medioambiental (incluso en su modalidad de comisión por omisión) es el caso analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 370/2016 de 28 de abril de 2016 (Rec. 1906/2015), donde se trata una vez más este problema (que cada vez llega con más frecuencia a la jurisdicción penal...), haciendo hincapié en el derecho de las personas a un medio ambiente libre de ruido. “*Las personas tienen, por lo tanto, derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegida de todo ruido que no pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos. Consecuentemente, el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo*”. El Derecho penal no es “*la solución*”, pero no en pocas ocasiones es el único recurso para poder conseguir que el ruido u otros problemas administrativos no supongan una amenaza para nuestra salud cuando la vía administrativa seguida ante la Administración y posterior vía Contencioso-Administrativa no permite salvaguardar de modo efectivo los legítimos derechos de los ciudadanos a su integridad física (art. 15 CE) y a la inviolabilidad de su domicilio (Art. 18 CE).

¹²⁵² Vid. Capítulo V.

Con el paso del tiempo la jurisprudencia ha evolucionado y ha venido a establecer que “*la actividad ineficaz equivale a inactividad*”. Así, aún en el caso de considerarse que no ha existido una total inactividad en el sentido propio del término, habrá que tener presente que esta inactividad se identificará no solo con un “*no hacer*” en sentido estricto, sino también, con aquellas ocasiones en que la Administración, aun realizando diferentes actuaciones, estas se reputan como insuficientes para cumplir con la legalidad vigente y salvaguardar los legítimos intereses de los administrados tales como; actuaciones superfluas, inertes, o ineficaces que solo suponen una permisividad y prolongación en el tiempo de una actividad no amparada por la legalidad vigente¹²⁵³.

Por el contrario, numerosas sentencias ortodoxas que versan sobre la inactividad material de la Administración reiteran que solamente existirá inactividad en aquellos supuestos en los que la Administración esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo y siendo rigurosas a la hora de decidir si un acto que no ha sido ejecutado por la Administración puede impugnarse por el procedimiento de la inactividad material¹²⁵⁴. La actividad ineficaz, por ende, pudiera ser combativa a través de la responsabilidad objetiva.

¹²⁵³ Entre muchas otras: La Sentencia del TSJ de Galicia 109/2016 de 18 de febrero de 2016; Sentencia del TSJ de Galicia 824/2014 de 23 de octubre de 2014; Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2013, Sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de enero de 2008 o la Sentencia del TSJ de Navarra 691/2009 de 27 de noviembre, contundente al respecto: “*Así las cosas, resulta estéril el esfuerzo que se realiza para pretender hacernos ver lo contrario, o al menos algo diferente, a lo que aprecia la sentencia de instancia. Efectivamente, ante una emisión-inmisión de ruidos por encima del límite normativo admitido, que viene ya de largo, cuando en 2004 los afectados deciden instar la actuación administrativa, inerte e inerme ante ello y sin actuar de oficio como es su grave deber, el Ayuntamiento demandado y hoy conforme con lo resuelto, sólo tuvo a bien dictar tres resoluciones prácticamente inocuas en la materia en 2005, 2007 y 2008, e imponiendo dos exiguas sanciones; todo ello sin viso alguno de una acción global y determinante del fin del tema; sólo parches*”.

¹²⁵⁴ STSJ Canarias 47/2013 de 30 de enero (asunto: falta de resolución expresa), STS de 18 de noviembre de 2008 (asunto: reclamación para que la Administración de Transportes ejerza sus competencias de coordinación con el Ayuntamiento), STS de 14 de diciembre de 2007 (asunto: participación de un sindicato en las actuaciones sindicales correspondientes a la apertura de una nueva oficina local), STSJ de Galicia 798/2012 de 23 de mayo (asunto: falta de ejecución de un acto administrativo ganado por silencio administrativo), STSJ de País Vasco 1/2014 de 14 de enero (asunto: pago de facturas), STS de 2 de julio de 2009 (Asunto: Permisos de explotación de máquinas recreativas), SAN Madrid de 26 de diciembre de 2013 (rec. 157/2013) (asunto: protección de las zonas Red Natura 2000 a partir de la cesión de actividad nociva), STSJ de Canarias 18/2014 de 23 de enero (asunto: prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia), STSJ de Asturias 883/2013 de 22 de julio (asunto: retraso en el pago de certificaciones de obra). Sentencias como STSJ de Galicia 798/2012 de 23 de mayo (asunto: falta de ejecución de un acto administrativo ganado por silencio administrativo), STS de 24 de julio de 2000 (asunto: tramitación de comisiones rogatorias), STSJ de Andalucía 617/2014 de 10 de marzo (asunto: actuación en defensa del dominio público), (asunto: requerimiento para el ejercicio de acciones legales en defensa de los bienes de dominio público), STS de 8 de enero de 2013 (asunto: cesación de una baja, disposición general)

4.4. CUESTIONES PROCESALES.

Sobrepasaría este Capítulo las cuestiones procesales entendiendo que la importancia radica en encauzar la inacción en algún tipo de inactividad y no tanto las cuestiones procesales del proceso Contencioso. Con todo diremos que este pasa por la conjunción de los arts. 29¹²⁵⁵ y 46 de la LJCA y que no existe plazo preclusivo para interponer la reclamación, por lo que mientras ésta no se presente, la obligación subsistirá a menos que otras causas produzcan su extinción.

Ahora bien, una vez efectuada la reclamación, empezará a contar el plazo de tres meses, y a su vencimiento el de dos meses para la interposición del recurso Contencioso-Administrativo¹²⁵⁶.

Si tras el requerimiento efectuado por el administrado, la Administración continúa mostrando pasividad y sigue sin cumplir con su obligación, dicho administrado deberá acudir a al proceso Contencioso declarativo en el que podrá obtener una declaración de condena de la Administración al cumplimiento de la obligación. Sólo la sentencia que se dicte en este proceso constituye un título susceptible de ejecución procesal. Por tanto, en caso de incumplimiento de la sentencia por la Administración, el órgano judicial puede, a instancia de los interesados:

- Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto¹²⁵⁷.

insisten en que para estar ante un caso de inactividad del artículo 29, lo lesionado por esta supuesta inactividad debe ser *“necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación”*.

¹²⁵⁵ Distinguimos el procedimiento del art. 29.1 de carácter ordinario y del que dimanará una sentencia declarativa del art. 29.2 con carácter abreviado que evolucionará en una sentencia ejecutiva o de condena.

¹²⁵⁶ Reclamar previamente a la administración parece un requisito procesal previo imprescindible. Esta idea es la que recuerda el TSJ de Canarias en su Sentencia 47/2013, de 30 de enero al exponer que *“para recurrir la inactividad de la Administración, una determinada y concreta prestación que surja directamente de una disposición general, contrato o convenio, es preciso, en primer lugar, que quien tuviera derecho a la prestación, en definitiva el interesado, reclame de la Administración la pertinente prestación concreta, y si ésta no la lleva a efectivo cumplimiento en un plazo de tres meses, o en el mismo plazo no llega a un acuerdo con los interesados, éstos podrán acudir al recurso Contencioso-Administrativo en demanda del concreto cumplimiento de la prestación”*.

¹²⁵⁷ J. R. CHAVES GARCÍA (2019), *La ejecución de sentencias...*, op.cit.

- Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que sería inherente al acto omitido: En particular, la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.
- Reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinar los daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento si la Administración contraviene los pronunciamientos del fallo.

Sobre la a posibilidad de interponer medidas cautelares en un supuesto de inactividad ante una actividad de control o policía. Para la modalidad de acción administrativa que nos compete, diremos que estas medidas cautelares podrán consistir en la suspensión de la actividad de un tercero con las correspondientes garantías que permitan asegurar la eficacia de la resolución del ulterior proceso principal¹²⁵⁸. Cabe advertir, sin embargo, que uno de los supuestos en que procede la denegación de la medida cautelar es que la misma ocasione una perturbación grave de los intereses de un tercero. Lógicamente el cese de la actividad de un tercero supone una perturbación grave en sus intereses y ello podría llegar a hacer entender que no sería admisible en ningún caso la adopción de una medida cautelar como la señalada. Sin embargo, en el mismo precepto se señala que dicha perturbación en los intereses de un tercero deberá ser ponderada por el juez, juicio de valor necesario en todo caso que sopesa todos los intereses en conflicto¹²⁵⁹.

Por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial como vía certera¹²⁶⁰ para conseguir una condena de inactividad ante la actividad de policía. Sobre el carácter de la sentencia

¹²⁵⁸ V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 113 y 148.

¹²⁵⁹ Artículo 130 LJCA. “*Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada*”.

¹²⁶⁰ GÓMEZ PUENTE, acerca de la inactividad funcional y mencionando el art. 92 in fine de la Ley del mercado de valores explica con carácter general esta inactividad funcional en el ejercicio de una función inspectora o de policía de la administración estableciendo que “*ninguna de estas previsiones excepciona la cláusula general de responsabilidad contemplada en el art. 106.2 de la CE. No desconocen la posición de garante que asume la administración cuando realiza funciones de policía ni la eximen del deber de reparar los daños que puedan derivarse para otros por no ejercitar debidamente sus poderes de inspección y control, sin perjuicio de la eventual vía de regreso contra los demás sujetos responsables. Lo que persiguen estas previsiones legales es perfilar y delimitar la finalidad, ámbito y contenido de las funciones de inspección y supervisión y control asignadas y por tanto, concretar los deberes administrativos propios de las mismas, de modo que únicamente pueda exigirsele responsabilidad por los daños directamente derivados del incumplimiento de dichos deberes esto es, los daños que hubieran podido evitarse desplegando la actividad administrativa debida*”. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, op.cit., p. 110.

y la pretensión solicitada ya argüía la Sentencia TSJ de Galicia 132/2014 de 26 de noviembre a medio de las siguientes líneas: “*Cuando la vía procedimental elegida es la de la inactividad del artículo 29.1, la pretensión ha de limitarse a los términos del artículo 32.1 LJCA (condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en la disposición general, acto, contrato o convenio administrativo)*”¹²⁶¹”.

Con todo diremos que el art. 31.2 de la LJCA de 1998, menciona explícitamente la pretensión indemnizatoria como una variante de la pretensión de reconocimiento y restablecimiento de la situación alterada, y el art. 32.1 replica que la pretensión de la inactividad material deberá ceñirse al cumplimiento de la “*prestación*” que dejó de cumplir la Administración.

Por tanto, entendemos que deben concurrir los requisitos para la responsabilidad patrimonial¹²⁶² para que prospere la pretensión indemnizatoria pudiendo no obstante en ocasiones combinarse ambas pretensiones. (Art. 31 y 32)¹²⁶³.

Sin embargo, por lo investigado nos atrevemos a afirmar que la inactividad material triunfa¹²⁶⁴ cuando es posible acreditar la existencia de daños pese a la inexistencia de actos administrativos previos a la prestación como en la preciada sentencia de Soria¹²⁶⁵, pues en palabras de NIETO¹²⁶⁶ y cerrando siempre el círculo con la potestad sancionadora: “*Ha de pensarse que, si la norma exige a los ciudadanos incontables requisitos, ello significa también la imposición a la Administración del deber de exigir su cumplimiento. Cuando se comete una infracción sin lesiones a tercero, no hay*

¹²⁶¹ Para terminar, diciendo que: “*La condena al abono de daños y perjuicios solamente cabrá, en fase de ejecución, en caso de incumplimiento de los pronunciamientos del fallo estimatorio, resultando improcedente la petición de indemnización de daños y perjuicios en el suplico de la demanda del recurso contra la inactividad*”.

¹²⁶² Los efectos de las sentencias de “*condena*” que entiende este autor que son las que refieren a la inactividad menciona los arts. 110 y 111 de la LJCA.

¹²⁶³ Aún con todo ha sido muy habitual la combinación de ambas pretensiones, y junto con la sancionadora, el estudio conjunto de esta institución junto a la inactividad. Al albor de lo descrito véase A. C. NETTEL BARRERA (2013), *Obligación de Resolver, Silencio Administrativo y Responsabilidad Patrimonial por Inactividad*, Madrid: Atelier.

¹²⁶⁴ Triunfa al ponerse en evidencia, si se han producido unos daños a un vecino a tenor literal del art. 54 de las EELL has sido por un funcionamiento anormal o ineficaz de la EELL.

¹²⁶⁵ STC 54/2017, de 11 de mayo.

¹²⁶⁶ A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, *op.cit.*, p. 352.

problema: la Administración sanciona o no sanciona. Pero cuando hay lesiones mediando una infracción, la situación es completamente distinta a efectos de la responsabilidad administrativa, pues el tercero lesionado tiene derecho a ser indemnizado...”.

5. INACTIVIDAD E IGUALDAD. DESIGUALDAD FORMAL Y MATERIAL EN EL CUMPLIMIENTO DE LA ACTIVIDAD DE POLICÍA.

Tras los intentos de combatir la inacción local ora por la vía administrativa ora por la vía judicial, tratamos de combatir esta pasividad a través de la desigualdad de cumplimiento de las distintas modalidades de la actividad de policía a medio de alguno de los mecanismos para combatir la desigualdad formal y material que prevén las normas¹²⁶⁷.

La Declaración de Derechos de la Constitución española de 1978 integra una cláusula general que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohíbe realizar discriminaciones por razones o condiciones personales o sociales. Esta cláusula se encuentra recogida en el art. 14 CE. Históricamente, el principio de igualdad es uno de los postulados nacidos de la Revolución francesa que suponía en ese momento la búsqueda de una sola ley, igualdad de fuero, que se aplicaban a todos los ciudadanos.

La libertad liberal supone que la Ley debe ser universal y ser aplicable a la generalidad de los ciudadanos, no a un grupo de ellos, excluyendo así las leyes singulares con destinatarios concretos en razón de sus circunstancias personales o sociales¹²⁶⁸. Así, nuestro artículo 9.2 se expresa en estos términos: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política,*

¹²⁶⁷ Al comenzar el capítulo ya aventuramos como consecuencias, la inactividad y/o el cumplimiento desigual y esporádico. Artículos: 14, 139.1 y 149.1.1 de la CE.

¹²⁶⁸ Orígenes históricos: Constitución italiana del 1947. Artículo 3.2: *“Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.*

económica, cultural y social”. La interpretación tradicional visible en la mayor parte de las sentencias del TC, entiende que aquí se contiene un mandato de igualdad material o real, mientras que la igualdad formal o ante la Ley quedaría consagrada en el artículo 14¹²⁶⁹.

Hemos visto que no puede aplicarse o desarrollarse respecto de una normativa básica, normas autonómicas que impongan distintas infracciones y sanciones en virtud del territorio en el que se apliquen (desigualdad en la ley formal del art. 149.1.1). Tampoco el tenor literal del art. 139 de la Carta Magna parece solucionar nuestro dislate habida cuenta que no se trata de distintos derechos y obligaciones del ciudadano, reforzada esta idea por el TC con el distingo entre igualdad y uniformidad¹²⁷⁰.

Lo reseñable en esta parte es la divergencia que se produce en un vecino al que se le impone una sanción, a otro en idénticas circunstancias no se le incoa el expediente, y a un tercero ni siquiera se investigan sus actuaciones llevadas a cabo¹²⁷¹. O de manera independiente, como en una Administración local se incoan todas las denuncias o actas

¹²⁶⁹ Esta situación es la que justifica las distintas acepciones de la “*igualdad*” que contiene el texto constitucional: 1. La igualdad como valor (art. 1.1 CE) que implica a todo el ordenamiento; 2. La igualdad en la Ley y ante la Ley (art. 14 CE) fija un límite para la actuación de los poderes públicos; 3. La igualdad promocional (art. 9.2 CE) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos.

¹²⁷⁰ Según la STC 37/1981, de 16 noviembre, F. J. 2: “... *No puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1 CE)*”. En la STC 37/1987, de 26 marzo, el Tribunal Constitucional tiene ocasión de insistir en que: “*El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1 CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales*”.

¹²⁷¹ E. L. LLORENS Y CLARIANA (1934), *La igualdad ante la ley*, Murcia: Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia.

de inspección recibidas, en otras un 10%, en otras un 50%, o en muchas pasan los lustros sin incoarse ningún expediente que restaure la legalidad¹²⁷². Veamos pues, hasta qué punto es posible el ejercicio de la discrecionalidad en el marco de las potestades regladas¹²⁷³.

El concepto de igualdad ha sufrido desde su nacimiento importantes transformaciones que han modificado su carácter claramente formal. La evolución posterior ha continuado en la misma línea, separándose cada vez más del concepto formal de igualdad ante la ley y adentrándose en el de la igualdad material, esto es, igualdad dentro de la ley y en el terreno de la aplicación de la ley. Así, la igualdad se configura hoy como un límite de actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad¹²⁷⁴ del poder¹²⁷⁵.

¹²⁷² Ponemos también de manifiesto que esta “*diferencia del cumplimiento*” del derecho en función de los municipios ha sido legitimada por el propio constitucional con el voto particular de Mendizábal (Cuantía de las multas en función de la población) lo que a nuestros ojos choca con el principio de igualdad. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 90.

¹²⁷³ Los orígenes del contencioso o como al principio la discrecionalidad era intocable en vía judicial. A. MOZO SEOANE (2017), *Manual de la jurisdicción...*, op.cit.

¹²⁷⁴ “*Lo discrecional es además un terreno fecundo para lo arbitrario. Arbitrariedad administrativa cuya interdicción, 9.3 así como la objetividad de la actuación administrativa exige la CE y por ello resulta esencia la accesibilidad al control jurisdiccional de estas conductas activas o no. La omisión administrativa que, en efecto, se ampara con desgraciada frecuencia en presuntos márgenes de discrecionalidad, puede esconder una conducta arbitraria o desprovista de toda objetividad y merecer por ello ser tenida como un supuesto de inactividad administrativa al ser una conducta ilegal*”. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, op.cit., p. 115.

¹²⁷⁵ E. CARMONA CUENCA (1994), “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, núm. 84, p. 265-286. Cómo combatir la arbitrariedad. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit. L. COSCULLUELA MONTANER (2020), *Manual de Derecho Administrativo...*, op.cit. ¿Cómo nos defenderíamos? Por una violación del art. 14. A través del procedimiento sumario de la JCCA. Puesto que el art. 9 no está protegido por el art. 53.2 y se trata de un principio materializado en varios derechos fundamentales de la Carta Magna, así que entendemos sería directamente invocable ante los tribunales al ser un principio informador del ordenamiento jurídico. Sentencia Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, recurso 5083/2007. El TS estudia en casación un supuesto en el que se sancionaba a una única entidad financiera por la introducción de una cláusula de redondeo al alza en préstamos hipotecarios, si bien en el expediente administrativo se puso de manifiesto que otras entidades financieras incluían similar cláusula. Esta cuestión se trata en el fundamento de derecho cuarto del fallo del Alto Tribunal cuando dispone: “...Pues la Consejería sólo ha incoado un expediente sancionador (el de mi representada), pese a ser perfectamente consciente de que todas las demás entidades que operan en Baleares aplicaban también esta misma cláusula. No se trata, por tanto, de que la Consejería haya sancionado sólo a una parte de las entidades, y no al resto (lo que podría explicarse, ya que siempre habrá conductas que queden impunes, porque la Administración carezca de medios para conocerlas y sancionarlas), sino que sólo ha sancionado a una entidad (mi representada) y no ha emprendido actuación alguna contra ninguna otra entidad, siendo, como es, perfectamente sabedora de que, si mi representada merecía la sanción, no menos la merecía cualquiera de las demás (...). Esa diferencia de trato debió ser explicada por la Administración y al no hacerlo incurrió en arbitrariedad, conducta proscrita constitucionalmente para todos los poderes públicos, y así debió reconocerlo la Sentencia de instancia que lejos de ello mantuvo que como la Administración al

La discriminación es una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable. Lo excluido en el art. 14 CE es el otorgar un trato diferente sin que exista para ello una base objetiva y razonable, esto es, prohíbe la diferencia de trato arbitrario¹²⁷⁶.

La primera condición para que el trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible y no de una discriminación constitucionalmente vetada es la desigualdad de los supuestos de hecho. Lo que justifica la diferencia de trato es la existencia de situaciones de hecho que, por ser diferentes, admiten o requieren un trato también diferente. El Tribunal Constitucional ha señalado que no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes (STC 26/1987, de 27 de febrero). Dicho en términos más claros: El principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales.

La comparación de las situaciones de hecho y la determinación de si son idénticas o no constituye un criterio básico para concluir si el trato desigual es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible. Esto es, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 de la CE es que los supuestos de hecho o las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente comparables en el marco de la legislación vigente y no de las apreciaciones más o menos objetivas de los corporativos locales.

La segunda condición, es la finalidad, esto es, para que la diferencia de trato esté constitucionalmente justificada ha de tener una finalidad. Pero no basta con cualquier

sancionar actuaba dentro de la legalidad no había posibilidad de incurrir en arbitrariedad, declaración claramente errónea cuando de lo que se trataba era de explicar no el trato desigual sino el tratamiento arbitrario consistente en sancionar a alguien por algo que era notorio practicaban cuantos se dedicaban a la misma actividad, aun cuando no hubieran sido denunciados por ello". Se abre de este modo la puerta de combatir la discrecionalidad a través del vicio de validez del acuerdo de iniciación de un procedimiento por ausencia de motivación. Arts.54 y 47,48 LPACAP.

¹²⁷⁶ Así se expresa la STC 34/1981, de 10 de noviembre: "El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2)". Sobre el significado general y el alcance de esta igualdad material se pronuncia la STC 83/1984, de 24 de julio: "No implica sin embargo este precepto (el art. 14 CE), en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los poderes públicos y que es una Finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios".

finalidad. Para que la desigualdad de trato sea constitutiva de diferenciación, y no de discriminación, ha de perseguir un propósito (STC 76/1986, de 9 de junio) constitucionalmente legítimo o, en otras palabras, una justificación razonable y acorde con el sistema de valores constitucionalmente propugnado o en su caso que el fin perseguido sea constitucionalmente admisible (STC 75/1983, de 3 de agosto). Obviamente, la racionalidad (o justificación razonable) ha de ser proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican¹²⁷⁷.

De todos los preceptos mencionados en nada deducimos que el Estado disponga de unos mecanismos que garanticen la uniformidad en el cumplimiento del derecho en todo el territorio Nacional, siendo difícil encontrar en la desigualdad material un sistema efectivo que permita combatir la arbitrariedad en el ejercicio de las acciones de intervención que poseen las EELL, pues en todo caso las dos condiciones previstas *“ut supra”* deberán ser apuntadas del legislador

No obstante, en la mayor parte de sus sentencias que se refieren al artículo 9.2, el Tribunal Constitucional ha interpretado dicho precepto como un correctivo del principio de igualdad formal del artículo 14, haciendo hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. Así, ha afirmado en varias sentencias que *“lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”*.

En el mismo sentido de reinterpretación del principio de igualdad formal o *“ante la ley”* de forma que englobe aquellos supuestos que antes se consideraban incluidos en la

¹²⁷⁷ *“La igualdad ante la ley no es, pues, igualdad, sino conformidad a la norma. Consiste en que la norma individual (la decisión del órgano que aplica el Derecho) sea conforme a una norma general”*. H. KELSEN (1966), “Justicia y Derecho natural”, en: H. KELSEN, N. BOBBIO, *Crítica del Derecho Natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Madrid: Taurus, p. 90. Sobre el coto que pone el TC al control de la arbitrariedad y su relación con el Parlamento, conviene mencionar la reciente STC 159/2021, de 16 de septiembre de 2021, cuestión de inconstitucionalidad 1939-2021. *“Hemos advertido reiteradamente, que cuando se formula un reproche de arbitrariedad al legislador, ha de extremarse el cuidado en nuestro enjuiciamiento, pues el pluralismo político y la libertad de configuración del autor de la ley son también bienes constitucionales que debemos proteger. Por ello hemos exigido, generalmente, dos condiciones para que, en estos casos, prospere la objeción de inconstitucionalidad: por un lado, que quien formule esa censura la razone en detalle, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; y, por otro, desde un punto de vista material, que la arbitrariedad denunciada sea el resultado bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias”*.

igualdad real se pronuncia PÉREZ LUÑO. Para este autor, el llamado principio de igualdad ante la ley tiene en nuestros días varias manifestaciones. En primer lugar, supone la exigencia de “generalidad”, esto es, la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales; la Ley ha de ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento. En segundo lugar, supone la exigencia de “equiparación”, lo que implica un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa. En tercer lugar, la igualdad ante la ley se presenta como exigencia de “diferenciación” en aquellos supuestos que se presentan aparentemente como semejantes, pero a los que un tratamiento uniforme que no tuviera en cuenta la situación real, convertiría en supuestos de desigualdad material. A este tercer criterio podrían reconducirse los casos que tradicionalmente se consideraban incluidos en la llamada “*igualdad material*”.

Por lo que a nuestra materia propiamente ocupa, PÉREZ LUÑO entiende que el principio de igualdad ante la ley supone la exigencia de identidad de procedimiento, o sometimiento a las mismas reglas procedimentales para todos los ciudadanos¹²⁷⁸ y para ello la colaboración entre legislador básico estatal y sectorial autonómico que apuntábamos en los primeros capítulos es imprescindible.

ESTEVE PARDO¹²⁷⁹ en su libro “*Técnica riesgo y derecho*” también afirma que el menoscabo de la igualdad derivado del ejercicio discrecionalidad de la inspección administrativa debe compensarse con el desarrollo reglamentario en la ejecución de sus técnicas¹²⁸⁰.

¹²⁷⁸ A. E. PÉREZ LUÑO (1981) “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Tomo I.

¹²⁷⁹ J. ESTEVE PARDO (1999), *Técnica riesgo y derecho*, *op.cit.*, p. 36. “Los riesgos para el principio de igualdad que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras deben ser compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección, mediante medidas internas de organización y procedimiento que aseguren la objetividad de la decisión (planes o fijación de objetivos de las unidades de inspección) y gracias a la valoración de la proporcionalidad de la medida por parte de los tribunales, teniendo en cuenta muy especialmente su necesidad y su oportunidad. Si realmente una de las funciones del principio de legalidad es la creación de la seguridad jurídica, el derecho material debe definir los estándares del control de la administración, para que los sujetos conozcan por anticipado los criterios que van a utilizarse a la hora de controlar sus actividades”.

¹²⁸⁰ Manifestábamos al inicio del capítulo que “es de este modo como podemos abrir aquí para a la postre cerrar nuestro trabajo, un análisis de la inactividad local desde todos los puntos de mira del que parten sus causas”. Nuestro caso parte de una “*desigualdad procedimental*” que genera una desigualdad material

De esta manera, podemos considerar que el artículo 9.2 CE, al igual que otras normas constitucionales de contenido social, constituye un ejemplo de norma que contiene una directriz y fija una finalidad que deben cumplir los poderes públicos.

Pero la determinación de los medios concretos a través de los cuales llegar a ella, corresponde al principal destinatario de la norma: Para nuestro caso es precisamente el pequeño e inerte Ayuntamiento como “*poder público*” más cercano al ciudadano pues así queda legitimado bajo el halo de la discrecionalidad. En concreto, será la Administración la principal encargada de atender a su cumplimiento, escogiendo con un gran margen de libertad las medidas políticas concretas en que se traducirá el mandato constitucional. Y ello nos desplaza a la consideración del control jurisdiccional del cumplimiento de este tipo de normas en la medida que encontremos un mecanismo procesal oportuno para combatirlos¹²⁸¹.

6. CONCLUSIONES.

La actual regulación de la inactividad administrativa no parece especialmente predicable para la antigua actividad de policía. De hecho, debemos indicar el reducido alcance que ha tenido como norma general el recurso Contencioso-Administrativo frente a la

al aplicar distintas reglas y condiciones a los ciudadanos, concurriendo circunstancias idénticas o similares. Adelantándonos en nuestro texto en los Capítulos de la prevención y la represión (III y IV) a la inactividad (IX) observamos que la carestía de estas potestades discrecionales no ha sido colmada por técnicas de organización, procedimiento y planificación en nuestras pequeñas administraciones. Esto como cierre del sistema “*ut supra*” esgrimido, pone de manifiesto el vacío legal, instrumental y técnico del cumplimiento del derecho en las entidades locales más pequeñas.

¹²⁸¹ Sobre las problemáticas relaciones entre el poder legislativo y la justicia constitucional, puede verse P. DE VEGA (1979), “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 112 y ss. No hay que olvidar que la realización efectiva de normas como ésta que nos ocupa tropieza con dificultades de orden económico. Serán las posibilidades económicas de una sociedad las que determinen en buena medida la amplitud de las conquistas sociales. Vid., a este respecto J. L. CASCAJO CASTRO (1988), *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: CEC, p. 29 y ss. En su realización, pueden ser limitadas por un principio en sentido estricto o por un derecho. Vid., a este respecto, L. PRIETO SANCHÍS (2013), *Sobre principios y normas*, Lima: Palestra Editores, p. 49. Sobre la eficacia jurídica de este y otros preceptos constitucionales de contenido social, puede verse, más ampliamente, A. GARRORENA MORALES (1984), *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, p. 99 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA (1987), “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19.; J. FERRET JACAS (1988), “El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad”, en: E. CARMONA CUENCA, *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, y E. CARMONA CUENCA (1992), “Las normas constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de estudios políticos*, núm. 76, p. 103-128.

inactividad de la Administración en esta forma de acción administrativa tal y como está regulado actualmente en la ley jurisdiccional¹²⁸². Dicho tenor literal alude fundamentalmente a una actividad prestacional o de servicios de las administraciones públicas, en detrimento de la actividad de inspección o policía¹²⁸³.

Las actuaciones que demandamos a la Administración en este capítulo, exceden el ámbito de la inactividad formal o silencio administrativo. Pasan por una serie de actuaciones tanto jurídicas como materiales¹²⁸⁴; en las que la Administración, previa adopción del procedimiento administrativo oportuno si fuera necesario¹²⁸⁵, procederá a la realización de labores de inspección, sanción, conservación o mantenimiento¹²⁸⁶.

Nos encontramos con una jurisprudencia del caso en concreto, que no parece terminar de acotar el concepto de inactividad en la actividad de policía en unos casos al hacer falta dictar algún acto administrativo (inicio de procedimiento inspector o sancionador) se la tacha de inactividad formal, y en otros pese a producirse en idénticas circunstancias se condena a la Administración a realizar una “prestación” para la defensa de un vecino en el ejercicio de la actividad de policía, llevando implícita esa condena la iniciación del oportuno procedimiento administrativo. Pudiendo partir esa dicotomía de la previsión del

¹²⁸² Nos vamos a referir principalmente a la inactividad en la LJCA art. 29. Pues es prácticamente la única regulación.

¹²⁸³ J. PEMÁN GAVÍN (2013), “La función inspectora. Conclusiones” en: J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora, op.cit.*

¹²⁸⁴ “La reducción del concepto de prestación a las actuaciones meramente físicas o materiales sólo es concebible desde una posición en que se considere a la actuación jurídica como un mero presupuesto para la obtención de aquéllas. Si bien es cierto que en muchas ocasiones será necesaria una actividad jurídica previa para la realización de una prestación material, cabe objetar, sin embargo, que una determinada actuación jurídica puede llegar a ser considerada en sí misma y no tener un mero carácter instrumental. En este sentido, puede llegar a pensarse en la relevancia constitucional del ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Así no sólo interesa que se haga efectiva una prestación material o física, sino que aquella prestación haya sido objeto de una ponderación adecuada de intereses públicos o privados en presencia decidiendo cuál es la mejor opción al servicio del interés general.”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 98.

¹²⁸⁵ Referencia realizada en el capítulo de la inspección, acerca de la obligación o no de procedimentar esta potestad-atribución.

¹²⁸⁶ “Pensemos en el caso de un interesado que prenda que la administración lleve a cabo sus poderes de policía o limitación para hacer cesar a un tercero una actividad ilícita que supone un perjuicio para el primero e, incluso, si procede que se llegara a tramitar el correspondiente procedimiento sancionador. Así se podría plantear el caso en que el tribunal condenase a la administración a dictar una orden de cese de la actividad, así como la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador o cualquier otro acto desfavorable o de gravamen”. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, Navarra: Aranzadi, p. 101.

preámbulo que habilita a la producción de un acto expreso en la pretensión de la inactividad material, pero sin embargo el articulado se lo niega.

No toda pasividad es inactividad.

Es por ello que ante el incumplimiento reiterado de las obligaciones de “*policía*” en las EELL, el hábil letrado busca el camino de la inactividad material como pronunciamiento judicial que obligue a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones. Este éxito no siempre es consumado, pues no toda pasividad en la Administración local puede encuadrarse en la inactividad judicial de la LJCA¹²⁸⁷.

Sí podemos afirmar de la dispar jurisprudencia analizada, que la mera inacción de la Administración sin más antecedentes no sería condenada por un juzgado si no se generan unos daños particulares y el Ayuntamiento no está incumpliendo claramente una normativa reglada donde no ha lugar a la discrecionalidad.

Lo cierto es que la inactividad se ha estudiado o mejor dicho “*combatido*” desde el ámbito jurisdiccional. El Poder Judicial, si bien de indudable importancia en el Estado de derecho, debiera ser complementado por otras alternativas que agilizaran la actividad administrativa evitando en la medida de lo posible el litigio¹²⁸⁸. Entendemos fundamental más mecanismos de control en vía administrativa que palien este vicio estructural y no sobrecarguen el Poder judicial¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ Antes de afrontar la solución de estos interrogantes debe advertirse que no siempre estos deberes de interés general o difuso tienen una clara formulación legal. Junto a las ocasiones en que aparecen definidos de forma expresa y concretar, hay un buen número de supuestos en los que, efectivamente, la existencia y contenido del deber administrativo se encuentra implícito en los objetivos perseguidos por la Ley cuya ejecución corresponde a la administración. Esta circunstancia como se comprende, complica tanto la comprobación del incumplimiento omisivo de estos deberes como la constatación de la inactividad administrativa y el problema de la exigibilidad judicial a que más tarde nos referiremos.

¹²⁸⁸ La solución al problema de la inactividad no está exclusivamente en los tribunales de justicia, incapaces por el momento de imponer a la administración al cumplimiento normativo, sino más bien en evitar acudir a ellos. La situación es paradójica pues siendo el silencio un mecanismo pensado en principio para que el particular acuda al juez de manera expeditiva, la práctica sigue dirigiendo a los particulares hacia el Poder judicial como árbitro que decida su admisión o no del procedimiento por parte de la Administración.

¹²⁸⁹ Idea traída aquí de manera sincrética al ya ser manifestada en el Capítulo VII. “*La variedad de formas de actuación administrativa que el ordenamiento atribuye a la administración pública comporta, asimismo la necesidad de instrumental mecanismos adecuados en caso de incumplimiento de sus obligaciones. para ello deben potenciarse las fórmulas que permitan prevenir este incumplimiento, resolviendo las situaciones patológicas sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales. en esta tarea cobra un especial relieve la percepción del procedimiento administrativo, no como un mero conjunto de trámites rituarios sino como un cauce de articulación de intereses en el que se otorga al instructor los instrumentos adecuados para su impulso*”. V. AGUADO Y CUDOLÁ (2001), *El recurso contra la inactividad...*, op.cit., p. 70.

La problemática de la legitimación o del elemento subjetivo.

En el silencio administrativo, a diferencia del recurso contra la inactividad material de la Administración, basta con que el recurrente ostente un interés legítimo para interponer el recurso contra los actos presuntos, es decir, que reúna la condición de interesado. Para la inactividad material, es necesario ir un poco más lejos, esto es, que se tenga derecho a tal prestación, (antojándose redundante al ser aquí lo fundamental concretar las circunstancias de la discrecionalidad). La solución pasa por introducir criterios que permitan la concreción de la obligación exigible a la Administración para cada vecino y que posibiliten que las sentencias no se limiten a reproducir el mandato genérico que establece la ley.

Esto limita mucho el éxito de la acción, pues realmente sólo sería posible extrapolar esa “*prestación concreta*” a la legitimación que se ha conferido tradicionalmente al interesado denunciante para recurrir la inacción de la Administración y en ocasiones ni siquiera este supuesto resulta suficiente, al no haberse materializado el acto expreso, enjuiciando así los elementos discrecionales del poder de policía.

Indefensión-igualdad.

La inactividad provoca “*per se*” la indefensión del ciudadano. La administración debe actuar con objetividad, está obligada a resolver, cumplir el interés general y además esa indefensión o perjuicios en las ocasiones más ventajosas para el ciudadano pueden valorarse económicamente¹²⁹⁰. Lo que puede el ciudadano es si como consecuencia de tolerar las infracciones, el Ayuntamiento sufre algún perjuicio en sus bienes y derechos, invocar la culpa in vigilando¹²⁹¹ como título competencial para la responsabilidad patrimonial y sí y sólo sí acredite esa condición de interesado.

¹²⁹⁰ Hablamos de ventajosas porque es en los casos en los que mayoritariamente los tribunales condenan por inactividad material a la administración con sentencias de condena. DE LA MORENA Y DE LA MORENA (2002), “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho y jurisprudencia, con especial referencia a la Administración Municipal (VIII)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm.17, p. 2872.

¹²⁹¹ M. E. GONZALEZ ORVIZ (2007), *Responsabilidad por culpa in eligiendo o in vigilando*, Barcelona: Bosch.

Parecemos demostrar que no existe ningún mecanismo certero para exigir el cumplimiento a las AAPP de sus obligaciones en el ejercicio del deber de policía, sino únicamente medios que resarzan al ciudadano de los perjuicios sufridos¹²⁹².

Hacia una nueva forma de inactividad entre el ámbito formal y el material. ¿La inactividad funcional?

El ciudadano ha de disponer de técnicas jurídicas que le permitan colaborar en la impulsión del procedimiento a la vez que debieran establecerse mecanismos que remediaran y superaran los obstáculos en la tramitación.

La inactividad material del preámbulo era una inactividad funcional que no logró plasmarse de modo adecuado en el articulado. Se ha pasado por alto que la inactividad material o prestacional suele ir acompañada de una inactividad jurídica o procedimental lo que hace inexcusablemente necesario dictar un acto administrativo.

Por ello, quizás sería apropiado desplazar el binomio inactividad formal-inactividad material¹²⁹³ por el de inactividad jurídica e inactividad material¹²⁹⁴. Dicho de otro modo, engrosar la inactividad formal con todos aquellos supuestos en los que la Administración se ha negado a la producción de un acto administrativo que inicie el procedimiento y no sólo a la mera obligación de resolver tal y como parece dejar entre ver el preámbulo de la norma. Esta inactividad jurídica comprendería la inactividad formal en sentido estricto; esto es, la que únicamente afecta al procedimiento y a la producción de actos administrativos, y la inactividad sustantiva; aquella que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas de las diversas partes en presencia. O visto de otra óptica y viceversa,

¹²⁹² R. ENTRENA CUESTA (1962), “El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo”, *REVL*, núm. 126. Igualdad material e igualdad ante la Ley. Pues ante la Ley a los ciudadanos se les confieren los mismos derechos y obligaciones. Nuestro problema parece poder encajarse en el concepto de igualdad ante la aplicación de la Ley entendiendo que podríamos dirigirnos incluso en amparo al Tribunal Constitucional si consiguiéramos acreditar la arbitrariedad.

¹²⁹³ La STS de 2 de julio de 2009 sobre permisos de explotación de máquinas recreativas define la inactividad formal como límite negativo a la material al establecer que “*Se parte de un concepto de inactividad como sinónimo de falta de contestación a cualquier escrito presentado ante la administración*”. Pero cuál es el límite o la ponderación del art. 29.1. Hemos de recordar que incluso cualquier prestación o subvención por parte de la administración exige un acto de concesión u otorgamiento de la prestación, por lo que un estricto juicio respecto del “*acto de aplicación*” nos llevaría a relegar cualquier inactividad al cajón de art. 29.2. Pero debemos ser más cuidadosos en este análisis y circunscribir el acto de aplicación, no a cualquier acto formal sino a aquellos necesarios para reconocer el derecho a la prestación.

¹²⁹⁴ GOMEZ PUENTE menciona de la única manera para reconducir a ilegalidad la falta de ejercicio de una potestad discrecional es la desviación de poder por omisión y la vía de hecho omisiva. M. GÓMEZ PUENTE (2011), *La inactividad de la Administración*, *op.cit.*, p. 105.

cumpliendo así la primigenia previsión del legislador, incrementar realmente la inactividad material en todos aquellos supuestos en el que la Administración pública no resuelve y el silencio no opera ante la ausencia de producción de un acto administrativo¹²⁹⁵ de tal manera que no sólo se tratara de una inactividad prestacional sino de una verdadera inactividad funcional o procedimental

Los controles de legalidad por otras administraciones para combatir la inacción. El control de legalidad para proteger a terceros por la insuficiencia de medios locales.

Los controles administrativos por el resto de administraciones, quedan legitimados para proteger la infraestructura y patrimonio del municipio, así como a terceros (aunque los terceros no tienen esa posibilidad directa en el ordenamiento jurídico estatal). La autonomía local no parece compatible con la posibilidad de que una Ley establezca que los particulares puedan impugnar los actos locales antes órganos administrativos estatales o autonómicos lo que comportaría que éstos anulasen los actos locales impugnados. Además de ser poco concorde con la noción abstracta de autonomía, resulta aún más contradictorio con la autonomía que diseña la LRBRL y está implícitamente excluido por su artículo 52 LRBRL, por eso hoy no se admite el recurso de alzada impropio contra actos locales.

Las ordenanzas de policía.

Las vetustas ordenanzas de policía tampoco se erigen como un medio que permita controlar la acción administrativa, y suplan la pasividad local. De cierto estas ordenanzas están a extinguir precisamente porque esa actividad genérica de policía se ha trasladado a las denominadas “*policías especiales*”¹²⁹⁶ y por tanto apenas existen con la antigua

¹²⁹⁵ Este asunto nos recuerda a la difícil tramitación procedimental de las quejas de los vecinos con un vetusto artículo 231 del R.O.F. que remite a la LPACAP: Art. 231. “1. *Las solicitudes que dirijan los vecinos a cualquier órgano del Ayuntamiento en petición de aclaraciones o actuaciones municipales, se cursarán necesariamente por escrito, y serán contestadas en los términos previstos en la legislación sobre procedimiento administrativo*”.

¹²⁹⁶ Fíjese la trayectoria por ejemplo de la ordenanza Municipal de Policía Urbana y Gobierno de la Villa de Madrid Fecha de Disposición: 16/07/1948. Publicaciones: - BO. Ayuntamiento de Madrid 16/07/1948. Afectada por: derogados artículos 4 y 5 por acuerdo de 24 de abril de 2013 del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por el que sea prueba la Ordenanza reguladora de la denominación y rotulación de vías, espacios urbanos, así como edificios monumentos de titularidad municipal y de la numeración de fincas y edificios. BOAM núm. 6913 de 7 de mayo de 2013. Modificado Ordenanza de Protección contra la Contaminación Acústica y Térmica. BOAM núm. 6385 de 17 de marzo 2011, derogado por Ordenanza de Protección contra la Contaminación Acústica y Térmica de 25 de febrero de 2011. BOAM Núm. 6385 de 7 de marzo de 2011 (párrafos 1, 2, 3, 4 y 6 del art. 51 y los arts. 52 y 53) ANM 2011\7 derogado parcialmente por acuerdo Pleno de 28 febrero 1990, BOCM de 2 abril de 1990, pág. 13-19. Modificado por acuerdo Pleno de 28 febrero

nomenclatura quedando las vigentes relegadas a reproducir y a encajarse en el ámbito subjetivo del título XI de la LBRL.

1989, BAM núm. 4817, de 25 mayo 1989. Modificado por acuerdo Pleno núm. 171, de 28 octubre 1988 BAM núm. 4799 de 19 enero 1989, pág. 92. Modificado por acuerdo Pleno de 25 enero 1984, BAM núm. 4548 de 29 marzo 1984 pág. 304. Modificado por acuerdo Pleno de 13 febrero 1981. Modificado por acuerdo Pleno de 27 junio 1980, BAM núm.4356 de 24 julio 1980. Modificado por acuerdo Pleno de 30 octubre 1974, BAM núm.4060 de 21 noviembre 1974. Modificado por acuerdo Pleno de 30 abril 1973, BAM núm.3982 de 24 mayo 1973. Modificado por acuerdo Pleno de 30 marzo 1973. Modificado por acuerdo Pleno de 27 febrero 1973. Modificado por acuerdo Pleno de 31 enero 1973. Modificado por acuerdo Pleno de 22 diciembre 1972. Modificado por acuerdo Pleno de 29 noviembre 1972. Modificado por acuerdo Pleno de 30 noviembre 1971. Modificado por acuerdo Pleno de 28 abril 1967. Modificado por acuerdo Pleno de 30 diciembre 1963. Modificado por acuerdo Pleno de 28 junio 1963. Modificado por acuerdo Pleno de 29 mayo 1963. Modificado por acuerdo Pleno de 13 marzo 1963. Modificado por acuerdo Pleno de 26 diciembre 1962. Modificado por acuerdo Pleno de 30 noviembre 1962. Derogado Cap. XV por acuerdo Pleno de 30 marzo 1962. Modificado por acuerdo Pleno de 21 junio 1961. Modificado por acuerdo Pleno de 27 enero 1961. TÍTULO XIV. Nueva redacción según acuerdo plenario de 28 de febrero de 1989. Artículo 689. “Las infracciones a lo dispuesto en esta Ordenanza podrán ser sancionadas por la Alcaldía Presidencia o concejal en quien delegue, con multa de hasta 25.000 pesetas, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local”. Artículo 690. “Las infracciones contenidas en el apartado 16 del artículo 32 de esta Ordenanza podrán ser sancionadas por el alcalde presidente o concejal en quien delegue en la forma siguiente: a) Multa de 25.000 pesetas, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local. b) Retirada temporal de la licencia, con la consiguiente clausura o cese de la actividad mientras subsista la sanción) Retirada definitiva de la licencia concedida, todo ello en los términos que establece el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas”.

Han evolucionado a conceptos como ordenanza de convivencia, de utilización de los espacios públicos, etc. abarcando el buen gobierno el antiguo poder de policía¹²⁹⁷ para eficacia para el cumplimiento normativo¹²⁹⁸.

El antiguo mecanismo de la responsabilidad personal¹²⁹⁹ como medio para combatir la inactividad.

¹²⁹⁷ En el municipio de Bollullos del Condado observamos como la policía y el buen gobierno se han desglosado en las siguientes materias: “*Ordenanza municipal reguladora del procedimiento de ejercicio de actividades mediante declaración responsable/comunicación previa y licencia de apertura de establecimientos. Ordenanza municipal reguladora de los caminos rurales Ordenanza municipal reguladora de los casos especiales de acometidas en la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable. Ordenanza municipal del foro medioambiental de participación ciudadana de la Agenda 21 Local «Foro por la sostenibilidad de Bollullos par del Condado». Ordenanza municipal reguladora de la gestión de los residuos de plásticos agrícolas Ordenanza municipal reguladora de la limpieza de terrenos y solares y de protección contra los incendios forestales y distancias de las plantaciones. Ordenanza municipal reguladora de la limpieza y salubridad públicas. Ordenanza municipal de procedimiento para las mesas de trabajo en Bollullos par del Condado. Ordenanza municipal reguladora de ocupaciones de la vía pública. Ordenanza municipal reguladora de la participación ciudadana. Ordenanza municipal reguladora del Registro Municipal de Demandantes de Viviendas Protegidas. Ordenanza municipal sobre tenencia, bienestar y protección animal. Ordenanza municipal reguladora de tráfico, adaptada a la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo Ordenanza municipal reguladora de la venta ambulante. Ordenanza reguladora de la autorización municipal para la recogida, transporte y almacenamiento de residuos urbanos. Ordenanza municipal sobre protección ambiental en materia de ruidos. Ordenanza Reguladora de la Gestión de Residuos Domésticos y la Salubridad Pública. Ordenanza Municipal de uso y conservación del «Parque Natural de San Sebastián»*”. En Jerez de la Frontera igualmente el mantenimiento de una ordenanza de la tradicional “*policía y buen gobierno*” ha traído consigo un sinnúmero de modificaciones: ordenanzas de policía y buen gobierno término municipal artículo1. El Excmo. Ayuntamiento Pleno en sesión de 27-3-77, aprobó las Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno. Estas Ordenanzas han sido modificadas por acuerdos plenarios de fecha: 25 de agosto de 1.981, 29 de septiembre de 1.981, 27 de octubre de 1.981, 28 de septiembre de 1.982, 24 de abril de 1.984 29 de enero de 1.985 31 de octubre de 1.989 26 de marzo de 1.993, 25 de febrero de 2000.

¹²⁹⁸ Sobre la ineficacia de las ordenanzas de policía BAUZA MARTORELL: “*La clase dirigente, especialmente en el ámbito municipal, centra todas sus energías en materia de seguridad ciudadana en el reino de las ordenanzas cívicas, convertidas en la panacea que obra el milagro de que la gente se comporte en público como ciudadanos ejemplares. En efecto con base en el artículo 139 de la LRL los municipios en nuestro país están dictando ordenanzas para el uso cívico de los espacios públicos, fomentar y garantizar la convivencia en las que regulan el comercio ambulante, la práctica de sexo o realización de necesidades fisiológicas en lugares públicos, nudismo, consumo de alcohol y drogas en la vía pública... para lo cual, en un alarde de buenismo, crean una red de agentes cívicos, mediadores y todo lo que resulte necesario para huir del conflicto y la confrontación...*”. F. BAUZA MARTORELL (2019), *El uso de la fuerza...*, op.cit., p. 18.

¹²⁹⁹ El control judicial del Contencioso-Administrativo es un control formal en el 90% de los casos y poca vez del hecho en concreto. en palabras de NIETO se está discutiendo sobre formas no sobre contenidos, se discute sobre jarra o botella no sobre si tienen vino o agua dentro. A. NIETO GARCÍA (2012), *Derecho administrativo...*, op.cit., p. 563-565. Para muestra la SJCA de Zamora de 20 de octubre de 2021 (N264/2021) en la que el juez condena por inactividad ante el “silencio” de la administración y la compele a iniciar actuaciones tanto materiales como formales sin tener en cuenta la legitimación o la obligación o no de resolver.

Para combatir este amplio arbitrio de los alcaldes en el ejercicio de sus poderes punitivos y penales existía el mecanismo de la responsabilidad personal¹³⁰⁰ con una dualidad de controles gubernativos y judiciales. Este control gubernativo del que ahora carecemos entendemos que parte de varias ideas.

- En primer lugar, de que al no existir la idea de autonomía, el alcalde es un órgano más del aparato burocrático del Estado que tiene como superior jerárquico normalmente al Gobernador.
- Ese control tenía sentido también porque no existía la reserva legal, *“el pueblo no había tipificado las infracciones”*.

Esta responsabilidad personal con esta corrección correspondía generalmente al Gobernador¹³⁰¹ a excepción de si las actuaciones del alcalde suponían un delito o falta cuya corrección en este caso correspondía al juez de lo penal por haber éste actuado como primera instancia judicial. (El equivalente actual a la prevaricación que debía contar con una autorización administrativa previa para su procesamiento).

La omisión de un alcalde en castigar una falta no debía considerarse como delito sino como falta, cuya corrección corresponde en la vía gubernativa al superior jerárquico de conformidad con la decisión de autorización de 14 de Julio de 1860, así en palabras de NIETO: *“Los alcaldes eran con quien mayor habitualidad ejercían estas actividades sancionadoras, no obstante, tenían unos controles de la discrecionalidad y arbitrariedad que ahora se han confiado al Estado de derecho, pero tratamos de demostrar que fallan. Los alcaldes operaban en su doble condición, tanto de agentes gubernativos como de funcionarios judiciales, en ambos casos con facultades represoras, lo que con frecuencia provocaba confusión, máxime cuando sobre todo en los pueblos pequeños no se guardaban estrictamente los cauces procesales que en último extremo servían para identificar formalmente en cuál de las dos condiciones se estaba actuando. A esta ambigüedad alude la decisión de 9 de diciembre de 1858 cuando advierte que para decidir si un alcalde obró como dependiente del orden gubernativo o del judicial no se debe atender a la intención ánimo del mismo sino a la índole o naturaleza de las funciones que haya ejercido”*.

¹³⁰⁰ Ibídem, p. 68.

¹³⁰¹ Vid. Ley régimen local de 1955. Los Gobernadores podían sancionar a los alcaldes por falta de celo – y sin recurso Contencioso-Administrativo–, aunque sólo en cuanto a *“las funciones delegadas por la Administración del Estado”* (art. 419).

La inactividad no es un vicio recurrible ante el ejercicio de potestades discrecionales.

Se cierra el círculo.

Tal discrecionalidad¹³⁰² definida por SÁNCHEZ MORÓN como “la capacidad reconocida por el ordenamiento a las administraciones públicas para crear servicios, promover, actividades públicas o acordar prestaciones o medidas de fomento y asistencia”. Y siguiente con este autor para su cumplimiento: “El control jurídico sustantivo resulta complicado, aunque pueden deducirse algunos límites de esta naturaleza al ejercicio de la discrecionalidad”, por lo que es necesario apostar por otro tipo de controles, como son los de carácter político, los controles sociales a través de fórmulas de eficacia o presupuestarios, además del control del ombudsman¹³⁰³, a lo que pueden sumarse reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuando se causan daños que sean susceptibles de indemnización. Esta tendencia sobre la inadecuación de los controles judiciales para este tipo de discrecionalidad parece que ha encontrado su reflejo en la exposición de motivos: “Claro está que este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el «quando» de una decisión o de una

¹³⁰² Sobre el control de la discrecionalidad en el Siglo XIX y en palabras de SOSA WAGNER: “Es, por otro lado, la época del nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la discusión acerca de la extensión del control judicial sobre los actos y las normas de la administración: En este sentido, y de acuerdo con la situación legal y también por supuesto con la práctica de los tribunales en aquellos años, los jueces controlaban sólo las cuestiones jurídicas o la existencia de los hechos determinantes en la medida en que afectaran a la decisión jurídica, sin llegar nunca a entrar en la valoración de las referidas a la discrecionalidad. En relación con las normas, y por respeto al principio de división de los poderes, los jueces tenían vedado igualmente cualquier pronunciamiento sobre su oportunidad o utilidad...”. F. SOSA WAGNER (2002), *Maestros Alemanes...*, op.cit., p. 89.

¹³⁰³ La figura del Defensor del Pueblo, tal y como la conocemos en nuestro Ordenamiento jurídico, tiene su origen en la oficina del Canciller de justicia de Suecia (Procurador Supremo “*Högste Ombúdsmanes*”), creada a principios del siglo XVIII, con la función de controlar a la administración estatal desde el punto de vista de la legalidad, con competencia para vigilar la correcta observancia de las leyes por parte de todos los órganos de aplicación del derecho, tanto los tribunales como el poder ejecutivo. Algunos autores encuentran la génesis del actual Defensor del Pueblo en diferentes figuras históricas ya existentes en España, pero las diferentes competencias de aquéllos no los hacen equiparables al actual. Así, el “*justicia Mayor de Aragón*”, institución del Derecho Aragonés con origen medieval, conocía de los asuntos que se llevaban ante él, y sobre los que decidía con carácter vinculante. El “*Diputado del Común*” de Canarias, surge como representante directo de los habitantes de los Cabildos insulares para la defensa de sus derechos, durante los siglos XVI al XVIII. A pesar de ser ciertas las similitudes existentes, el Defensor del Pueblo, tal y como está configurado en la actual Constitución Española de 1978, es una figura que debe sus orígenes claramente, al Ombudsman sueco, también importado a diferentes países europeos, como Francia, Inglaterra o Dinamarca, durante el siglo XX. En el ámbito europeo existe el Defensor del Pueblo Europeo. El Estatuto del Defensor del Pueblo europeo fue aprobado por Decisión 94/262 del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 1994. Sin embargo, el reenvío nos lleva a un nuevo callejón sin salida. Los controles judiciales no son adecuados para estos vacíos normativos y los administrativos reproducidos en la tesis son insuficientes, ineficaces e inexistentes. Late una preocupación de que el juez o tribunal sustituya a la administración en las decisiones discrecionales. Ahora bien, dicha cautela que muestra el legislador deja sin una vía adecuada a las inactividades que tienen su origen aun una obligación que no sea concreta.

actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquéllas”.

Esta previsión del preámbulo no materializada en el artículo 29 permitiría recurrir de este modo lo que hemos denominado inactividad formal de la que se adivina una inactividad material. Exhortaríamos a la Administración a la producción de un acto expreso de inicio del procedimiento que conllevaría de manera inequívoca a la ejecución material, pudiendo apoyarnos una vez llegados a este punto de la inactividad formal (necesaria obligación de resolver) o de la inactividad de ejecución de actos firmes del art. 29.2.

Una muestra es la indemnización o justiprecio en las expropiaciones o el pago contractual. No ha lugar a debate jurídico sobre la procedencia o no del pago, por supuesto serán necesarios los actos municipales de aprobación el gasto o reconocimiento de la obligación, pero la aplicación sobre la normativa respecto a una valoración ya ha quedado decidida en un procedimiento anterior.

T. QUINTANA LÓPEZ¹³⁰⁴ considera subsumible en la inactividad prestacional el derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos ex artículo 18 de la LBRL. Después de citar el mecanismo de la responsabilidad patrimonial como vía efectiva que resarza las deficiencias en las carencias de un servicio público local, introduce el de la inactividad argumentando que: *“La existencia y funcionamiento de un servicio público local, sea o no de los que tiene la consideración de servicio mínimo, habilita al eventual usuario a iniciar legítimamente un proceso Contencioso-Administrativo de impugnación de la inactividad administrativa con objeto de obtener una sentencia que condene a la Administración a prestar el servicio solicitado. Consideramos que la situación en que se encuentra el eventual usuario de un servicio público municipal ya en funcionamiento, al que no se le proporcionan las prestaciones correspondientes al mismo, cumple las cuatro exigencias que requiere el artículo 29.1 de la LJCA para hacer uso con éxito del recurso Contencioso-Administrativo frente a la inactividad de la Administración”.*

El ejercicio de esa acción por el vecino conducirá al inicio de un proceso Contencioso-Administrativo predominantemente de carácter objetivo, a partir del acto expreso o

¹³⁰⁴ T. QUINTANA LÓPEZ (1987), *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Madrid: Civitas.

presunto denegatorio, que el vecino recurrente ha de provocar mediante la previa solicitud de creación del servicio.

La sentencia declarativa que ponga fin al proceso deberá anular el acto administrativo denegatorio de la solicitud de establecimiento del servicio y remitir la creación del mismo a la discrecionalidad administrativa, pero no sólo en cuanto a la decisión de crear o no el servicio, sino al cómo y, en su caso, al cuándo, siempre dentro de la legalidad presupuestaria tan condicionada en los últimos tiempos.

En relación con esto último, el Tribunal Supremo, en una tan importante como antigua sentencia de 6 de marzo de 1978, afirmó que no cabe excusar a la Administración de adoptar ciertas medidas a causa de la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de éstos no es condición para la existencia del derecho, sino, por el contrario, la habilitación presupuestaria es una consecuencia de la propia existencia del mismo. De este modo, en el asunto que nos ocupa, el reconocimiento judicial del derecho del vecino o de la comunidad vecinal al establecimiento de determinados servicios públicos puede condicionar legítimamente los ejercicios presupuestarios futuros hasta el pleno cumplimiento de la obligación legalmente impuesta y judicialmente declarada consistente en el establecimiento de los servicios públicos de prestación municipal obligatoria.

X. LA APLICACIÓN DEL DERECHO POR EL HABILITADO NACIONAL.

1. EL LIBERALISMO Y LOS ORÍGENES DEL SECRETARIO MUNICIPAL.

Analizando la problemática de la Administración local hasta aquí traída, pudiera pensarse en la figura del Habilitado Nacional como el enhiesto garante del cumplimiento del Derecho administrativo “*ad intra*” y extra muros del Ayuntamiento.

En efecto, diremos que esta figura resulta idónea, (al menos “*a priori*”), para velar por las medidas de la aplicación y del cumplimiento normativo en las pequeñas Administraciones locales. De una parte; su carácter externo y ajeno a la corporación municipal como funcionarios no residentes del pueblo¹³⁰⁵ y de la otra; su selección, formación, provisión y régimen jurídico por la normativa de los funcionarios estatales, parecen dotar a este cuerpo de ciertas características y armas propias con las que combatir los problemas estructurales o de base de la planta municipal.

Es complejo elaborar de manera categórica un árbol genealógico del actual FHCN. Si bien podemos encontrar parientes muy cercanos en el escribano del Concejo Municipal¹³⁰⁶, el escriba romano, y el tabelillo o notario visigodo con las salvedades anacrónicas de las distintas épocas¹³⁰⁷.

¹³⁰⁵ Respecto al antiguo deber de residencia consagrado en el artículo 77 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, es derogado por la Disposición Derogatoria única del EBEP. “*Los funcionarios deberán residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios*”. Decálogo del Secretario-Interventor. Certamen tiene historia. Análisis 1954-1984.

¹³⁰⁶ Vid. Capítulo I.

¹³⁰⁷ A. BULLÓN Y RAMÍREZ (1968), *Historia del Secretariado de Administración local*, Madrid: Abella, p. 230. “El escribano era el fedatario público que guardaba el libro del fuero ejerciendo además y entre otras funciones la de contador del consejo”. E. ORDUÑA REBOLLO (2012), *Secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local. 200 años al servicio de la ciudadanía*, Madrid: Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local, p. 309, 320, 333 y 335.

Lo cierto es que la figura del escribano¹³⁰⁸ apuntada en las partidas de Alfonso X, así como en la Nueva recopilación de 1567, ostenta funciones de diversa índole ora judiciales ora administrativas que comienzan a separarse en la “*Novísima recopilación*” atribuyendo al escribano de Concejo la elaboración de un libro de papel en el que debieran escribirse todas las cartas y ordenanzas. Pero no es hasta las Ordenanzas municipales del Siglo XVIII donde se encuentra la denominación de Secretario como sinónimo de escribano.

La instrucción para el Gobierno Económico-Político de las Provincias aprobada por Decreto de 23 de junio de 1813 que se refiere al Secretario del Ayuntamiento¹³⁰⁹ manifiesta ya la relevancia del cargo al concluir en su art. 4º del capítulo 2º que “*tendrá la Diputación Provincial un Secretario nombrado por ella y que su dotación será propuesta por la Diputación y con el informe del Gobierno aprobada por las Cortes. El Secretario podrá ser removido por la Diputación con anuencia del Gobierno*”. Previamente, la Constitución de Cádiz¹³¹⁰ ya había dispuesto en su artículo 320 que

¹³⁰⁸ M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*

¹³⁰⁹ En el marco de sus preocupaciones por las reformas administrativas, quiso también el jurista ocuparse de los Secretarios de los Ayuntamientos sobre una idea que apuntaremos en las Conclusiones. J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, *op.cit.*, p. 28. En abril de 1866 decía en el Congreso: “*Indudablemente contribuirá en gran manera a la buena gestión de los negocios administrativos y sobre todo a la moralidad de la administración, el organizar la carrera de Secretarios, de Ayuntamiento; pero es una cosa muy difícil casi imposible de hacer, mientras no se varíe nuestra división municipal, mientras haya Ayuntamientos desde 30 vecinos a 300.0000 almas. (Posada defendió hasta la saciedad la reducción del número de municipios españoles). Es imposible que pueda haber Secretarios de Ayuntamiento con una carrera organizada en que haya ingreso, ascenso, etc. En fin, con todas las condiciones que debe tener esa carrera. Sus preocupaciones no llegaron a cuajar en propuestas concretas*”.

¹³¹⁰ Respecto a la composición del Ayuntamiento, el art. 309 manifestaba que “*los Ayuntamientos estarían integrados por alcalde, Regidores y Procurador Síndico*”. El coetáneo Decreto de 22 de agosto de 1812 sobre las escribanías, procuradurías de los lugares que fueron señorío, estableció en su página 59 que “*cesarán los escribanos que hasta ahora se han conocido con el nombre de escribanos de Ayuntamiento y sustituirán en su lugar un Secretario elegido según dispone el artículo 320 de la Constitución y conforme a lo últimamente mandado en el Decreto de 23 de mayo y en su declaración de 10 de julio*” respecto a la autonomía administrativa y al sufragio la norma proclamaba que “*los municipios españoles tendrían plena autonomía administrativa, económica y política, rompiendo los controles que sobre ellos ejercían otros poderes: el regional y el central hasta ese momento, como queda patente en la legislación liberal sobre Ayuntamientos. Los alcaldes y Ayuntamientos serían elegidos por sufragio universal, encargándose del ejercicio del poder ejecutivo local. También, serían elegidos por sufragio universal los jueces encargados de las faltas, juicios verbales y actos de conciliación. Los alcaldes y sus Ayuntamientos tendrían que dar cuenta de sus gastos. No podrían ser separados de sus cargos más que por una sentencia de un tribunal competente, ni sustituidos sino lo eran en elecciones por sufragio universal*”.

“habrá un Secretario en todo Ayuntamiento, elegido por éste a pluralidad de votos, y dotado de los fondos del común”¹³¹¹.

De este régimen destacaremos que el Secretario municipal era el funcionario más relevante de la corporación. No debemos olvidar que detentaba la Jefatura de la gestión y del personal bajo la dependencia del alcalde y del Jefe Político o del Intendente en su caso, pues si estas tareas se tenían implícitamente atribuidas en la Diputación, debemos extrapolarlo en este caso también para el Ayuntamiento¹³¹².

Por tanto, va a ser en el primer liberalismo donde se produce el auge de esta figura¹³¹³, no siendo hasta la instrucción de 1823 para el Gobierno Económico-Político de las Provincias, en concreto en sus artículos 64 a 67, cuando se atribuyen a este cuerpo parte de las hoy denominadas funciones reservadas de fe pública e intervención¹³¹⁴. Esta profesión se inicia en el siglo XIX con una profesionalidad débil e inestable¹³¹⁵ saltando de Secretario a Depositario y puenteando la actual afamada intervención de fondos¹³¹⁶.

¹³¹¹ La figura del Secretario era en la Constitución de 1812 de libre elección municipal únicamente condicionada por la voluntad de la Diputación. Éste realizaba también cierto papel fiscalizador asumiendo parte de las actuales funciones del Interventor. El Tesorero era elegido directamente por la corporación y respecto al incipiente papel del Interventor conviene mencionar a A. MARTÍNEZ MARÍN. *“Hay que destacar la competencia de fiscalización económica que tiene atribuida el Concejal Síndico y, en cuanto a la segunda, la tarea de intervención general que se le atribuye al Oficial Mayor y la de archivero en favor del Oficial Segundo. Así pues, bajo la simplicidad burocrática es de reconocer la percepción de las funciones vitales corporativas y su atribución a cargos diferenciados; salvo cuando las limitadas posibilidades económicas y el reducido volumen de la gestión demandan su acumulación en la misma persona, como es el caso de Secretaría desempeñada por un concejal”*. A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Madrid: Tecnos, p. 27. Esta idea nos recuerda a nuestra previsión en el Capítulo VI acerca del elenco de funciones que han ido ganando poco a poco a los corporativos con algún paso a atrás, tanto por parte de este cuerpo como del resto de funcionarios locales. Es por ello que debilitar la Habilitación Nacional en favor de los corporativos no sólo nos recuerda al centralismo autoritario, sino que es una tendencia continuista acrecentada por el actual contexto de proximidad entre política y administración.

¹³¹² A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, *op.cit.*, p. 26

¹³¹³ Las pugnas entre moderados y conservadores pasan por lo siguiente: *“Para los moderados el alcalde era el representante del gobierno en el municipio, por lo que debía ser nombrado por la administración central, mientras que los progresistas consideraban que el alcalde era, por supuesto, la autoridad ejecutiva en el municipio, pero su origen debía ser electivo”*. E. MONTAGUT CONTRERAS (27 de febrero de 2016), *“Los Ayuntamientos en la época...”*, *op.cit.*, p. 5.

¹³¹⁴ La función esencial del interventor es cerciorarse de que el gasto se ajusta a fin para que se hizo la consignación. P. E. TAYLOR (1960), *Economía de la hacienda pública*, Madrid: AGUILAR, p. 65.

¹³¹⁵ V. MERINO ESTRADA (2012), *“La profesionalización de los empleados públicos municipales. ¿Doscientos años de ida y vuelta?”*, en: E. ORDUÑA REBOLLO, *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*, p. 502.

¹³¹⁶ Vemos que en un primer momento en el Secretario de Ayuntamiento se aglutina una fuerte función jurídica respecto de una débil económica. Posteriormente con la aparición del Contador en la Ley Municipal

En la Ley de 1823 ya se regula la figura del Secretario del Ayuntamiento nombrado por la mayoría de los concejales atendiendo a las cualidades de los individuos. Procurando que reúnan la adhesión a las instituciones y todas las demás circunstancias necesarias en los funcionarios públicos.

La corporación no tiene plena libertad para su libre remoción garantizándose aquí ya leves visos de independencia, pues es necesario formar un expediente que *“de no existir cierta imparcialidad e independencia cada año habría nuevos Secretarios siendo ésta una persona que tiene que estar al corriente de todas las leyes, órdenes y decretos”*¹³¹⁷. Junto al Secretario, la Ley de 1823 contenía la figura del Depositario de caudales, nombrado y cesado por la corporación con un régimen más flexible.

El Real Decreto de 25 de julio de 1835 sobre Arreglo Provisional de los Ayuntamientos del Reino reconoce el derecho a tener Ayuntamiento propio a los núcleos *“siempre que su población llegue a los cien vecinos”* disponiéndose que lo conservarán los pueblos que lo tuvieran, aunque no lleguen a este mínimo.

En esta misma línea, la Ley de 8 de enero de 1845 ordena que se conserven los Ayuntamientos en los pueblos que tengan más de 30 vecinos autorizándose al Gobierno a crear municipios en los que tengan al menos 100 vecinos. En cuanto al papel de los neófitos Habilitados Nacionales diremos que el nombramiento y cese del Secretario quedó en manos de la autoridad gubernativa (alcalde y/o Jefe político), y respecto al Depositario¹³¹⁸ su nombramiento y cese le competía directamente a la corporación. El papel del Síndico desaparece en la legislación moderada siendo sustituido por un corporativo que pasará a denominarse Regidor síndico.

de 2 de octubre de 1877 recae en el mismo el giro y tráfico de cobros y pagos, y es en último lugar cuando aparece la figura del Interventor de fondos.

¹³¹⁷ Decreto XLV de 3 de febrero de 1823 Ley para el Gobierno Económico-Político de las Provincias.

¹³¹⁸ *“El depositario tiene como obligaciones principales la custodia de los fondos que se le confíen, llevar la contabilidad de los ingresos y salidas de la tesorería y no pagar órdenes de pago que no estén debidamente cumplimentadas por el alcalde y Secretario y consignadas presupuestariamente. En puridad es tanto un tesorero como un cajero; sin embargo, tiene también una intervención en la elaboración del presupuesto”*. A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, op.cit., p. 33.

La Ley de presupuestos y contabilidad provincial y su Reglamento de 20 de septiembre de 1865¹³¹⁹ regulan el denominado “*Oficial Mayor del Consejo Provincial-Contador de fondos de la provincia*” como antecedente del Interventor Provincial. Como novedad, el nombramiento de este empleado cualificado lo hace el Ministerio de la Gobernación entre aquellos aspirantes que hayan acreditado en un examen celebrado en Madrid y que posean los conocimientos suficientes¹³²⁰. Menos buenas nuevas lo son para la figura del Secretario de la Diputación Provincial que será de nuevo un Diputado que desempeñará su cargo de forma gratuita y que todos los empleados de su plantilla serán nombrados por el Gobierno.

Pocos años después surge la Ley municipal de 1870. En ésta el Secretario aglutina el papel de interventor o Contador si éste no existe, aunque un Regidor elegido por el Ayuntamiento es el que tiene atribuido de origen el papel de la Intervención. En el caso de la Diputación provincial, la Ley de 1870 institucionaliza las tres dependencias perdurables hasta nuestros días: La Secretaría, la Contaduría y la Depositaria. Sus titulares, el Secretario, el Contador y el Depositario son nombrados y separados por la correspondiente Diputación¹³²¹.

En cuanto a las Leyes municipales de 1877 y 1882 diremos que en la primera, el Depositario sigue sin ser preceptivo en todas las corporaciones siendo nombrado y cesado directamente por las mismas donde ejerciera sus funciones y delimitándose ya con cierta nitidez al Interventor de Fondos. Por lo que respecta a la Ley municipal de 1882 se retrocede al libre nombramiento y cese de Secretario y Contador sin habilitación.

¹³¹⁹ Omitimos la Legislación del bienio progresista “*Ley de Ayuntamientos de 5 de Julio de 1856*” ya que dos meses después de su entrada en vigor son disueltas las Cortes y el Real Decreto de 16 de octubre de 1856 se restablece la legislación de 1845.

¹³²⁰ Sobre la figura tradicionalmente denostada del Tesorero la Ley se atreverá a decir que “*el alcalde libra y el Depositario satisface*”. Mantiene tareas de recaudación, fiscalización, custodia y rendición de cuentas pero con debilitación y condicionalidad que hace que su empleo sea el menos importante de los tres. A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, op.cit., p. 45. Tendremos que esperar hasta la dictadura Franquista para que el Depositario recupere su existencia preceptiva en toda corporación local cuyo presupuesto ordinario exceda de dos millones de pesetas.

¹³²¹ A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, op.cit., p. 53.

A comienzos del Siglo XX, el Real Decreto de 14 de Junio de 1905¹³²² aprueba el Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento publicado en la Gaceta de Madrid el 15 de Junio¹³²³, que a tenor de su preámbulo pretendía responder a la petición del cuerpo: “*Hace algunos años que los Secretarios de Ayuntamiento solicitan con insistencia una reglamentación que fije perfectamente sus deberes y les reconozca también aquellos derechos que garantizándolos su situación contra los vaivenes de la política, dignifiquen y despierten estímulos poco compatibles con la inestabilidad de condiciones y aun de posesión del cargo a que hoy están sujetos*”.

Sobre el hombre multitarea que hoy representa el Secretario-Interventor¹³²⁴ y coetánea a la época descrita es ilustrativa la obra *Juanita la larga*¹³²⁵ sobre la figura de Don Paco, Secretario del Ayuntamiento¹³²⁶: “*Para lo útil, don Paco valía más: era un verdadero factótum. Con en el pueblo, si bien había dos licenciados y tres doctores en Derecho, eran abogaos peperris, osea de secano y todos acudían a don Paco que, rábula y jurisperito sabía más de leyes que el que las inventó y les ayudaba a componer o componía cualquier pedimento o alegato sobre negocio litigioso de algún empeño o cuantía. El alcalde y los concejales, rústicos labradores, por lo común le estaban sometidos y devotos y como no entendía de reglamentos ni de disposiciones legales sobre*

¹³²² Junto con este reglamento huelga mencionar los de 1902, 1916 y el de 15 de noviembre de 1909. Permitiéndonos aseverar estos textos que la primera reglamentación u organización del cuerpo viene dada por la Diputación provincial y los mayores municipios.

¹³²³ Artículo único. “*Con carácter provisional se pone en vigor el adjunto reglamento de Secretarios de Ayuntamiento. En plazo breve informará acerca de dicho reglamento, para su reforma o aprobación con el carácter de definitivo, la Comisión permanente del Consejo de Estado, según dispone el número 8º del art. 27 de la ley de 5 de Abril de 1904*”.

¹³²⁴ E. TOSCANA SANTAMANS (2008), *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España*, Valencia: Tirant lo Blanch. R. RIVERO ORTEGA (2012), “La evolución histórica de los servicios públicos locales y el papel de los habilitados desde la Constitución de Cádiz hasta nuestros días”, en: E. ORDUÑA REBOLLO, *Secretarios, interventores...*, op.cit. p. 502. “*Durante el siglo XIX se consolida una realidad que ha perdurado hasta nuestros días. El Secretario, en los pequeños municipios, se encarga de todos los asuntos del pueblo en lo relativo a lo administrativo, gubernativo, económico y judicial, no faltando testimonios de la época que refieren cómo en esa época los administradores locales, incluidos los alcaldes eran analfabetos. En ese contexto el Secretario más allá de sus funciones concretas, tenía una influencia importantísima pues venía a ser el alma del Ayuntamiento*”. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, op.cit., p. 40.

¹³²⁵ J. VALERA Y ALCALÁ-GALIANO, *Juanita la larga*, citado por: M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, op.cit.

¹³²⁶ Sobre la conveniencia e importancia de casar la hija con el Secretario del Ayuntamiento: J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit.

*administración y hacienda don Paco era quien repartía las contribuciones y lo hacía todo*¹³²⁷”.

Y sobre las tensiones entre burocracia y corporativos, y de legalidad e interés político, adelantamos ya la novela de D. José Fariña Jamardo “*Señor Secretario*” acerca de la importancia del carácter firme del FHCN¹³²⁸.

Secretario: –“Mi tecnicismo es para defender la ley, no para burlarla. (...) No veo la forma de arreglar ese lío”.

Alcalde: –“Ya aparecerá. Estúdiela con calma. Ya aparecerá. Usted es un buen Secretario y le encontrará un hueco. No faltaba más”.

“No era Don Luis de los hombres que vendiesen su primogenitura por un plato de lentejas o por un par de jamones. Ni por nada”.

“El estorbo es el Secretario cuando exige que se marche por la senda recta e impide el uso de las mañas torticeras”.

“Ya sé que el tener que decir no origina muchas veces enemistades. Que no es agradable: pero el que no sepa decir no, nunca será un buen funcionario”.

El siglo XX no es época desdeñable para la figura del FHCN. Respecto del uso en nuestro país de los militares para devolver el orden, mencionaremos que durante la dictadura de Primo de Rivera por Real Decreto de 30 de septiembre de 1923 se disuelven todos los Ayuntamientos de España y en el año 1924 junto con el Estatuto Municipal se aprueba el Reglamento de 23 de agosto de 1924 donde el Cuerpo mantiene el requisito de aprobar la oposición ante un Tribunal centralizado en Madrid u otros descentralizados¹³²⁹. En el año 25 tras el fomento del asociacionismo y corporativismo durante la dictadura, se pronuncia que todos los Secretarios e Interventores de Fondos provinciales y municipales quedan obligatoriamente integrados en su respectivo Colegio Provincial.

El Decreto de 16 de junio de 1931 de la II República declara subsistente “*por exigencia de realidad*” el régimen funcional establecido por los Estatutos Municipal y provincial

¹³²⁷ Bien es cierto que el papel desempeñado por “*Don Paco*”, parece extrapolable a la figura del “*Secretario-alcalde*” de temeraria interpretación por parte de cualquier funcionario Habilitado.

¹³²⁸ J. FARIÑAS JAMARDO (1955), *Señor Secretario*, Madrid: Imprenta Sáez.

¹³²⁹ Adelantándonos a la conclusión de la división en categorías que acusa una falta de unidad sorprende que la categoría de primera en esta época la comprendían todos los municipios superiores a los 4000 habitantes. Sobre esta época reiteraremos el papel de Interventor del Secretario en ausencia de aquél, la creación de un único cuerpo o subescala de interventores, y la creación del cuerpo de Depositarios por Real Decreto de 10 de 1930.

de 1924 y 1925. Persiste la colegiación obligatoria y la inamovilidad funcional así como el mantenimiento de su regulación jurídica a través del Decreto de 13 de abril de 1934 donde se exhorta a todas las Corporaciones Locales que, mientras no se aprueben las nuevas leyes de Administración local, no destituyan a ninguno de sus funcionarios, a no ser por motivos graves y previa formación de expediente con todas las garantías.

La Ley municipal de 31 de octubre de 1935 configura los denominados por primera vez como Cuerpos Nacionales a Secretarios e Interventores (no a Depositarios). El Cuerpo Nacional de Secretarios se divide en tres categorías y se crea una especial para los municipios de 500 habitantes que quedará fuera del escalafón.

La dictadura franquista tampoco fue en barbecho para los Habilitados Nacionales La importancia que recobró el Cuerpo queda reflejada en la Orden de 28 de agosto de 1959 por la que se establece el uso del uniforme y distintivo del Cuerpo por los Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración local¹³³⁰. El Franquismo conserva los

¹³³⁰ “Este Ministerio ha tenido a bien disponer: Art. 1. Se establece con carácter obligatorio para todos los Secretarios. Interventores y Depositarios de Administración local de España el uso del uniforme en los actos y ceremonias que se determinan. Art. 2 El referido uniforme se llevará: En todos los actos oficiales, besamanos y funciones a que concurran, en atención al cargo que ostentan. Voluntariamente en cuantos actos solemnes o particulares estimen los interesados oportunos siempre que revistan la dignidad adecuada para. el uso del mismo. Art. 3. Diariamente y en las horas de oficina podrán, así mismo, aun cuando sin carácter obligatorio, ostentar el uniforme corriente que se determina en estos casos. Art., 4. El uniforme que se crea por esta orden estará sujeto a las siguientes características: Americana, cruzada, de paño o vicuña de color azul marino, con dos filas de tres botones a cada lado; estos botones serán dorados y llevarán en relieve el escudo imperial de armas de España. Mangas lisas, llevando en la parte del puño inferior, junto a la costura, tres botones dorados de tamaño pequeño, con las mismas características que los anteriores. Hombreras sobrepuestas, integradas por cordoncillo tejido en grueso, sostenidos por dos botones dorados similares a los de la bocamanga. Dos bolsillos horizontales a los costados y uno más pequeño al lado izquierdo del pecho. En verano podrá usarse americana blanca de forma análoga a la descrita. Chaleco. Del mismo género y color que la americana, cruzado con dos filas de botones dorados, en número de cuatro a cada lado. Pantalón. Recto y de igual género al de las prendas anteriores. Gorra. Confeccionada, incluso la visera, con el mismo género que el traje. Forma de plato, levantada en la parte delantera superior con barbuquejo trenzado sujeto con dos pequeños botones dorados y llevando en la parte alta superior bordado el escudo de España. El cerco de la gorra llevará sobrepuesto un cordoncillo fino de los mismos colores. En verano el plato de la gorra irá revestido de funda blanca. Corbata. De seda negra y nudo largo. De gala, lazo negro. Camisa. Blanca con cuello planchado. De gala, blanca planchada con cuello duro. Calzado. De piel negra. Para gala, charol negro. Guantes. De piel color avellana oscura. De gala, piel blanca. Capote de paño azul oscuro con cuello doble para volver del mismo paño. Llevará una doble fila de seis botones grandes dorados y dos más en el talle, para sujeción de la trabilla. Llevando en el centro de la espalda un repliegue abierto. Las hombreras serán iguales a las de la americana si bien de tamaño más grueso”.

Cuerpos Nacionales¹³³¹ y faculta a la Dirección General de Administración local¹³³² la potestad de convocar y resolver los concursos para la provisión de puestos de trabajo. Importante normativa de esta época data el texto articulado y refundido de las Leyes de bases del Régimen local, de 17 de Julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953 que regula los Cuerpos Nacionales en los arts. 338 a 347. Los Cuerpos Nacionales continúan siendo los mismos de la época anterior, manteniéndose pues la excepción provincial Navarra. Se mantienen los Colegios provinciales y el nacional dividiéndose el Cuerpo de Secretarios en tres categorías y doce clases, las Intervenciones y Depositarias en seis y el de Directores de Bandas en dos.

Tras la CE de 1978, el Secretario deja de formar parte del Ayuntamiento tal y como preveía el Estatuto de 1924 (composición constitucional actual del art. 140CE)¹³³³. A partir de esta fecha recobra importancia la figura del Interventor por extensión homóloga a la intervención del Estado tal y como establece la Ley de Haciendas locales de 1988. El afán acaparador autonómico sólo interceptado por la crisis económica, viene de la mano

¹³³¹ Hasta el Sáhara llegaron los Cuerpos Nacionales en el franquismo. Información obtenida de la página web. <https://habilitados-nacionales.com>. Orden de 13 de enero de 1964 por la que se nombra por concurso a don Moisés Balabasquer López Secretario del Ayuntamiento de Aaiun (Provincia de Sahara). Orden de 28 de diciembre de 1967 por la que se nombra por concurso a don Antonio Carmona Mir Secretario del Ayuntamiento de Villa Cisneros (Provincia de Sahara).

¹³³² Actualmente le corresponde al INAP la gestión y ejecución de todos los procesos selectivos y a la Dirección General de Función pública dependiente de la Secretaría de estado de Función pública de conformidad con el artículo 8.1 del RD 863/2018 j) y k).

¹³³³ Las funciones reservadas forman parte del derecho básico desarrollado a través del 149.1.18. Así la STC 25/1983, de 7 de abril confirmó que la selección y provisión de los FHCN al desarrollar en palabras de la STC 214/1989, de 21 de diciembre: *“El correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones, que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y más aún autonómico”*. A estas sentencias le siguen la STC 23/1995, de 30 de enero, 385/1993, de 23 de diciembre, 235/2000, de 5 de octubre, 37/2003, de 25 de febrero, 73/2003, de 23 de abril, 143/2013 de 11 de julio, 107/2017 de 21 de septiembre. En la STC 25/1983 el TC reduce a síntesis el carácter básico de los concursos de los Habilitados Nacionales: *“Decidir si la convocatoria y a decisión de los concursos que este asunto se refiere forman parte de las bases que menciona el art. 149.1.18 de la CE o si entran en el art. 10.4 del Estatuto de autonomía pues prima facie una competencia exclusiva conlleva los poderes de ejecución de la legislación vigente y no ofrece duda que la convocatoria y la resolución de los concursos para cubrir plazas de funcionarios pertenece al marco de la ejecución de la normativa vigente que sólo podrá por tanto, corresponder al Estado si de algún modo tuviera que entenderse incardinada en las bases a que refiere el tantas veces citado art. 149.1.18. Por principios, bases y directrices hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes en todo el Estado. Por ello la mencionada idea manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros. Como ya dijo este tribunal en su sentencia de 28 de junio de 1981, no es fácil determinar en cada caso concreto cuáles son las bases de determinada materia, las bases, como concepto material pueden hallarse en leyes en sentido estricto o incluso en reglamentos ejecutivos en cuanto éstos contengan desarrollos necesarios remitidos a ellos por las leyes. En el presente caso se trata de decidir si la selección de funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales de Secretarios, Interventores y Depositario de Fondos de la Administración local y su adscripción a plazas determinadas pertenece o no al núcleo de las bases de la regulación de la materia indicada”*.

del EBEP¹³³⁴. En esta compilación normativa, el respetado cuerpo pasa a denominarse: “*Funcionarios con habilitación de carácter estatal*”, encomendando a las CCAA la aprobación de la oferta de empleo público, y la selección del Cuerpo derogando los artículos 92-98 y 99 de la LBRL y dejando sin vigor el Capítulo III del Título VIII del TRRL¹³³⁵.

La LRSAL cambia el paradigma en un incipiente centralismo y recuperando el Cuerpo de FHCN arengando en su preámbulo la necesidad de “*reforzar su independencia con respecto a las EELL en las que prestan sus servicios y garantizar la profesionalidad y eficacia del control interno*”. Y por último, la suspensión de las reglas fiscales por acuerdo del Congreso de los Diputados de 20 de octubre de 2020 y nuevamente ratificada en fecha 13 de septiembre de 2021 pone en entredicho la hegemonía de la intervención y el control económico en los Ayuntamientos al menos para los dos ejercicios venideros.

2. LA CONCEPCIÓN DEL SECRETARIO COMO GARANTE DE LA LEGALIDAD. LAS FUNCIONES RESERVADAS, CADA VEZ MÁS RESERVADAS.

Existe la tan generalizada como errónea creencia de atribuir al Habilitado Nacional, y en concreto al Secretario del Ayuntamiento, la aplicación del Derecho administrativo o cumplimiento de la legalidad en las EELL. Numerosa es la jurisprudencia¹³³⁶ que

¹³³⁴ “*Extremo al que se llega después de una lucha competencial entre los tres niveles de administración territorial que pugna por controlar estos colectivos: el propio Estado, que engendró estos cuerpos y los ha venido administrando desde su mismo origen con notable éxito, las propias corporaciones locales cuyas tendencias soberanistas chocan con un personal que precisamente por estar dodos de un estatus, en cierto modo de independencia de las mismas, pueden ejercer con mayor libertad que los simples funcionarios locales la función del control de legalidad de intervención económica, y las CCAA empeñadas en sustituir al Estado tanto en la misio de seleccionar, como en gestionarlas convocatorias para la provisión de puestos de trabajo*”. J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007), *Derecho Administrativo II...*, op.cit., p. 444. “*Esta situación solo se explica por el predominio de los intereses de los partidos políticos y sus bases locales y que reduce la garantía de control de unas EELL que, en el momento presente, no están sobradas de controles de legalidad precisamente*”. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función...*, op.cit. Nuevamente otro maestro como Morón identifica el control de legalidad con las funciones de los Habilitados, lo cual difiere de la realidad tal y como veremos en el siguiente epígrafe.

¹³³⁵ A. BULLÓN Y RAMÍREZ (1968), *Historia del Secretariado...*, op.cit., p. 227 y ss.

¹³³⁶ Desde la perspectiva del juzgador, el Secretario es un funcionario con conocimientos específicos, y, por eso, justificar su actuación en caso de silencio no resultará muy sencillo. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz en Sentencia de 2006, por la que se condena la prevaricación del alcalde del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, ante el intento de excusa fundado en la falta de advertencia del

reconviene a este cuerpo la llevanza de tareas funciones o responsabilidades que exceden notablemente lo dispuesto en los artículos tres y ss. del RRJFHN y que refieren exclusivamente a unas funciones reservadas tal y como se ha encargado de delimitar el legislador¹³³⁷.

MORELL OCAÑA¹³³⁸ menciona las principales funciones de los FHCN como de “*aplicación del derecho en el contexto de la sociedad local*”. En cambio, donde el Secretario, Interventor y el Tesorero existen, han de ser sobre todo en las pequeñas municipalidades (además de la discutida función de aplicadores del derecho) gestores de los servicios públicos¹³³⁹ o al menos de los procesos administrativos, sin que el legislador a la fecha se haya planteado esta cuestión.

El propio TC parece desconocer los intersticios por los que escapa el cumplimiento normativo en las funciones reservadas al mencionar en la STC 235/2000 que “*las funciones que desempeñan estos funcionarios con Habilitación Nacional son funciones reservadas, relacionadas con el asesoramiento legal y el control de los fondos públicos...*”

Secretario señala: “*El hecho de que no conste que por el Secretario del Ayuntamiento se le advirtiera de la ilegalidad del nombramiento, lo cual es sorprendente, inadmisibile e impropio de quien está encargado de advertir tamaña y flagrante ilegalidad, conforme al art. 92 de la Ley 7/1985, no puede exonerar de responsabilidad*”. Bien es cierto, que la advertencia de ilegalidad desaparece con la regulación que de las funciones públicas de los Secretarios de Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, se lleva a cabo tras la Ley de 1985 y encuentra su regulación más detallada en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los Funcionarios de Administración local con Habilitación de Carácter Nacional y que el Secretario sólo ha de informar en los casos señalados en dicha norma. Pero resulta claro que cuando la infracción es manifiesta, palmaria y aberrante..., y un funcionario cualificado como el Secretario está presente..., entonces..., la cosa parece que chirría. Y también es claro que este tipo de sonidos, chirriantes, llaman la atención del Juez y la del Fiscal. www.habilitadosnacionales.com.

¹³³⁷ Sobre la posibilidad que el alcalde y la corporación puedan asignar directamente funciones administrativas a los Habilitados. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*, p. 206 y ss. La paradoja parece pasar por recortar las funciones reservadas, pero permitir que los corporativos (el alcalde como Jefe de personal) pueda asignar otras funciones que consideren en aras a la autoorganización y a la Autonomía local. Art. 6.3. “*Lo previsto en el apartado anterior sobre las funciones públicas reservadas no impedirá la asignación a los puestos de trabajo de esta escala funcional de otras funciones distintas o complementarias, y de los distintos servicios de la Entidad Local, compatibles con las propias del puesto y adecuadas a su grupo y categoría profesional. Esta asignación de funciones se efectuará por el presidente de la Entidad Local, en uso de sus atribuciones básicas, dando cuenta al Pleno y deberá figurar en la relación de puestos de trabajo de la Entidad, o instrumento organizativo similar*”. Ello es legitimado por la STS de 28 de mayo de 2020: “*Esto significa que solamente en virtud de una previa disposición normativa de rango legal o reglamentario que la prevea y respete la configuración material que el legislador ha dado a los funcionarios de la Escala y a su cometido, podrá efectuarse la encomienda a que se refiere el precepto*”.

¹³³⁸ L. MORELL OCAÑA (2000), “Situación y perspectivas de los funcionarios de la Administración local con Habilitación Nacional”, *justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, núm. Extra 1, p. 207-230.

¹³³⁹ Vid. Capítulo VI y continuación Capítulo X.

Las enunciadas funciones no sólo sirven para hacer operativo el principio de eficacia sino, fundamentalmente, para encaminar la actuación administrativa de los entes locales al logro del postulado constitucional de «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» que luce el inciso final del artículo 103.1 CE. Dicho más sencillamente: para garantizar el Estado de Derecho en dicha esfera administrativa local. Pues solamente cuando las Corporaciones locales cuenten con un asesoramiento legal preceptivo que les ponga de manifiesto las coordenadas legales en que ha de moverse la actuación administrativa y cuando la fiscalización del gasto público asegure un correcto manejo de los caudales... podrá afirmarse que están los entes locales en condiciones de cumplir la exigencia constitucional de sumisión a la Ley y al Derecho... ».

El reproche por desconocimiento que osamos atribuir al más alto tribunal, queremos puntualizarlo en que las posibilidades previstas en las funciones reservadas del cuerpo no agotan ni mucho menos el “*encaminar la actuación de las administraciones a la ley y al derecho*”.

Otrora¹³⁴⁰, sí se atribuyeron a los FHCN propiamente funciones gestoras y de cumplimiento normativo en la corporación¹³⁴¹ pudiendo hacerles responsables directamente de buena parte de las ilegalidades municipales. Buena parte de la aplicación

¹³⁴⁰ También hemos visto como proliferan las funciones administrativas de los corporativos en el Capítulo VI para rellenar en una primera parte la laguna del personal directivo. Se incrementan las potestades administrativas del alcalde con objeto de profesionalizar el régimen local.

¹³⁴¹ “*Los miembros de los cuerpos nacionales de Administración local, y en especial los Secretarios y los Secretarios-Interventores, sí que desempeñaron de facto o, incluso, de iure (responsables de personal) muchas funciones propias de la dirección pública, pero lo que no puede dudarse es que ni las exigencias de acceso ni la formación recibida les habilitaba para tales funciones, pues sus atribuciones tradicionales seguían girando esencialmente sobre el plano del control de legalidad de la actuación de los diferentes órganos municipales y sobre la fe pública, así como sobre las tareas de asesoramiento legal preceptivo a los diferentes órganos de las entidades locales. En todo caso, es evidente que en los municipios pequeños y medianos el Secretario (y, en menor medida, el interventor) se veían habitualmente en la obligación de desempeñar un papel próximo en ocasiones a la dirección pública, aunque todo dependía del perfil personal del miembro del cuerpo nacional y de las relaciones que éste entablara con las autoridades políticas*”. L. MORELL OCAÑA (2000), *Situación y perspectivas...*, op.cit, p. 211. Bajo la calificación de asesores los funcionarios de los Cuerpos Nacionales son verdaderamente gestores de la corporación, con la paradoja de que, llegada la época democrática, son los funcionarios los que administran marginando a los miembros de la corporación y repara en la advertencia de ilegalidad del Secretario, que equivalía trasladar la resolución del asunto a otras instituciones; a su juicio el proceder del Secretario o del Interventor formulando la advertencia implicaba un desapoderamiento de la corporación a efectos decisorios y de ahí que se produjera una evolución tendente a las siguientes consecuencias: Sobre la marginación formal de los Cuerpos Nacionales a los corporativos respecto de las actividades gestoras, quedando acantonados en cometidos ajenos a la gestión diaria de las actividades locales: M. ABELLA POBLET (1990), *Régimen jurídico y económico de los funcionarios de la Administración local*, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

y cumplimiento del Derecho administrativo venía de la mano del Secretario municipal¹³⁴². Es desde aquí, donde la melancolía parece confundir a tribunales y doctrina¹³⁴³.

Además de la Jefatura de servicios ya indicada¹³⁴⁴, se establecía que los Secretarios estaban legitimados para ejercer un cierto “*control de legalidad*”¹³⁴⁵ trasladando a modo de denuncia los acuerdos adoptados por la corporación local contrarios a derecho, de manera notablemente distante a la actual remisión de acuerdos explicada en el Capítulo VII.

En el Estatuto Municipal de 1924 las funciones del Secretario eran dobles; en cuanto que formaba parte de la corporación y era Jefe de servicios administrativos. Como miembro de la corporación se le atribuían funciones de fedatario, asesor legal incluida la advertencia de ilegalidad y ejecutivas. Como Jefe de los servicios administrativos se le reconocían las funciones directivas del personal y de las oficinas.

El artículo 226 de la Ley municipal de 1931 disponía que era función del Secretario ejecutar¹³⁴⁶ los acuerdos municipales y gestionar todos los asuntos del Ayuntamiento, sean administrativos, gubernativos, judiciales o de cualquier otro orden en cuestiones

¹³⁴² POSADA en sus lecciones confirma nuestra teoría del Habilitado como garante de la legalidad al mencionar que “*los soberanistas chocan con un personal que precisamente por estar dotados de un estatus, en cierto modo de independencia de las mismas, pueden ejercer con mayor libertad que los simples funcionarios locales la función del control de legalidad en intervención económica*”. J. POSADA HERRERA (1996), *Lecciones de administración...*, *op.cit.*

¹³⁴³ De esta época nos hacemos eco de las palabras del Catedrático de Derecho Administrativo Fernando Mellado al afirmar que el Secretario sea “*el alma y la base del distrito electoral*” y que el Conde de Romanones lo califique de la piedra angular de toda la complicada y difícil organización burocrática. F. MELLADO (1894), *Tratado elemental de Derecho administrativo*, Madrid: M.G. Hernández. CONDE DE ROMANONES (1901), *Las responsabilidades del antiguo régimen*, Madrid: Renacimiento.

¹³⁴⁴ Vid. Capítulo VI.

¹³⁴⁵ Art. 3 del Real Decreto número 155 de 30 de septiembre de 1923. “*Los Secretarios de los Ayuntamientos cuidarán del cumplimiento estricto de estas prescripciones decretales y serán personalmente responsables de su transgresión y de los acuerdos oficiales de los Ayuntamientos cuando no conste por escrito que llamaron la atención de las infracciones legales en que la corporación incurriera*”.

¹³⁴⁶ Si es responsabilidad del Secretario la ejecución y llevar a término un acuerdo o resolución, sí será propiamente este funcionario el responsable de que se aplique el derecho en la corporación hasta su última actuación material. Vid. Estatuto Municipal. A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, *op.cit.*, p. 74.

de mero trámite y régimen interior de la corporación siempre que así sea dispuesto por el alcalde o presidente¹³⁴⁷.

Este mismo precepto¹³⁴⁸ y por lo que refiere al “control de legalidad” configuraba al Secretario con el doble cometido de miembro de la corporación y Jefe de los servicios administrativos. Es el párrafo segundo donde enuncia como facultad la de “advertir a la corporación municipal a la comisión permanente y al alcalde, la ilegalidad si la hubiere de cualquier acuerdo que pretendieran adoptar consignando en acta la advertencia a fin de eximirse de responsabilidad que en otro caso habrá de alcanzarle sin perjuicio de lo dispuesto para los Interventores en el art. 244”.

Sin embargo, el peso en el cumplimiento del Derecho administrativo ha relegado desde bien entrada la medianía del Siglo XX en favor de los corporativos. Es de este modo como viene a confundirse la gestión municipal (gobierno y administración del Ayuntamiento a tenor del art. 21 de la LBRL) con el control de legalidad y aplicación del derecho.

Con el constitucionalismo, pese a conservar la secretaría, las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo y la evacuación de informes, en numerosas ocasiones el informe exigido para el Habilitado de esta subescala se limita al procedimiento y a la legislación y no tanto a un control jurídico o análisis de la legalidad del expediente que

¹³⁴⁷ Arts. 171 y siguientes de la “Ley de 10 de Julio del corriente año, que autorizó al Gobierno con arreglo al artículo 61 de la Constitución, para articular y promulgar una Ley Municipal en su parte orgánica con estricta sujeción a las 28 Bases establecidas en la misma, de acuerdo con el Consejo de Ministros y a propuesta del de la Gobernación”. La Gaceta de Madrid Nº 305 1 de noviembre de 1935. Artículo 171. “Los Secretarios de Administración local constituyen un Cuerpo de carácter nacional, que estará dividido en tres categorías: Formarán la primera los funcionarios legalmente aptos para el desempeño de Secretarías de Ayuntamientos de capitales de provincias y poblaciones de más de 8.000 habitantes, así, como de los demás organismos superiores de la Administración local. La segunda categoría estará compuesta por los funcionarios capacitados para el desempeño de la Secretaría municipal en poblaciones de más de 2.000 habitantes y de menos de 8.001. La tercera categoría estará constituida por los funcionarios facultados para servir la Secretaría municipal en pueblos de más de 500 habitantes y menos de 2.001. Se crea una clase especial de Secretarios para Municipios inferiores a 500 habitantes. Tales funcionarios se considerarán como Secretarios habilitados y no figurarán en el Escalafón general del Cuerpo. Podrán ser nombrados libremente por los Ayuntamientos, siempre que ostenten el oportuno título obtenido en virtud de examen ante Tribunal competente”.

¹³⁴⁸ Las disposiciones posteriores siguieron mayoritariamente la misma línea, a los efectos véanse en los artículos 214 y 215 de la Ley Municipal de 1931, solo exenta su responsabilidad en el supuesto de no haber formulado tal advertencia. Continúa en el Franquismo en el Texto Refundido de 1955 de las leyes de bases 1945 y de 1953.

como excepción sí que lo exige la DA III para los expedientes de contratación¹³⁴⁹. En concreto, la LBRL hacer perder al Secretario sus atribuciones como controlador de la administración reservándole las dos funciones esenciales de fe pública y asesoramiento legal preceptivo y ocupando a nuestro juicio los políticos esta parte hasta el momento reservada al cuerpo de Habilitados¹³⁵⁰.

Por lo que refiere a la fe pública¹³⁵¹, tampoco ésta atribuye un control de legalidad del acto administrativo¹³⁵². Esto se reduciría a que todo documento acompañado de la firma de la secretaría daría el conforme de la legalidad en fondo y forma sin la necesidad de realizar más trámites del expediente lo cual se aleja de la realidad del cumplimiento del

¹³⁴⁹ Nos atrevemos a clarificar que el asesoramiento legal preceptivo únicamente se predicará para los supuestos tasados del RRJFHN. En el resto de supuestos (art. 173 del ROF), la petición de informe del Secretario no será propiamente el de asesoría jurídica del expediente sino de procedimiento y legislación.

¹³⁵⁰ La debilitación de la función pública de los FHCN desde la LBRL ha tendido a la politización y a la asunción indirecta de potestades administrativas por los corporativos con los puyazos del EBEP y de la LMRGL. Tan criticada por M. PAZ TABOADA (2004), *La consumación del golpe...*, *op.cit.* La autora acusa el golpe bajo de la norma a la Secretaría General, que la desintegra en la SGP y el titular del órgano de apoyo a la JGL, como puestos poco atractivos y sin funciones de asesoramiento, vaciando de este modo la Habilitación Estatal en la asesoría jurídica cuya Jefatura no tiene por qué ocuparla un FHCN. (ART 129 LBRL).

¹³⁵¹ Sobre la confusión de la jurisprudencia de hasta dónde llega el control por parte del Secretario Municipal. STS de 4 de mayo de 2001. *“Al no tener voto en las sesiones el Secretario del Ayuntamiento no coopera a que se perfeccione la voluntad del Pleno, pero ello no supone que no contribuya de algún modo a la formación de la voluntad ya que precisamente su función de asesoramiento puede implicar que no se adopten ciertos acuerdos aunque lo deseen alcalde y los Concejales por ser contrarios al ordenamiento jurídico, Por lo demás y en otro orden de cosas es de notable relevancia su dación de fe de la que pende la manifestación válida de que los acuerdos fueron efectivamente adoptados. Sin duda por ello una y otra competencia (asesoramiento y fe pública) se consideran como el contenido de una función pública necesaria a ejercer por los Secretarios”*.

¹³⁵² R. J. ORTEGA MONTORO (5 de marzo de 2010), *“¿Pero el Secretario del Ayuntamiento es realmente Controlador de la Legalidad?”*, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/%c2%bfpero-el-secretario-del-Ayuntamiento-es-realmente-controlador-de-la-legalidad/>. La confusión de las funciones del cuerpo de Habilitados no sólo es predicable respecto a jurisprudencia y doctrina. Los cuerpos de Registradores y Notarios presuponen una fe pública local que excede con creces las de la función reservada. *“La Resolución DGRN de 15 de enero de 2010, y sus conclusiones, constituyen una buena excusa para realizar algunas reflexiones al respecto. Esta Resolución aborda un recurso interpuesto por un Notario contra la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una escritura de declaración de obra nueva terminada; la negativa de éste se fundamenta en que no se acredita la licencia mediante certificación del Secretario (sino que se realizó mediante oficio del Concejal de Urbanismo), y que la superficie total construida excede de la señalada en la licencia. Nos centraremos en la cuestión de la acreditación de la licencia urbanística mediante certificación del Secretario. La DGRN establece en este punto que debe confirmarse la calificación del Registrador, pues, «si bien sería admisible la comunicación directa por parte del alcalde al Notario de la licencia correspondiente, en los demás casos, y por aplicación de lo establecido en el artículo 162.1.d) del Real Decreto Legislativo 781/1986, corresponde al Secretario del Ayuntamiento el control del consiguiente acto administrativo, lo que sirve no solo para dar fe de la realidad del mismo, sino también de su ajuste a la legalidad y de su validez actual, legitimidad y vigencia”*.

procedimiento administrativo común¹³⁵³. A diferencia de la fe pública notarial¹³⁵⁴ en el ámbito de la fe pública local¹³⁵⁵, nada se dice de esto¹³⁵⁶. Es decir, que no incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del acto administrativo que es objeto del instrumento público. Sí sobre la veracidad del contenido del mismo, pero no sobre su ajuste o desajuste a la legalidad. Lo contrario se asemejaría a sujetar la eficacia y

¹³⁵³ Debemos recordar que en la actualidad no existe ninguna referencia legal reglamentaria que exija la firma del Secretario en las resoluciones o Decretos de alcaldía. Se trata ésta de una fórmula de estilo arcaica arraigada en la Administración local conocida como el “*ante mí*”. En el caso de figurar la firma del responsable de la secretaría, la misma se traduciría a los únicos efectos de la fe pública del documento. Por otro lado, la función como fedatario del Secretario del Ayuntamiento se reflejará con la emisión de la correspondiente certificación que recoja dicho acto administrativo, expedido por orden y con el visto bueno del Alcalde de la corporación. Y asimismo con la firma de la diligencia de apertura del Libro de Resoluciones. (Art. 198 del R.O.F.).

¹³⁵⁴ En el ámbito notarial, por ejemplo, es claro que la fe pública comprende el juicio de legalidad, que es lo tradicional de ésta y lo que expresamente se consagra en su legislación: Según el artículo 1º de la vetusta Ley del Notariado de 1862, “*El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*”; y el Reglamento Notarial de 1944, en su artículo 145: “*La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes (...)*”.

¹³⁵⁵ J. CASTELAO RODRÍGUEZ (1988), *La fe pública local*, España: INAP, p. 13. “*Dentro del concepto de fe pública reservada regulada en el reglamento de habilitados se distinguen dos conceptos: El concepto de fe pública que tiene su origen en las palabras fides (fidelidad) y popu-licum, (del pueblo) y que no podemos definir como la acción de autorizar o legalizar alguna cosa para que sea auténtica con arreglo a derecho. La fe pública es una emanación más del poder del Estado para autenticar de forma oficial ciertos actos interesantes de la vida social. Hay una fe pública judicial, una fe pública notarial y una fe pública administrativa, que en las corporaciones locales se confiere por el Estado a los Secretarios y Secretarios-Interventores*”. *Ibidem*, p. 83. “*Si entendemos por fe el crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública, el testimonio de la certeza y verdad de un hecho, la fidelidad, la fe pública, será la autoridad atribuida a determinadas personas para que lo contenido en los documentos que expiden en debida forma se tenga por verdadero, salvo prueba en contrario. En su esencia y en general, no es otra que una manera de ser del principio de autoridad. Es la forma de autorización propia de todos los poderes del Estado. Por esto hay una fe pública legislativa, otra ejecutiva y otra judicial; pero también hay una fe pública en la Administración local destinada, principalmente a las relaciones entre la misma y los administrados, apreciándose los tres elementos indispensables para su existencia: Un funcionario, una entidad y una serie de asuntos determinados*”. En suma, la fe pública del Secretario garantiza la autenticación de ciertos actos imprescindibles en la vida local. Arts. 109 y 110 del R.O.F. más la actual regulación a través del RRJFHN. Este último reglamento reduce la presencia del Secretario a todas las sesiones de los órganos colegiados, pudiendo delegar esta función en otros funcionarios para el caso de las comisiones informativas.

¹³⁵⁶ Para A. PÉREZ LUQUE (2005), “De algunas cuestiones de las notificaciones y certificaciones de los Secretarios de Administración local”, *El consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm 6, p. 941-957, la fe pública del Secretario de Administración local no se trata de la legalidad (propia del informe), sino de la veracidad de lo que hay en los documentos o de lo que ha sucedido. Otros autores, sin embargo, defienden que la fe pública comprende el control de legalidad de lo que se interviene. Por ejemplo, para PAZ TABOADA, “*el fedatario ejerce un control de legalidad sobre los actos que autoriza, lo que le exige realizar un previo examen de los requisitos del acto en que interviene, así como advertir a los comparecientes sobre aquellas cuestiones que considere relevantes desde el punto de vista legal y que afecten al negocio en el que interviene*”. Esto pudiera extenderse al ámbito de la contratación, en cuanto el artículo 2. h) RD 1174/1987 relacionaba como función de fe pública, la de autorizar, con las garantías y responsabilidades inherentes, las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la entidad.

ejecutividad de los actos de la alcaldía a supuestos distintos de los establecidos en el art. 39 de la LPACAP como la firma del Secretario¹³⁵⁷.

La actual idea de la magistratura, de que el Secretario de Administración local es una especie de garante general de la legalidad y de la comunidad local en su conjunto y que ejerce a modo de controlador interno la salvaguarda de las actuaciones municipales¹³⁵⁸, no se corresponde con la realidad de nuestra normativa sino más bien a la época medieval del corregimiento con la que iniciábamos nuestro trabajo o al menos a su regulación hasta la LBRL¹³⁵⁹.

La máxima puede resumirse en lo siguiente: El Secretario ya no presta la obligación de informar en abstracto cuando algo es o no contrario a derecho y para hacer valer esas ilegalidades los corporativos o ciudadanos deben acudir a los Tribunales como verdaderos garantes del control de legalidad. Sin embargo, cuando Jueces y Magistrados observan

¹³⁵⁷ Observamos numerosos procedimientos judiciales en los que obligan a la corporación a la incorporación al Habilitado Nacional que había sido suspendido por Decreto de alcaldía por la presunción de validez y eficacia de los actos sólo desvirtuada ante el recurso administrativo o judicial. “*El juzgado de lo Contencioso de Cáceres ha dado la razón al Interventor Municipal, que se reincorporará a su puesto en el Ayuntamiento tras cinco meses suspendido de empleo y sueldo por el expediente disciplinario que le abrió el alcalde el ocho de noviembre pasado y que el juez acaba de anular debiendo el Ayuntamiento demandado abonar al recurrente las retribuciones dejadas de percibir*”. www.elperiodicoextremadura.com. 8 marzo 2003. Otro ejemplo es el “*sangrante*” Decreto de vacaciones forzosas dictado por el entonces alcalde de Marbella al compañero Pedro Moreno Brenes en agosto de 1991 apartándole así de su puesto de trabajo para ser sustituido por un funcionario accidental sin Habilitación.

¹³⁵⁸ R. JIMÉNEZ ASENSIO (2009), *El personal directivo...*, op.cit., p. 31. F. SOSA WAGNER (2009), *Juristas en la Segunda...*, op.cit., p. 64. Analiza que es interesante recordar cómo salieron a relucir algunas propuestas curiosas como la de que los Secretarios e Interventores tuvieran derecho a elegir al Director General de Administración local para que éste gozara de una situación ajena a las presiones de los partidos políticos. I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (1996), *Origen de los funcionarios...*, op.cit., p. 101 y 102. J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora...*, op.cit., p. 118.

¹³⁵⁹ Sobre este asunto IÑARRA GONZÁLEZ, proponía la reforma de las funciones de los Secretarios de corporaciones locales, y entre ellas el cese del control de legalidad y de fe pública por parte de éstos. En su artículo señalaba que estos funcionarios deberían tener como funciones básicas: 1) El apoyo al Secretario de la Junta de Gobierno y Pleno (el Secretario de estos órganos será un concejal); 2) custodia de Actas del Pleno y Junta de Gobierno, Decretos de Alcaldía y concejales delegados; 3) asesoramiento legal al alcalde, mediante la emisión de informes únicamente cuando este se lo solicite; 4) funciones propias de los actuales Secretarios en el momento de la constitución de la corporación (salvo el relativo al arqueo e inventario); 5) delegado de la junta electoral de zona en los procesos electorales; 6) Jefatura del personal de su departamento. En cualquier caso, “no ejercerían funciones necesarias en materia de contratación, personal, patrimonio... Tampoco emitirían certificados de actos y acuerdos de órganos colegiados, ni harían avisos de ilegalidad”. Obsérvese nuevamente la paradoja de como los Jueces, al contrario del legislador, pretenden o consideran acertado que los FHCN intervengan propiamente en el control normativo presuponiendo mayores funciones que las efectivamente asignadas. Señalaba igualmente IÑARRA GONZÁLEZ que “es necesario reconocer que el sistema de control de legalidad y fiscalización diseñado por el régimen jurídico actual está en crisis. Sistema que no satisface a los alcaldes, que ven con recelo a quien “desde dentro” opina o cuestiona la legalidad de sus actos, ni a los Secretarios, situados en una difícil posición, lo que provoca fuertes tensiones”. Tecocracia vs control de la arbitrariedad un difícil equilibrio. A. IÑARRA GONZÁLEZ (2005), “Funciones de los Secretarios de Ayuntamiento. Presente y futuro”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 22, p. 3652-3661.

este tipo de actuaciones condenan a la figura del Secretario por no haber frenado dicha irregularidad y no al legislador, verdadero culpable de la paulatina eliminación de los controles administrativos.

Sí que es cierto que en los últimos años estamos viendo una tendencia que parece contradecir la inercia hasta aquí manifestada. A través de la sobrecargada figura del Interventor Municipal se le ha atribuido comprobar la legalidad de la ejecución de la contratación administrativa por la denominada regla del servicio hecho. Esto viene a incluir la extensión de una mera comprobación formal a una verdadera comprobación material, concediendo un peso especial a los habilitados en la ejecución de la contratación administrativa en parte proscrita por el Derecho administrativo y analizando la “*verdadera realidad*” de la actuación ejecutada¹³⁶⁰.

El actual art. 7 del RCIEL configura la comprobación material de la inversión como una de las actividades de la función de fiscalización del órgano Interventor en el reconocimiento de la obligación. De lo expuesto cabe deducir que las actuaciones de intervención de la comprobación material se concretan con la asistencia del representante del órgano de control interno (con asistencia o no) al acto de recepción dejando constancia de su actuación a través de su firma en el acta de recepción. Si ponemos en relación estas consideraciones con lo establecido en el art. 18.2 del RCIEL, podemos concluir que se trata de dos actos de control diferenciados dentro del ejercicio de la función Interventora que tienen ámbitos y efectos distintos.

A mayor abundamiento, para nuestras EELL, la DA III de la actual LCSP rubricada “*normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales*” otorga una inequívoca conexión entre la contratación y la intervención en este acto que culmina la ejecución del contrato administrativo, sin que hasta la fecha se haya producido a nuestro juicio un desarrollo o concreción del procedimiento suficiente. Numerosas lagunas empañan aún este procedimiento de comprobación. La diversidad de gastos y prestaciones que deben atender a las EELL, así como otros entes públicos, requiere que se distinga la naturaleza del gasto al que corresponden las obligaciones a reconocer, pues la referida naturaleza condicionará la propuesta y el tipo de comprobaciones necesarias. Todo esto está aún sin desarrollar y especificar tanto en la actual normativa de control interno como en la normativa de contratos, y sigue sin conocerse realmente a la fecha la

¹³⁶⁰ R. JÁÑEZ FRANCO, M. RODRÍGUEZ BARDAL (2021), *El papel de la intervención municipal...*, *op.cit.*

función específica del papel del Interventor en una actuación tan importante como la finalización del contrato.

3. RETRIBUCIONES COMPLEMENTARIAS Y LIBRE DESIGNACIÓN. EL TALÓN DE AQUILES DE LA HABILITACIÓN.

Las retribuciones de los Habilitados Nacionales quedan nuevamente sujetas al buen hacer de la “*autonomía local*”. Las remuneraciones complementarias (que es donde realmente está el grueso de los emolumentos)¹³⁶¹, son fijadas discrecionalmente por la corporación municipal con los imprecisos límites de la LPGE y la arcaica regulación en el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración local¹³⁶². Y para los casos en los que la corporación

¹³⁶¹ Artículo 93.2 LBRL. “*Las retribuciones complementarias se atenderán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado*”. El eufemismo “*talón de Aquiles*” es expresado por MERCEDES y SOSA WAGNER como “*cáncer*” en M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2021), *Panfleto contra la trapacería política, op.cit.*, p. 110.

¹³⁶² Informes de la Subdelegación del Gobierno en León de 18 de enero y 23 de febrero de 2019 con sendos requerimientos de anulación sobre el incremento de retribuciones del personal laboral sin modificar convenio colectivo ni complementos, así como contradiciendo la legislación presupuestaria. “*Para llevar a cabo el aumento de las retribuciones tanto del personal laboral de la administración como del personal funcionario, que sean como consecuencia de la asunción de nuevas tareas derivadas de la administración, debe tenerse en cuenta que el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), que no ha sido derogado ni por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), ni por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TRLEBEP), así como el art. 90.2 de la Ley 7/1985 de 2 de abril establecen que las Relaciones de Trabajo (RPT) son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto y comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada administración, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral, indicando, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico, clasificación y retribuciones cuando sean desempeñados por personal laboral. En otro caso únicamente podrían incrementarse las retribuciones por una nueva valoración de las funciones o tareas ya existentes mediante los instrumentos correspondientes. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 17 de julio de 2012, en su Fundamento Jurídico 4º, afirma que «establecida la Relación de Puestos de Trabajo como el instrumento idóneo para la modificación del contenido, valoración de complementos, etc., de cada puesto de trabajo, es claro que no puede modificarse sino a través de ésta, y no por una simple aprobación de la plantilla que es un instrumento y cuyas exigencias procedimentales contenidas en el artículo 126.1 TRRL no son predicables de las relaciones de puestos de trabajo»”.*

municipal gobierne con mayoría, a la postre estas retribuciones serán fijadas por la alcaldía o por el equipo de gobierno.

Como medida indirecta para incrementar las retribuciones de los corporativos era habitual elevar los emolumentos del Secretario antes de los límites impuestos por la LRSAL¹³⁶³. (Art. 75 bis LBRL). A mayor abundamiento en los pequeños municipios donde no consta RPT y la plantilla orgánica es el único documento que describe los puestos de trabajo, los incrementos retributivos suelen darse por los acuerdos de los órganos competentes sin criterios técnicos al respecto. (Informes antes referidos SDG en León).

Un cargo de la debida importancia como Secretario, Interventor o Secretario-Interventor debiera llevar aparejado unos emolumentos suficientes que amparen la dedicación y responsabilidad que conlleva el puesto¹³⁶⁴ lo cual hoy en día parece irrefutable por todas

¹³⁶³ Sobre las retribuciones de los corporativos me atreví a enunciar un pequeño resumen. RODRÍGUEZ BARDAL (2020), “Síntesis de las retribuciones de los corporativos locales. El fraude de Ley y la Autonomía local”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 5. Resumen: “El límite máximo por todos los conceptos retributivos que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales queda vinculado a la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La doctrina consolidada de que la prórroga presupuestaria no ha de extenderse al articulado de una norma básica ha condicionado la reciente publicación de la «subida salarial» regulada en el Real Decreto-Ley 2/2020, de 21 de enero. Aún con todo, la ausencia de limitaciones en ciertos conceptos retributivos en favor de la Autonomía local, ha provocado no en pocas ocasiones el fraude normativo que a medio del presente trataremos de acotar”.

¹³⁶⁴ F. ABELLA Y BLAVE (1872), “Manual del Secretario del Ayuntamiento o tratado teórico-práctico de Administración Municipal”, *El Consultor de Ayuntamientos y Juzgados Municipales*, Capítulo Preliminar: De los Secretarios de Ayuntamiento, Madrid: Imprenta de E. de la Riva, p. 8-9. “El cargo de Secretario de Ayuntamiento es hoy difícil de desempeñar, porque se necesitan conocimientos en todos los ramos de la Administración y una aplicación constante. Un Secretario que sabe el cumplimiento de sus deberes hace que la Administración municipal marche desembarazadamente, y aunque en el alcalde y Ayuntamiento haya iniciativa e ilustración bastantes, siempre éstos necesitan que la ejecución de esa misma iniciativa esté encomendada a quien sepa transmitir y realizar fielmente el pensamiento y advertir ciertos pormenores, ciertos detalles que no se alcanzan con el estudio teórico de la Administración, sino con el práctico. La inteligencia de los Secretarios evita además a los alcaldes y Ayuntamientos muchos compromisos y responsabilidades: así nos lo ha enseñado la experiencia, y por eso llamamos muy especialmente la atención sobre este punto a las autoridades locales. Pero si se necesita que el Secretario sea inteligente, aplicado y de moralidad, es preciso también fijarle una dotación decorosa; y no duden los Ayuntamientos que la economía en el sueldo del Secretario es gastar más y estar peor servidos, porque como con escasa dotación no pueden encontrarse personas inteligentes o que se dediquen exclusivamente al desempeño de su destino, resulta que los Ayuntamientos tienen que encargar trabajos a personas extrañas y pagar por varios conceptos cantidades que debían reunir en una sola para la dotación del Secretario. El Secretario por su cargo ejerce mucha influencia en todos los asuntos del servicio municipal, y en muchos del provincial y del general del Estado, pues por razón de oficio interviene con la investidura que le da la Ley en todos los asuntos confiados a la autoridad de los alcaldes y a la administración de los Ayuntamientos, funcionarios sin cuyo auxilio y autorización no puede acordarse ni ejecutarse ningún asunto en el orden municipal. Por las razones expuestas aconsejamos a los Ayuntamientos que aun cuando es propio de sus atribuciones el acordar el sueldo que debe darse al Secretario, procuren que éste sea tan crecido como permitan los ingresos; con esto queremos decir que no busquen economías en este gasto, porque es productivo, porque el buen servicio de un Secretario economiza al fin del año mucho dinero al pueblo, y muchos disgustos a los Concejales”.

las partes. Sin embargo, que las mismas queden condicionadas por el órgano controlado compromete a todas luces la independencia¹³⁶⁵ de dicho cuerpo, pues en palabras de GARCÍA HERNÁNDEZ¹³⁶⁶: “*Es prácticamente unánime la posición de la doctrina en el sentido de que el órgano controlado no puede fijar las retribuciones del órgano controlador, y esto es entrar en un mundo complejo y complicado de solucionar*”.

El preámbulo del RJFHCN sólo menciona las retribuciones para decir que ya se desarrollará en mejor ocasión. Pero en realidad es el nudo gordiano del problema. Por mucho que las normas pretendan declarar la imparcialidad e independencia del funcionario, esta situación no se alcanzará mientras sus retribuciones sean fijadas por el alcalde y por el Pleno de la corporación a los que fiscaliza el funcionario¹³⁶⁷.

La provisión mediante el sistema de “libre designación”.

El acceso a la función pública queda blindado de manera constitucional a medio de los principios de mérito y capacidad. Bien es cierto que ya el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse que no debían operar con idéntica sujeción estos principios cuando de provisión del empleado público se tratara¹³⁶⁸ sino con cierta modulación de los mismos y así, en la STC 235/2000, de 5 de octubre que confirma la constitucionalidad del art. 99 del LBRL, FJ 13, se afirmaba que “*ciertamente este Tribunal ha admitido que, aun cuando los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE) rigen, no sólo en el momento inicial del acceso a la función pública, sino también en los ulteriores*

¹³⁶⁵ “*En infinidad de ocasiones hemos defendido la necesidad de recuperar el prestigio de los antes llamados Cuerpos Nacionales, prestigio que se está perdiendo debido a la falta de independencia de que gozan estos funcionarios en su función. No se puede pretender que nadie sea crítico y severo en el control sobre quién tiene en su mano el provenir económico y profesional del asesor controlado, especialmente cuando éste no cuenta con recursos propios de él depende una familia. Dótese de independencia a los FHCN asegurándoseles una retribución digna y permitiéndoles un sistema objetivo de provisión*”. A. MARTÍNEZ MARÍN (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, op.cit.

¹³⁶⁶ J. GARCÍA HERNÁNDEZ (2017), “El control interno en las entidades locales según el Real Decreto 424/2017 que regula su régimen jurídico”, *elderecho.com*.

¹³⁶⁷ G. RIDRUEJO RODRÍGUEZ, P. JIMENEZ RIUS, J. JUEGA CUESTA (2019), *Novedades del control interno...*, op.cit., p. 34.

¹³⁶⁸ Debemos distinguir conscientemente provisión de selección. Previa a la Sentencia del año 2000, la STC 96/1997, de 19 de mayo argüía que “*El artículo 23.2 de la CE despliega su virtualidad, aunque con diferente intensidad, no sólo en el momento de acceso, sino, asimismo en el desarrollo de la correspondiente función pública; esto es, que el ámbito que diseña aquel precepto se contrae tanto al exceso como a la permanencia en la función pública...*”. STC 293/1993, de 18 de octubre. “*En el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública, y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, debe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos*”.

de desenvolvimiento de la carrera administrativa o profesional de los funcionarios (por todas, STC 96/1997, de 19 de mayo, FJ 2), de tratarse de este segundo momento, el atinente a la provisión de puestos de trabajo, es legítima la toma en consideración, a la hora de decidir sobre aquella provisión, de otros valores o fines constitucionalmente lícitos”.

Bajo estos parámetros va surgiendo un incipiente sistema de libre designación relegado a los puestos de más alto nivel¹³⁶⁹. La inclusión de la libre designación¹³⁷⁰ para la Habilitación Nacional se arrastra desde la Ley 10/1993¹³⁷¹ de 21 de abril, de modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con Habilitación Nacional.

Dicha norma modifica el art. 99 de la LBRL en los siguientes términos: *“Excepcionalmente, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre Habilitados de carácter Nacional de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Dicho sistema sólo podrá adoptarse, en atención al carácter directivo de sus funciones o*

¹³⁶⁹ M. SÁNCHEZ MORÓN (2020), “«Libre» designación y «libre» cese en la función pública. Los límites de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 211, p. 13-35.

¹³⁷⁰ Sobre las contradicciones entre el control y la dependencia en la Habilitación ya SÁNCHEZ MORÓN páginas 82 y 83. *“Dentro de este personal destaca el grupo de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional que son los Secretarios, interventores y tesoreros, cuyo régimen básico se encuentra hoy en el artículo 92 bis de la LBRL incorporado por la LRSAL en 2013. Esta norma deroga la disposición adicional 2ª del EBEP y vuelve a atribuir a la Administración del Estado como en el pasado, la competencia para seleccionar a estos funcionarios, otorgándoles una Habilitación Nacional que les permite participar en los concursos de méritos que convoquen las EELL en todo el territorio del Estado para cubrir los puestos de trabajo reservados a ellos. Las bases de estos concursos ordinarios de provisión de puestos se regulan no obstante por la propia AGE, que establece hasta el 80% de los méritos del baremo aplicable en los concursos y que asimismo puede convocar un concurso unitario anual, con carácter supletorio. La Ley 10/1993 de 21 de abril permite que estos puestos se cubrieran por libre designación de las corporaciones locales en las más importantes de ellas (hoy Diputaciones provinciales, áreas metropolitanas, cabildos y consejos insulares) sobre la necesidad de que estos últimos cuenten con este tipo de funcionarios véase la STC 132/2012, de 19 de junio y los municipios de gran población) entre los FHCN y así se mantiene hoy por el artículo 92 bis de la LBRL, aunque resulta fuertemente contradictorio con las funciones de control y fe pública que realizan estos funcionarios y con las estrictas garantías de imparcialidad que es preciso acordarles. Sobre la posibilidad abierta por la Ley 42/1994 de 30 de diciembre art. 64 de nombrar a estos funcionarios con carácter interino, aunque explicable en los casos de necesidad o urgencia para los que se prevé, y La posibilidad de nombramientos provisionales y accidentales también ha dado lugar a abusos y de ahí que el real decreto Ley 8/2010 estableciera algunos límites. Este tipo de nombramientos corresponde ahora a las CCAA. Tengamos en cuenta que este cuerpo de funcionarios nació hace más de un siglo para controlar desde dentro la legalidad de la actuación de los electos locales, no sobrada de controles de legalidad precisamente, función que requiere una sólida garantía de ejercicio independiente, responsable y eficaz”.* M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función pública, op.cit.*

¹³⁷¹ Esta norma modifica el art. 99 de la LBRL, posteriormente ya el Artículo 53 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre que modifica la LBRL y actualmente queda plasmado en los Arts. 80 y 81 TREBEP.

a la especial responsabilidad que asuman, respecto de los puestos en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos, capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado nivel 30 de complemento de destino. Cuando se trate de puestos de intervención o tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la corporación habrá de ser superior a tres mil millones de pesetas. A los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la corporación, que deberá figurar en su relación de puestos de trabajo. Las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos serán aprobadas por el Pleno de la corporación y contendrán la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos. La convocatoria, que se realizará con los requisitos de publicidad de los concursos, y la resolución, previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en la convocatoria, corresponden al Presidente de la corporación, quien dará cuenta de esta última al Pleno de la misma”.

El pretexto se repite, la autonomía local es el fundamento para que los funcionarios que controlan la legalidad sean nombrados por sus controlados. Una vez más el notable esfuerzo de juristas se vuelve contra los funcionarios que deben garantizar su principal axioma. Este sistema que queda dotado de legitimidad constitucional por la sentencia de 5 de octubre, no añora la imparcialidad del FHCN (no analiza por el contrario la neutralidad administrativa del Gobierno local) respecto al sistema del concurso al entender que debe analizarse el historial de funcionario público¹³⁷² y que el futuro funcionario cesado tiene garantizado otro puesto de trabajo en otra corporación.

La discrecionalidad sin límites parece imperar en el sistema. El artículo 28 del 1732/1994 afirma que el Presidente de la corporación *“procederá en su caso previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en las convocatorias a dictar la resolución que corresponda en el plazo de un mes”*. Pese a que los requisitos de la libre designación o

¹³⁷² *“La confianza en este sentido puede predicarse de la libre designación en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puesto de trabajo es la que deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesta en los méritos esgrimidos, esto es, en su historial funcional”*, encajando a martillazos así la libre designación dentro del artículo 23.2. en el camino a objetivizar la LD y justificarla a través de la motivación: *“La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería nunca proposición apodíctica, sino que éstas han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato, pero no único y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la «ratio decidendi» de las resoluciones”*. STC 235/2000 de 5 octubre.

características del puesto los debe fijar el Pleno (RPT) las facultades de la presidencia en cuanto a valorar a cada uno de los aspirantes es de libertad absoluta¹³⁷³.

Aún con todo, la inclusión de esta forma de provisión para el cuerpo de FHCN ha sido ampliamente criticada¹³⁷⁴ y defendida a partes iguales por juristas expertos en la materia, desde una óptica algo extraviada de la Administración local¹³⁷⁵. Si bien debemos cohonestar que lo pernicioso no es en sí el sistema sino el uso del mismo para con el cuerpo¹³⁷⁶.

El Tribunal de Cuentas en la moción sobre el control interno¹³⁷⁷, llevanza de la contabilidad, gestión de personal y contratación en las entidades locales, aprobada el 20-

¹³⁷³ En un contexto en el que gobernante y corporación se difuminaban al haber adquirido el Presidente de la corporación y su Equipo de Gobierno facultades omnímodas en caso de gozar de mayoría suficiente. “Evolución de los directivos en los corporativos”. Así dice MORELL OCAÑA: “Debemos diferenciar entre los fines permanentes de la institución en su conjunto, y los fines de la mayoría gobernantes, expresado en el programa de gobierno. No siempre coincidirán las exigencias generales y permanentes de la institución, y el programa de gobierno formulado y aprobado por la mayoría”. L. MORELL OCAÑA (2001), “Comentario a la sentencia de 5-10-2000 dictada en el recurso de inconstitucionalidad sobre el sistema de libre designación en los puestos de trabajo destinados a los habilitados nacionales”, *CUNAL*, núm. 47, p. 78-86. De ahí la temeraria atribución del nombramiento de FHCN en exclusividad al presidente de la corporación.

¹³⁷⁴ También así, LAPUENTE argumenta: “La manera en que los individuos de esos grupos piensan en sus carreras futuras influye en a quienes serán leales, y por lo tanto también qué objetivos es probable que prioricen. Es más, la señal más importante sobre las perspectivas profesionales futuras procede de cómo se realizan las contrataciones de personal. Si los burócratas son contratados según el mérito y capacidad, o bien en función de criterios políticos, su lealtad se verá directamente afectada. En el primer caso, es más probable que sean leales a sus pares profesionales, mientras que en el segundo es más probable que sean leales a los políticos que los contrataron. Esta lealtad, a su vez, incentiva la vigilancia del otro grupo y por lo tanto hace saltar la alarma si alguien participa en actividades ilegales...”. Sobre la propia deslealtad que crea el indefinido no fijo por deberse al político C. DAHLSTRÖM, V. LAPUENTE GINÉ (2018), *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*, Barcelona: Deusto, p. 245.

¹³⁷⁵ C. RAMIÓ MATAS (2014), *Dirección pública: modelo...*, *op.cit.* El autor defiende la libre designación por la complejidad de los sistemas organizativos de los grandes Ayuntamientos, buscando cierta complicidad entre los políticos y los Habilitados Nacionales.

¹³⁷⁶ Para VALENTÍN, sin embargo, existe una incompatibilidad entre las funciones reservadas y la confianza como elemento clave de la libre designación. “No estamos pues, ante nombramientos libres, aunque el término puede confundir. La decisión debe respetar el mérito que se hace evidente en el historial profesional. La confianza es una confianza referida a la idoneidad profesional y como el órgano decisor dispone de un cierto margen de discrecionalidad o apreciación frente al automatismo del concurso, la decisión tiene que ser rigurosamente motivada. Cuantos más elementos discrecionales, mayor debe ser la motivación”. V. MERINO ESTRADA (2019), “A vueltas con la libre designación. El caso de la Secretaría General del Pleno del Ayuntamiento de Burgos”, *CUNAL*, núm. 224, p. 12-26.”. STS de 28 de mayo de 2008. “La libre designación está sujeta a la necesidad de motivación que el artículo 54.1f) de la LRJPAC impone respecto a la utilización de potestades discrecionales, particularmente exigible a la vista del carácter excepcional de sistema de libre designación frente al concurso”.

¹³⁷⁷ “La perversión que supone en los regímenes democráticos que quien controla sea libremente nombrado y cesado por el órgano controlado tentación siempre presente en quienes ostenta el poder, evidencia en el ámbito de las EELL una clara crisis de sistema de mérito y capacidad confundiendo una vez más la

07-2006 y en numerosos informes de fiscalización posteriores, ha propuesto “*restringir los supuestos de nombramiento por el sistema de libre designación de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con Habilitación Nacional con objeto de garantizar la imparcialidad e independencia*”.

Pero paradójicamente los tribunales y el legislador caminan por sendas diferentes. Primeramente, ya la LMRGL amplía supuestos libre designación y designa como criterio jurídico en los municipios de gran población, la aptencia del alcalde de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129: “*Sin perjuicio de las funciones reservadas al Secretario del Pleno por el párrafo e) del apartado 5 del artículo 122 de esta ley, existirá un órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos, comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio del Ayuntamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 447 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.2. Su titular será nombrado y separado por la Junta de Gobierno Local, entre personas que reúnan los siguientes requisitos*”.

La LRSAL que en su momento se erigió como la gran defensora del cuerpo de FHCN en su labor de control (aseguraba en su preámbulo “*reforzar la independencia con respecto a las Corporaciones Locales en las que prestan sus servicios los funcionarios con habilitación de carácter nacional*”), paradójicamente limita o sujeta a autorización los puestos incluidos en libres designaciones para la intervención, pero no los de secretaría.

Por el riesgo en que se incurría, poniendo en boga la intervención en detrimento del Secretario¹³⁷⁸ y minorando nuevamente el control de legalidad por la importancia del

Autonomía local con una administración instrumentalizada y vicaria, que no se compadece con el mandato de la CE de 1978”. A. SERRANO PASCUAL (2009), “El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 19, p. 98-125, citado en: E. ÁVILA CANO (2012), *Habilitación estatal...*, *op.cit.*

¹³⁷⁸ E. ÁVILA CANO (2012), *Habilitación estatal...*, *op.cit.* Optaba por elevar al igual que en numerosos países de la UE el Secretario a Director General de Servicios con ésta u otra denominación encarnando la cabeza de la Administración local, frente al alcalde, que representa la cabeza de la organización política y por tanto contingente en un sistema democrático del municipio o entidad local correspondiente. Añorando así que la LRSAL reforzara tanto el papel de la Intervención y tan poco la figural del Secretario General. “*Es necesario que el entramado jurídico administrativo que supone la administración municipal frente al estamento político tenga una cabeza visible y que esta cabeza ha de estar constituida por el Secretario del Ayuntamiento como ha sucedido en general en los países de nuestro entorno*”. Otra manifestación del detrimento del Secretario es la extinción del informe propuesta del art. 172 y 175 del ROF del que ya nada se dice en el RRJFHN. Sobre la validez de un acuerdo adoptado omitiendo el informe preceptivo del FHCN el TS en sentencias de 22 de febrero de 1988, 10 de junio de 1985 y 17 de noviembre de 1981 ha tachado el vicio de anulabilidad, sin embargo, cuando se trate de informes en relación con disposiciones de carácter general como ordenanzas o planeamiento, el vicio se ha imbuido de nulidad. (STS de 1 de marzo de 2013).

control económico del momento¹³⁷⁹. Sin embargo, amplía los supuestos con la posibilidad de cese discrecional, de la libre designación (LD) de los FHCN. Y es que, con la anterior normativa los habilitados sólo podían ser libre designados (y, por tanto, libre cesados) en los supuestos contemplados por la D.A. 2ª del EBEP (Diputaciones, Cabildos/Consejos insulares y municipios de gran población, que por regla general, requieren un mínimo de 250.000 habitantes, si no son capital de provincia o autonómica). Sin embargo, a partir de la LRSAL la libre designación se amplía a los municipios del ámbito de aplicación del art. 111 y 135 del TRLRHL extendiéndose a los municipios con población superior a los 75.000 habitantes¹³⁸⁰.

El RRJFHN mejora el paradigma en lo que a las libres designaciones se refiere limitando su nombramiento. El panorama regulatorio del cese también mejora en cuanto que el art. 47.4 RRJFHN dispone que *“el acuerdo de cese deberá incluir la correspondiente motivación del mismo referido a su desempeño profesional”*. En este punto el reglamento no hace sino recoger lo que ya era doctrina judicial al respecto, como la STS de 19 de septiembre de 2019¹³⁸¹).

¹³⁷⁹ *“Para lograr un control económico-presupuestario más riguroso, se refuerza el papel de la función interventora en las Entidades Locales. De este modo, a partir de ahora el Gobierno fijará las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como derechos y deberes en el desarrollo de las funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales. Con ello, se viene a cubrir un vacío legal y se hace posible la aplicación generalizada de técnicas, como la auditoría en sus diversas vertientes, a las Entidades Locales en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del sector público. Para ello, se contará con la participación de la Intervención General de la Administración del Estado”*. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, op.cit, p. 278.

¹³⁸⁰ Pese al adjetivo excepcional que acuña el art. 99.2 de la LBRL la libre designación empaña al concurso en la práctica y así lo aprecia la STC 235/2000, de 5 de octubre. *“Pues el concurso, no obstante continuar formalmente como el modo ordinario o común de provisión de puestos de trabajo, coexiste con el de libre designación en las grandes corporaciones, y pasa a ser, de facto, el sistema usual, bastando con que así se prevea en la relación de puestos de trabajo de aquéllas”*. Ley de función pública de castilla y león. Artículo 51. Libre designación. *“Las convocatorias para la provisión de puestos de libre designación expresarán la denominación, nivel y localización del puesto de trabajo, así como los requisitos indispensables para poder optar a él, señalándose el plazo de presentación de solicitudes, que no podrá ser inferior a quince días hábiles. Los nombramientos por libre designación requerirán el informe previo del titular del órgano superior inmediato al que figure adscrito el puesto convocado. Los funcionarios que hayan accedido al puesto de trabajo por el procedimiento de libre designación podrán ser removidos del mismo con carácter discrecional”*. EFE (14 de junio de 2021), *“El anteproyecto de la Ley de Función Pública en Castilla y León reduce y define los puestos de libre designación”*, <https://www.efe.com/efe/castillayleon/portada/el-anteproyecto-de-la-ley-funcion-publica-en-castilla-y-leon-reduce-define-los-puestos-libre-designacion/50000470-4562128/>

¹³⁸¹ Entre otras cabe citar la (SJCA nº 2, de 1 de julio de 2013) la (SJCA nº 5, de 12 de diciembre de 2014 216/2014,) o sobre el cese de la interventora del Ayuntamiento de Madrid TSJ de Madrid, nº 781/2018, de 13 de noviembre. *“El cese no puede adoptarse por razones de pura confianza, de forma potestativa y en cualquier momento. Por el contrario, debe estar fundado en hechos y valoraciones jurídicas y técnicas, suficientemente contrastables”*. Cabe citar aquí el insultante cese del Interventor General del Ayuntamiento

De acuerdo que los concursos con méritos específico “*ad hoc*”¹³⁸² no parecen ser el mejor sistema que garantice el acceso a la función pública a través de los principios de mérito y capacidad, pero lo dispuesto en el TREBEP¹³⁸³ respecto a la confianza no parece sintonizar de un modo exultante con los principios de mérito y capacidad.

En todo caso aclararemos que el cambio de provisión de un puesto de trabajo se trata de una prerrogativa de la Administración local sujeta a lo que establezca el documento de RPT¹³⁸⁴ y que por tanto algún criterio técnico tiene que determinar su cambio o utilización con arreglo a una motivación concreta. Es por ello que los cambios de provisión de concurso a libre designación con procedimientos ya en marcha también han sido

de Móstoles en fecha 5 de mayo de 2021 pese al informe desfavorable de Ministerio de Hacienda firmado a 9 de marzo de 2021 con alegaciones tan recurrentes por parte de la concejalía competente como: “*La necesidad de que la organización administrativa pueda beneficiarse del carácter dinámico y cambiante en la designación de personal directivo, que aportase ideas que impulsen y mejoren la organización con una mejora constante en las estructuras administrativas, que impidan que se quede obsoleta...*”. El informe concluía que “*En consecuencia, por todo cuanto antecede, vistos los artículos 92.bis y 130 de la LRRL, así como las demás normas de general y especial aplicación, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas acerca de la motivación presentada por la citada corporación local, se informa, con carácter preceptivo y no vinculante, desfavorablemente la propuesta de cese del titular de la Intervención General formulada por el Ayuntamiento de Móstoles*”.

¹³⁸² ÁLVARO CASAS sobre la limitación del mal uso de la “*autonomía*” o la “*potestad de autoorganización*” por parte del RRJFHN en su art. 30.4 comienza diciendo que: “*En una utilización poco ortodoxa de la potestad por parte de algunas corporaciones locales, se han producido situaciones escandalosas. Además, hemos de partir del hecho de que, puesto que con el sistema del EBEP no se permitía la asignación de funciones complementarias distintas de las reservadas, las tareas de los FHCN eran siempre las mismas, en función de su subescala y con independencia de la entidad local para la que prestasen servicios. Por ello, no aportaba gran valor añadido diferencial (con respecto al trabajo en una u otra EELL) el «haber sido profesor de Derecho mercantil o de Internacional Público». Las situaciones que llegaban a producirse (y que se consumaban si no se recurrían) eran esperpénticas. Así, el baremo aprobado por el Ayuntamiento de Avilés, para el concurso por su Secretaría General. El TS, en su Sentencia de 9 de junio de 1992, declaró la desviación de poder. La LRSAL en este caso fue contundente: cortar de raíz el problema y establecer que el máximo de méritos específicos que podrán aprobar las EELL era del 5%, punto*”. A. CASAS AVILÉS (2019), “El Reglamento de Funcionarios de Habilitación Nacional (RD 128/2018): luces y sombras, especialmente en la provisión de puestos de trabajo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, p. 168.

¹³⁸³ El TREBEP reenvía a la legislación de desarrollo los criterios para fijar la libre designación: “*Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su “especial responsabilidad y confianza” puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública*”. Responsabilidad y confianza parecen chirriar al enjuiciarse dentro de los principios de mérito y capacidad.

¹³⁸⁴ DA 4.3 RRJFHN 3. “*La provisión de los citados puestos con carácter definitivo, se efectuará por los sistemas de libre designación o por concurso, de acuerdo con lo dispuesto por la corporación, y de acuerdo con la regulación establecida para ambos sistemas de provisión en el presente real decreto*”.

enjuiciados como arbitrarios¹³⁸⁵ y por ende impregnados del vicio de la desviación de poder¹³⁸⁶.

Y para concluir este apartado consideramos oportuno el aforismo de JOSE RAMÓN CHAVES sobre el papel del Habilitado Nacional a lo largo de la historia al decir que: *“Los funcionarios de Habilitación Nacional son juguetes de las olas de la crisis económica y del vendaval de corrupción, haciendo equilibrios entre los Reyes del mambo local y las leyes estatales y autonómicas”*.

4. OTRAS FORMAS DE COMPROMETER LA INDEPENDENCIA. EL INFORME PREVIO ANTE LOS NOMBRAMIENTOS NO DEFINITIVOS.

El cuerpo de FHCN ha de convivir con un modelo tal y como hemos remarcado de Administración local en el que el ámbito político en el sentido partidista empaña el funcionamiento de la Administración. Desde nuestra entrada en el Cuerpo se exige un informe favorable del órgano controlado para el primer destino, con diversas complicaciones desde el punto de vista de la legalidad.

Pese a lo esgrimido por el RRJFHN en cuanto a que el nombramiento de funcionarios accidentales o interinos sólo podrá realizarse en el caso que no fuera posible la provisión por ninguno de los procedimientos restantes previstos en el reglamento tales como el nombramiento provisional, acumulación o comisión de servicios¹³⁸⁷. La realidad se antoja diferente cuando el que está ocupando la plaza es afín a la Alcaldía.

¹³⁸⁵ Sentencia del TSJ-Balear nº 706/2008, de 3 de diciembre.

¹³⁸⁶ Como ejemplos condenados por desviación de poder por incurrir en arbitrariedad y no en discrecionalidad, entre otras, la Sentencia TSJ de Andalucía (sede de Granada), nº 888/2015, de 11 de mayo (para la provisión definitiva del puesto de Secretario de la Diputación de Granada); o en la STSJ de Extremadura nº 34/2018), de 20 de febrero (para la provisión temporal del puesto de Vicesecretario del Ayuntamiento de Cáceres). En relación con la provisión definitiva de puestos de colaboración y su amortización (de la vicesecretaría del Ayuntamiento de La Vall d'Uixó) es también contundente al declarar la conducta desviada la STSJ de la Comunidad Valenciana nº 143/2014, de 4 de marzo. Vid A. CASAS AVILÉS (2019), *El Reglamento de Funcionarios...*, op.cit.

¹³⁸⁷ Esto es, que el desempeño temporal del puesto de funcionarios con Habilitación Nacional por un funcionario de otra escala funcionarial o por un interino, sólo es posible con carácter subsidiario y siempre y cuando quede acreditado que no es posible su provisión por otro funcionario con Habilitación Nacional por alguno de los sistemas previstos. El Tribunal Superior de justicia de Canarias de Las Palmas de Gran

En estrictos términos de legalidad, la conformidad o no conformidad del corporativo ante la solicitud de nombramiento no debiera disponer de la fuerza suficiente “*per se*” para el veto del candidato sin motivo alguno y/o ausencia de motivación, sino que únicamente debiera traducirse en un trámite de audiencia con carácter preceptivo, pero no vinculante para el órgano autonómico que debiera regirse por estrictos principios de objetividad y legalidad.

Sin embargo, la política y la confianza del Secretario interino cambia las tornas y los que hemos padecido esta situación conocemos las continuas disuasiones del órgano autonómico cuando solicitamos un nombramiento donde ya se encuentra un interino protegiendo de este modo paradójicamente al interino respecto al funcionario de carrera.

El informe previo antes de la proclamación del RRJFHN.

Atendiendo lo señalado en la DT VII de la LRSAL, se entendía temporalmente vigente en aquello que no contradijera a la citada ley, el RD. 1732/1994, de 29 de julio. En este sentido, en base al aludido RD 1732/1994, de 29 de julio, los nombramientos provisionales recaerían en habilitados de la subescala y categoría a que esté reservado el puesto y, cuando ello no fuera posible, con carácter excepcional, podrán recaer en habilitados de distinta subescala o categoría en posesión de la titulación exigida para el acceso a aquélla.

Estos nombramientos recaerán preferentemente en personal funcionario de la subescala o categoría a la que esté reservada el puesto; toda vez que cuando esto no fuera posible, excepcionalmente, recaerán en personal funcionario con Habilitación de carácter Nacional de la misma subescala y distinta categoría, y en su defecto, en personal

Canaria, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 1ª, en Sentencia 627/2016, de 7 de diciembre de 2016 (Rec. 63/2016), mantiene, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo: “...*Se consagran tres principios básicos sobre los interinos -art. 34-, a saber: a) la subsidiariedad, al establecer que tendrá lugar «cuando no fuese posible la provisión de los puestos de trabajo vacantes en las corporaciones locales reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por los procedimientos previstos en los arts. 30,31 y 32...; b) la temporalidad, antes citada y derivada de la propia naturaleza jurídica del nombramiento interino, y consagrada también por el precepto citado a contrario sensu, pues a tenor del mismo, si hay un funcionario con esa habilitación que pueda ser nombrado por los procedimientos de los arts. 30, 31 y 32 (esto es, nombramiento provisional, acumulación o comisión de servicios), no tendría lugar el nombramiento de interino para la plaza a cubrir por el mismo, y si ya se hallaba cubierta -caso presente- debería cesar el interino que la desempeñaba; y c) y como consecuencia de las dos anteriores, la preferencia del funcionario con habilitación sobre el funcionario interino, como se aprecia claramente en citado art. al establecer la subsidiariedad que se ha mencionado y preeminencia del funcionario habilitado sobre el interino»”.*

funcionario con la mencionada habilitación de distinta subescala en posesión de la titulación exigida para el acceso a aquélla.

Si el nombramiento provisional de un funcionario con Habilitación de carácter Nacional implica su cese en un puesto definitivo se precisará solamente informe favorable de la entidad en que se pretende cesar y la conformidad del funcionario, procediéndose al nombramiento provisional sin necesidad de informe favorable de la corporación de destino¹³⁸⁸.

Para el caso de los Funcionarios de Administración local con Habilitación Nacional en expectativa de destino, la CCAA debiera resolver dicho nombramiento provisional aún sin conformidad de la corporación, siendo esta la jurisprudencia consolidada¹³⁸⁹.

Hasta el RRJFHN dos situaciones podían frustrar el inicio en la carrera profesional del neófito funcionario; que el alcalde no contestara a la solicitud de petición de la plaza, o que la respuesta a la petición fuera desfavorable para el corporativo. En el primer de los casos surgiría el acto presunto con efectos desestimatorios para el interesado; y en el segundo, el alcalde debiera motivar la petición¹³⁹⁰ a riesgo de incurrir en una decisión arbitraria que pudiera llevar consigo en el peor de los casos, la comisión de un delito.

Como resumen y hasta el nuevo reglamento, el alcalde debiera motivar de manera objetiva la no conformidad del informe incluso no podrá hacerlo en el caso que se trate de un nombramiento provisional en expectativa de destino que habrá de resolver la CCAA aún sin informe de la corporación.

¹³⁸⁸ Art. 30 1732/1994. *“El órgano competente de la comunidad autónoma respectiva deberá efectuar nombramientos provisionales para puestos reservados, ocupados en virtud de nombramientos accidentales e interinos, cuando reciba la solicitud de tal nombramiento por parte de un funcionario con habilitación de carácter nacional que reúna los requisitos para su desempeño. El nombramiento provisional implicará el cese automático de la persona que venía ocupando dicho puesto por nombramiento accidental o interino”*. Véase que no se hace referencia al informe de la corporación de destino y que automáticamente expulsa al accidental o interino.

¹³⁸⁹ STSJ de CLM de 4 de junio de 2012 en su FJ 4º, *“La proyección de la normativa aplicable a la problemática que nos ocupa exige partir de un principio rector en el reglamento de provisión de puestos de funcionarios de Habilitación Nacional: la prioridad de estos funcionarios habilitados sobre los demás funcionarios para ocupar temporalmente los puestos vacantes así como los no desempeñados «efectivamente» por sus titulares; téngase en cuenta la reserva a favor de la escala funcional sobre el ejercicio de determinadas funciones públicas necesarias en las EELL”*.

¹³⁹⁰ Saltaremos aquí el tema de comisiones de servicios y otras formas de provisión donde dadas las actuales vacantes en la profesión, los corporativos pueden “elegir” con arreglo a derecho el funcionario que más les convenga y la “fuerza” del control del Habilitado será notablemente inferior por aquello de que la permanencia del “controlado” depende del “controlador”. Vid. Capítulo VI.

El informe favorable en el nuevo reglamento.

Un paso atrás hacia la era de la aquiescencia del político parece darse respecto a los nombramientos provisionales. Si bien permanecen indelebles para las comisiones de servicios, acumulaciones o nombramientos interinos, para el caso de los primeros la oportunidad empaña la legalidad.

Es el actual art. 49 del RRJFHN el que se da preferencia al nombramiento provisional sobre otras formas de provisión temporal dispone de tres apartados o subtipos de nombramiento provisional¹³⁹¹.

Con todo, el reflejo de los intereses partidistas aflora en el art. 49.1. al establecer en su tenor literal que:

- *“Las Comunidades Autónomas podrán efectuar nombramientos provisionales a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional para los puestos vacantes a ellos reservados, previa solicitud de la corporación local correspondiente y conformidad del funcionario interesado, o bien previa solicitud del funcionario interesado y la conformidad de la corporación local. Para efectuar dicho nombramiento será necesario el informe favorable de la corporación local donde está destinado el funcionario”.*

Para el caso de los nombramientos excepcionales además añade de manera explícita nuevamente de conformidad con el art. 49.3: *“Que exista informe favorable de la Entidad Local donde radique el puesto solicitado”¹³⁹²*.

¹³⁹¹ “No obstante lo anterior, las Comunidades Autónomas podrán efectuar nombramientos provisionales a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional que no lleven dos años en el último puesto obtenido con carácter definitivo cuando dicho nombramiento se realice en el ámbito de una misma Entidad Local”.

¹³⁹² Y es que, ya en el borrador del Reglamento se alegó por muchos órganos directivos (tanto autonómicos como estatales) lo improcedente de tener que obtener “la conformidad de la corporación” para un nombramiento provisional. Así, resulta enormemente ilustrativo lo informado por la CCAA de la Región de Murcia, que puso de manifiesto que “la experiencia en esta Región demuestra que la totalidad de nombramientos provisionales han sido instados por funcionarios con Habilitación Nacional, sin contar con el previo beneplácito, en la mayoría de los casos, del alcalde de la corporación, convirtiéndose posteriormente en profesionales imprescindibles dentro de la organización municipal”. La propia asesoría jurídica del INAP, en el informe que emitió sobre el borrador del Real Decreto, había considerado que “el informe de la corporación local será necesario, pero no necesariamente favorable, pues habrá de justificarse la negativa a cubrir el puesto, dados los objetivos perseguidos por la ley (Exposición de Motivos de la LRSAL: control de los fondos públicos, transparencia y control de legalidad)”. De esta forma, considero que es inválido el art. 49.1 en ese punto “conformidad de la corporación de destino”, pues excede de la habilitación de desarrollo que confirió el art. 92 bis de la LBRL (incurriendo, por tanto, en ultra vires). Además, incorpora un requisito artificioso que limita el derecho de los funcionarios y posibilita que se considere vacante el puesto a efectos de cubrirlo con funcionarios de la propia Entidad

La exigencia de este informe favorable además de posibilitar discriminación del candidato por criterios extramuros de la legalidad pudiera blindar al funcionario interino en detrimento del Habilitado de carrera recién nombrado. Imagine el lector el supuesto en el que tras el nombramiento del novicio Habilitado como funcionario de carrera el pueblo de preferencia ocupado por funcionario interino, prefiere que sigan haciéndose las cosas como están que el famoso “*que venga a poner orden*” por un nuevo funcionario de carrera. La legislación no empecé esta actuación obstruccionista. La no emisión de informe o la emisión de informe desfavorable¹³⁹³ será título suficiente para disuadir al joven funcionario que apesadumbrado buscará un destino vacante, a buen seguro más lejos de su domicilio y con peores retribuciones.

Para sorpresa el TS ha avalado la previsión del legislador en la STS de 28 de mayo de 2020. La demanda aducía que la exigencia de “*informe favorable de la Entidad local*” hacía peligrar el derecho de movilidad de los Habilitados. En cambio, la sentencia arguye que: “*Ciertamente, el artículo 92 bis no prevé la intervención de la corporación local en estos nombramientos. No obstante, no debe considerarse fuera de lugar desde el momento que se refieren a puestos de trabajo de la propia corporación, aunque sean de los reservados a funcionarios habilitados*”. Y añade que “*si se tiene en cuenta que este tipo de nombramientos no son una forma de provisión de puestos de trabajo ni tampoco pueden considerarse como una etapa de la carrera profesional de los funcionarios, sino un expediente temporal para resolver necesidades puntuales en tanto operan los sistemas ordinarios, la conformidad de la corporación local o su informe favorable no deben ser vistos como elementos ajenos e injustificados en los que el principio de autonomía local no debe ser tenido en cuenta. Por el contrario, es del interés de la corporación afectada, la cual no efectúa el nombramiento, la solución que se adopte. De ahí que, considerados todos estos factores, no advirtamos en la regulación controvertida los vicios que le imputa la demanda*”.

Local, sin que exista razón alguna que lo justifique. Vid. A. CASAS AVILÉS (2019), *El Reglamento de Funcionarios...*, *op.cit.*

¹³⁹³ Hemos de remarcar que pese a la jurisprudencia observada de la motivación de los actos discrecionales y de los nombramientos el reglamento no lo contempla de manera expeditiva.

Esta interpretación¹³⁹⁴ ratifica la venia del alcalde ante el inicio de la carrera profesional del funcionario y obliga a tras la finalización de su situación como funcionario en prácticas¹³⁹⁵, tenga que ir buscando el joven servidor algún “amigo” o “conocido” alcalde que le pueda informar de manera favorable su primer destino, única posibilidad de ejercer sus funciones antes de obtener la plaza con carácter definitivo en el concurso¹³⁹⁶.

5. CRÍTICAS Y PROPUESTAS.

Las funciones reservadas son insuficientes para la aplicación del derecho en los pequeños municipios.

Resulta evidente que el legislador ha querido ir eliminando la figura del control de legalidad por parte de los Habilitados Nacionales limitándolo o arrinconándolo al estricto ejercicio de las funciones reservadas¹³⁹⁷. Pues ni siquiera la fe pública constituye título

¹³⁹⁴ El propio CHAVES comentaba: “Personalmente me resulta difícil compartir el planteamiento de la sentencia puesto que si el art. 92 bis LBRL no contempla ese requisito (el pláctet del ente local) no existe habilitación para introducir reglamentariamente la exigencia de tal «informe favorable» que: a) Materialmente encierra una «autorización», y no un informe o juicio valorativo; b) Bloquea el derecho de movilidad de los funcionarios; c) Prescinde de que toda vacante de plantilla por definición implica la necesidad de cobertura por razones de eficacia, por lo que no puede alzarse el mero informe desfavorable en antídoto para un candidato determinado y que pueda ser favorable para otro”.

¹³⁹⁵ Con la modesta retribución del artículo 26 del TREBEP.

¹³⁹⁶ SOSA WAGNER en su viejo ensayo sobre los FHCN: “El político, lo hemos visto a lo largo de la historia, propende a rodearse de personas fieles y pastueñas y si éstas son profesionales que bendicen sus ocurrencias, invocando las palabras litúrgicas de la ley, miel sobre hojuelas”. F. SOSA WAGNER (1997), “Los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional: una reflexión desde la historia”, CUNAL, núm. Extraordinario 1, p. 22.

¹³⁹⁷ Sobre la debilitación nacional y en palabras de CHAVES: “Paradójicamente, unas figuras llamadas a actuar como fuerzas de la legalidad y baluarte del Estado, fueron sutilmente desmontadas. En primer lugar, su Estatuto normativo fue repartido entre Estado y Comunidades Autónomas dejando manos libres en ciertos aspectos estratégicos a la Administración a la que sirven. En segundo lugar, sus funciones fueron recortadas de manera que su informe pocas veces sería preceptivo y muchas menos vinculante. En tercer lugar, sus destinos fueron rociados de un toque clientelista al calificarse en plazas relevantes como de «libre designación». Y para dejar bien atado el novillo, su posición institucional fue jibarizada mediante la sutileza de permitir que Doña Errepeté, con la varita mágica de la potestad de autoorganización pudiera repartir complementos a diestro y siniestro, o reclutar fieles, que permitiesen al poder local de turno conseguir sus fines mientras Secretario y/o Interventor (y en menor medida los tesoreros) quedaban en el banquillo lamiéndose las heridas”. J. R. CHAVES (24 de marzo de 2014), “Ser funcionario de Habilitación Nacional en tiempos difíciles”, *Delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2014/03/24/ser-funcionario-de-habilitacion-nacional-en-tiempos-dificiles/>

suficiente para controlar la legalidad de los actos administrativos al no entrar en el fondo de los mismos.

La extensión del Derecho administrativo económico, ha intentado mediante algún artículo y para los Habilitados Nacionales, que actúen como inspectores-denunciantes (denuncia a la fiscalía, envío de reparos). Sin embargo, no existe tal mecanismo para la ejecución y cumplimiento de los acuerdos por parte de la Secretaría Municipal, así como para el cumplimiento de las obligaciones de control extra muros del Ayuntamiento, concurriendo lagunas en todas las materias y procedimientos que se exponen a lo largo de la tesis.

La inspección y la sanción parecen tanto o más importantes para el cumplimiento del derecho que las funciones reservadas llevadas a cabo por los Habilitados Nacionales y sin embargo ha sido encomendada en el mejor de los casos a los “Ayuntamientos” con despreocupación absoluta por el legislador estatal y con un “papel mojado” para el caso de la legislación autonómica.

Proponemos recuperar la figura de la Secretaría municipal rescatando la efigie de Jefatura del personal administrativo¹³⁹⁸. Atribuyéndole propiamente un control jurídico y de legalidad ante las omisiones del cumplimiento normativo¹³⁹⁹, así como formar parte de manera indirecta de los procedimientos inspectores y sancionadores. Comprendemos la sobrecarga de trabajo que pudiera llevar esta tarea, pero ante la pasividad de las administraciones territoriales, no será hasta que el Habilitado forme parte en el

¹³⁹⁸ M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*, p. 109. El propio AVILA CANO ha postulado que la Secretaría General debería devenir en la de Jefe de los servicios jurídicos y administrativos en incluso como en otros países de nuestro entorno como Francia y Bélgica en la dirección general de los servicios de la entidad como cabeza visible de la administración frente la cabeza visible de la política local que es la Alcaldía. Vid. Capítulo VI. Sobre la antigua Jefatura de personal por parte del Secretario: “Corresponderá al Secretario en cuanto que es Jefe de los servicios administrativos del Ayuntamiento: 1. Dirigir y vigilar a los empleados de las Oficinas municipales, proponiendo al Ayuntamiento las inspecciones oportunas según los reglamentos de la corporación. Ahora el RRJFHN sí menciona a este Cuerpo como Jefes de departamento. 2. “Quien ostente la responsabilidad administrativa de cada una de las funciones referidas en el apartado 1 tendrá atribuida la dirección de los servicios encargados de su realización, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la corporación local en materia de organización de los servicios administrativos”. E. AVILA CANO (2019), “El asesoramiento legal preceptivo”, en: L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, *Guía sobre las funciones de secretaría. La secretaría de las entidades locales desde una perspectiva práctica y actual*, Madrid: Cosital.

¹³⁹⁹ Recuperando la advertencia de legalidad, pero adaptada al constitucionalismo y a través de mecanismos de suministro de información respecto de la inactividad y la ejecución de los acuerdos.

cumplimiento normativo de “*puertas para afuera*” cuando podamos hablar propiamente de un control de legalidad local¹⁴⁰⁰.

Desde el año 85 y tras idas y venidas se vienen limando los cuernos del cuerpo de FHCN eliminándose propiamente el control de legalidad y tratando de recuperarse de una manera tímida en la figura del Interventor durante la crisis económica.

El Secretario pierde la Jefatura de servicios y cualquier medida de control recuerda al centralismo autoritario. El poder local, nos atrevemos a decir que ha debilitado el Cuerpo más de lo que lo hicieron las dictaduras militares. Se confía en la autonomía local como la pócima utópica para que cada EELL lleve a cabo correctamente su verificación y cumplimiento del ordenamiento jurídico¹⁴⁰¹.

Libre designación.

El procedimiento administrativo sale a la defensa de este tipo de provisión exigiendo una doble motivación administrativa que se antoja insuficiente; tanto del procedimiento administrativo, como del candidato.

Pasaremos por alto el tema de la discrecionalidad en el nombramiento lejos de la arbitrariedad que es de lo que se han ocupado los tribunales en los últimos años¹⁴⁰² para ahondar en si realmente como cita SANTAMARÍA PASTOR, la plena confianza entre políticos y designado constituye un elemento favorable e idóneo para el nombramiento de los más altos Habilitados. Idoneidad y agilidad parecen ser los principales motivos para la selección del candidato¹⁴⁰³.

¹⁴⁰⁰ O por el contrario se cree un cuerpo de inspectores autonómicos para todas las EELL en estricta colaboración con el Habilitado Nacional, lo cual sea dicho encontramos poco posible con la trayectoria autonómica hasta la fecha.

¹⁴⁰¹ La mayoría de las atribuciones de los FHCN están imantadas de una función de control de legalidad, a veces incluso de modo expreso como sucede con el informe preceptivo de legalidad del Secretario; pero en todo caso deben ajustarse estrictamente a la actividad de las cuales son responsables en el ordenamiento jurídico. Difícilmente se les puede responsabilizar de estas funciones si no se les atribuye la dirección técnica de sus actividades. MARTÍNEZ MARÍN, A. (1999), *Funcionarios locales con habilitación...*, *op.cit.*, p. 223.

¹⁴⁰² M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*, p. 191, 274 y 275. M. SÁNCHEZ MORÓN (2019), *Derecho de la función...*, *op.cit.*, p. 191. M. J. DOMINGO ZABALLOS (2019), *Secretarios, interventores...*, *op.cit.*, p. 275.

¹⁴⁰³ Sin embargo, la realidad parece apartarse de lo descrito: Departamento de la presidencia resolución pre/2122/2018, de 30 de agosto, por la que se hace pública la convocatoria para la provisión, por el sistema de libre designación, del puesto de trabajo de secretaría de clase primera del área metropolitana de Barcelona, reservado a personal funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional

No parece tener demasiado sentido este sistema de provisión en el caso de la Habilitación, sino que más bien parece una desviación o perversión del sistema.

“Van las leyes donde quieran los Reyes”. Si los Habilitados Nacionales dejan de ser gestores, no tiene sentido alguno que sigan las libres designaciones. Para ciertas direcciones generales, o funcionarios del Ministerio, es posible que haya que buscar un candidato con unos parámetros más o menos dispares. Pero no parece adecuado en el caso de la habilitación, cuando insistimos que para llegar allí ya se presume la trayectoria profesional y experiencia de varios años. Pudiera tener cabida para puestos específicos de funcionarios con tareas especiales; pero para un habilitado de primera con experiencia en la profesión, (habida cuenta que para llegar a primera ya sólo es posible acceder por promoción interna) al que se presume profesionalidad y trayectoria, es más que legítimo poner en controversia el sistema de bases o méritos especiales de cada institución local para elegir de manera tan dispar a un profesional acreditado¹⁴⁰⁴.

La libre designación es un sistema de provisión de puestos excepcional que sólo debe aplicarse a puestos directivos que tengan una especial vinculación con las funciones de definición y ejecución de políticas públicas. Este sistema parece incompatible con la neutralidad e independencia reforzadas que requiere el ejercicio de las funciones reservadas a Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local, porque la relevancia de estas funciones no está relacionada con la definición y ejecución de políticas públicas sino con la defensa del Estado de Derecho.

Obsérvese si realmente el fin teleológico de la ley 10/1993 que propone el preámbulo obedece a la realidad del sistema innovado con: *“La inaplazable necesidad de agilizar los procesos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional (cuya complejidad obliga con frecuencia a acudir a fórmulas transitorias para garantizar el normal funcionamiento de*

de la subescala de secretaría, categoría superior. Tampoco apreciamos diferencia o motivación entre secretaría e intervención previstos en las resolución de 30 de septiembre de 2020 del director general de Administración local de la consejería de presidencia y hacienda, por la que da publicidad al acuerdo de la junta de Gobierno local de 5 de junio del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena por el que se aprueban las bases y se convocan, mediante el sistema de libre designación, la provisión definitiva de los puestos de trabajo de Secretario general del pleno, interventor municipal y director de la oficina de gobierno municipal reservados a Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional.

¹⁴⁰⁴ El Estado es plenamente consciente de la influencia partidista y el riesgo de la arbitrariedad. Pues ¿Qué otro sentido tendría sino el nombramiento y cese de las LD con sujeción a la autorización por parte del Ministerio?

las Corporaciones Locales”. Por ello se abre el interrogante ¿es que realmente ayuda al ejercicio de las funciones reservadas la especial confianza con la corporación o con el órgano que aprueba las bases?

Alejar los intereses partidistas del nombramiento de funcionarios. ¡Ay del funcionario que no sintonice con el alcalde de turno¹⁴⁰⁵!

Poniendo en boca una de las preguntas de los letrados que defendió el recurso frente al RRJFHN sobre los intereses partidistas en el nombramiento de FHCN:

“¿Qué interés público pretende protegerse en tal forma? ¿Es realmente admisible en el régimen de la función pública que existiendo un puesto vacante, reservado a funcionarios con habilitación, su provisión —aunque sea provisional— dependa libremente y por entero de una decisión de la Entidad en la que se encuentra el puesto de trabajo vacante, sin parámetro de control alguno, sin exigencia de motivación y, en consecuencia, de forma incontrolable?¹⁴⁰⁶”.

¹⁴⁰⁵ “La tela de araña del político (...). ¡Ay del funcionario que no sintonice con los mandamases del ministerio o de la consejería o con el alcalde de turno! A este desventurado le esperan pocos días de gloria administrativa y muchos de oscuridad retributiva y parálisis funcional”. M. FUERTES LÓPEZ, F. SOSA WAGNER (2021), *Panfleto contra la trapacería política*, op.cit., p. 25.

¹⁴⁰⁶ “Si se quisieran haber adoptado verdaderas medidas paliativas de la posibilidad de arbitrariedad en los nombramientos por libre designación bastaba con que el Real Decreto hubiera adoptado algunas de las siguientes: 1) Exigencia de que en las bases de la convocatoria se especifiquen (aunque no sea de forma numérica) los principales aspectos que se tendrán en cuenta para llevar a cabo la designación, y porqué esos aspectos y no otros. Esta práctica es habitual en la contratación pública, para los criterios sometidos a juicios de valor: no resta poder discrecional al órgano de contratación (cuya decisión no está encorsetada), pero sí se aporta transparencia a los aspirantes acerca de qué cualidades serán las más valoradas. 2) Designación obligatoria, por órgano distinto al que vaya a efectuar finalmente la libre designación, de una «comisión técnica de evaluación» de los méritos de los funcionarios aspirantes. Dicho tribunal elaboraría un informe en el cual se compararían (conforme a los criterios prefijados por las bases de la convocatoria) los méritos de los distintos aspirantes. La propuesta de dicho tribunal no sería vinculante para el presidente de la entidad local, que motivadamente podría apartarse del mismo. El efecto sería positivo: la decisión de la Alcaldía seguiría siendo discrecional, pero se limitarían mucho los nombramientos arbitrarios. 3) Exigencia expresa en el reglamento de los requisitos que exige ya el Tribunal Supremo para los libre-nombramientos (jurisprudencia consolidada desde 2009)”. A. CASAS AVILÉS (2019), *El Reglamento de Funcionarios...*, op.cit. Así, por ejemplo, para las libres designaciones en el Tribunal de Cuentas, la STS de 3 de diciembre de 2012 el FJ 4º declaró que: “La motivación del nombramiento deberá incluir dos requisitos: los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento de los aspirantes presentados, y cuáles son las cualidades o condiciones generales y particulares que han sido consideradas en el funcionario nombrado, para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de solicitantes”.

El control del alcalde¹⁴⁰⁷ permanece también en la incoación de expedientes disciplinarios hacia el FHCN pues el pacto local hace depender al alcalde de los FHCN y aunque se recupera fuerza con la LRSAL la situación no cambia demasiado.

En aras a una mayor independencia proponemos que el Estado al menos fije por tramos de población, la cuantía máxima de las retribuciones complementarias de los FHCN de la Administración local. Actualmente sólo un sistema de “*alquimia*” previsto en el RD 861/1986 parece limitar los complementos específicos y únicamente respecto a las cuantías globales de la corporación¹⁴⁰⁸.

Consideramos que no es acertado a la realidad lo dispuesto en la STS de 28 de mayo de 2020 sobre las formas de provisión de los FHCN. Las formas de provisión temporales se están convirtiendo en la provisión habitual de los puestos de trabajo de los FHCN. El proliferamiento de las vacantes ha provocado el notable aumento de los funcionarios interinos y que sea más bien la excepción el nombramiento definitivo que el nombramiento “*temporal*” tal y como piensa el juzgador. Para muestra la previsión de

¹⁴⁰⁷ Antonio PÉREZ LUQUE refleja así esta situación en su artículo “*¿Son los Funcionarios Locales Servidores de los Políticos Locales?*”, editado por EL CONSULTOR, en la Revista n.º 12, de 30 de junio de 1996: “*No quieren que nadie ni nada les entorpezca su gestión, porque además son los que mandan y esto en un sistema político democrático a veces cobra más fuerza, porque la legitimidad la dan las urnas. El funcionario local padece totalmente la dependencia política, ya que el político es «quien paga» y «quien manda». Así el funcionario se encuentra presionado por el político para ajustar su actuación a sus deseos, trocándose muchas veces la idea de servicio por la de servilismo y, si no se consigue que el funcionario se preste a ello, se produce una situación de ignorancia hacia ese funcionario... Ese funcionario, cuando ha estudiado y permanentemente le han enseñado que una Administración constitucional es la que se ajusta a los postulados de los arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución, y la realidad le va enseñando día a día que las cosas van por otros derroteros, el desajuste mental es patente en él. Comprueba que el mundo del deber ser no se acopla al del ser. El político debe respetar la imparcialidad y objetividad que los funcionarios han de observar en el ejercicio de su función al servicio del máximo principio constitucional: la legalidad. Son funcionarios con actitudes no constitucionales los que, apartándose de esos preceptos constitucionales, aplican la idea de servilismo, que es lo contrario a la de servicio, que establece nuestra Constitución, porque casi siempre tienen causas vergonzantes que ocultar o favores indebidos que agradecer...*”. A. PÉREZ LUQUE (1996), “*¿Son los Funcionarios Locales Servidores de los Políticos Locales?*”, EL CONSULTOR, núm. 12.

¹⁴⁰⁸ Artículo. 7. 1. “*Los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad, gratificaciones y, en su caso, complementos personales transitorios, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino. 2. La cantidad que resulte, con arreglo a lo dispuesto en el número anterior, se destinará: a) Hasta un máximo del 75 por 100 para complemento específico, en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el de penosidad o peligrosidad para la Policía Municipal y Servicio de Extinción de Incendios”.*

consolidación de los FHCN ante la propuesta del Senado por la imposibilidad de cubrir las plazas vacantes rechazada en un primer comunicado por COSITAL¹⁴⁰⁹.

La división en categorías que acusa una falta de unidad.

Una de las críticas que viene haciéndose desde antaño al Cuerpo es una división de categorías que incrimina una falta de unidad.

Si bien se dotó a los mismos del más alto escalafón en el empleo público (grupo A1)¹⁴¹⁰, sigue existiendo la posibilidad de acceso libre a la subescala de entrada que no parece facilitar la unidad ni el corporativismo.

¹⁴⁰⁹ Habiendo tenido conocimiento que el día 8 de abril de 2021 se ha publicado en el núm. 167 del Boletín Oficial de Las Cortes Generales del Senado: “*Proposición de Ley de medidas urgentes para la consolidación de los funcionarios interinos de la Administración local con habilitación de carácter nacional, en cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio*”, el COSITAL ha emitido el siguiente comunicado: “**PRIMERO.**- *El Consejo General no ha sido conocedor de la propuesta transcrita hasta la fecha de su publicación en el Boletín del Senado en el día de ayer, ni ningún grupo firmante de la misma se ha puesto en contacto con el Consejo para conocer nuestra opinión o para plantear soluciones alternativas a la problemática existente de vacantes en los puestos de habilitados. **SEGUNDO.**- Desde el Consejo General rechazamos cualquier procedimiento de consolidación de funcionarios interinos que no se materialice en un proceso selectivo recogido actualmente en la normativa de régimen local, y en particular conforme a lo previsto en el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, respetando en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. **TERCERO.**- Que como consecuencia de la publicación de la propuesta de Ley, se han iniciado trámites para solicitar reuniones con los diferentes Grupos Políticos del Senado y del Parlamento, así como con el Ministerio de Política Territorial y Función Pública, para mostrar nuestro rechazo a la misma, así como para ponernos a disposición del Ministerio para el estudio y presentación de propuestas encaminadas a solventar la problemática actual de carencia de Habilitados Nacionales, aspecto éste sobre el que se lleva trabajando desde hace tiempo”.*

¹⁴¹⁰ Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 834/2003, de 27 de junio, por el que se modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, los FHCN de la subescala de secretaría-intervención, pertenecían al grupo B (actual grupo A, subgrupo A2). Esta norma modificó la clasificación profesional a la que pertenecen, integrándolos en el grupo A, subgrupo A1. Así lo establece su artículo 1.2: “*A efectos de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y de conformidad con la titulación exigida para su obtención, las distintas subescalas en que se estructura la habilitación de carácter nacional quedarán integradas en el grupo A*”. Para los Secretarios-Interventores pertenecientes al grupo B en ese momento (actual grupo A, subgrupo A2), que habían accedido anteriormente a esta subescala de FHCN, se prevé la posibilidad de integrarse en el subgrupo A1 a través de los procesos que a tal efecto se convoquen siempre que reúnan los requisitos de titulación exigidos para acceder al subgrupo A1. Vid. DA VII y DT IV RRJFHN.

Para el caso de nuestra provincia únicamente sólo existen 3 municipios de primera, 9 de segunda y 199 de tercera categoría en términos de Secretaría¹⁴¹¹. Las plazas y los procedimientos para su acceso se vuelven intrincados y confusos, y la liza por la provisión y las remuneraciones en nada favorece los objetivos de nuestra tesis.

Apostamos por un sistema común donde todos los funcionarios accedan por turno libre a la Subescala de Secretaría-Intervención y a través de un sistema de Concurso-Oposición y nunca oposición exclusiva (habida cuenta de que se trata de una promoción horizontal) poder acceder a la subsiguiente subescala y/o categoría¹⁴¹².

No parece cabernos en la imaginación que el juez de un pequeño partido acceda por distinto proceso selectivo que el magistrado de una capital de provincial. O para el caso de un Inspector de Hacienda que dependiendo del municipio en cuestión se acceda a una u otra subescala. Tampoco abogamos por las diferenciaciones de medidas de aplicación del Derecho administrativo dependiendo del tamaño del municipio, lo cual parece establecer una perfecta relación de causalidad entre el descenso en el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la población de la localidad.

R. J. VERA TORRECILLAS¹⁴¹³ también apela por el ingreso en la carrera a través de la Subescala de Secretaría-Intervención argumentando que: *“Hubiera sido más razonable haber afrontado con decisión una reforma más coherente del acceso a la Escala de Habilitación estatal en el sentido de establecer el ingreso obligatoriamente a través de la Subescala Secretaría intervención a fin de garantizar mayor experiencia y preparación en el desempeño de corporaciones de mayor tamaño...”*.

¹⁴¹¹ Vid. Contexto.

¹⁴¹² Discurso realizado en el salón de actos del Colegio Nacional con ocasión del homenaje a Juan Bautista González escribano: *“Permitidme que os invite a reparar en cómo salgamos por el camino que se salga, siempre vamos a dar en la misma realidad: la de que el Cuerpo Nacional de Secretarios de Administración local es un algo que lleva dentro de sí una irresistible voluntad de homogeneidad. Es decir, ya no se puede hablar de Secretarios, sino de Cuerpo Nacional de Secretarios, sin distinción de categorías. Por real decreto de 6 de abril de 1927 se dispuso que todos los Secretarios de segunda que llevando diez años de servicios acrediten poseer el título de abogado pasarán a primera categoría”*. Sobre la unidad de título y categorías. P. SULLEIRO (1966), *Puntos fundamentales para la reforma del cuerpo nacional de Secretarios de Administración local*, Madrid: Municipalia, p. 109.

¹⁴¹³ Para terminar diciendo que *“de hecho la cada vez mayor preparación profesional, motivada por la complejidad reciente de nuestras EELL, que exige a los S-I justificó su integración en el grupo A de los previstos en el art. 25 de la LMRFP a través del RD 834/2003 de 27 de junio”*. R. J. VERA TORRECILLAS (2009), *“Algunas consideraciones sobre la reforma de los sistemas de acceso y provisión de puestos de los funcionarios locales de Habilitación Estatal tras el Estatuto Básico del Empleado Público”*, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 12, p. 1743-1761.

En abril de 1866, el propio POSADA decía en el Congreso que: *“Indudablemente contribuiría en gran manera a la nueva gestión de los negocios administrativos y sobre todo a la moralidad de la Administración el organizar la carrera de Secretarios de Ayuntamiento; pero es una cosa muy difícil, casi imposible de hacer, mientras no se varíe nuestra división municipal, mientras haya Ayuntamientos desde 30 vecinos hasta 3.000.000 de almas¹⁴¹⁴”*.

El control de los pueblos pequeños, proscritos y con menos control.

En el artículo 171 de la Ley de la República se eximía a los Secretarios de “tercera” de la superación de pruebas selectivas para el acceso a la profesión. Pese a las escasas esperanzas que pueda darnos el vanguardista estatuto de los pequeños municipios¹⁴¹⁵ al configurar el pequeño municipio como todo aquel inferior a 5000 habitantes (cuando ya hemos considerado que a partir de 1000 habitante un municipio ya puede materializar su autonomía local no siendo tan problemática su gestión¹⁴¹⁶), según SALANOVA

¹⁴¹⁴ J. POSADA HERRERA citado por F. SOSA WAGNER (2001), *La construcción del Estado...*, op.cit., p. 112. No podemos extrapolar directamente aquí las palabras de Posada. Puesto que al Secretario del Ayuntamiento le hemos privado de la posibilidad de compeler a ejecutar los acuerdos. Si antes había defendido que los acuerdos de los Ayuntamientos difícilmente podían tener fuerza ejecutiva u obligar, actualmente el Secretario asesorará informará pero no participará en la ejecución o coerción de los actos y reglamentos locales.

¹⁴¹⁵ Proposición no de Ley sobre la elaboración del Estatuto Básico de los Municipios de Menor Población, para su debate en la Comisión de Política Territorial y Función Pública. *“La realidad en nuestro país está marcada por una demografía que nos indica con cifras oficiales del Instituto Nacional de Estadística que hay 8.131 municipios en España, pero amplias diferencias de configuración, población, etc. Con datos a uno de enero de 2020, existen 1.400 municipios de menos de 100 habitantes, 2.606 municipios entre 101 y 500 habitantes, 1.001 municipios entre 501 y 1.000 habitantes, 869 municipios tienen entre 1001 y 2.000 habitantes, 951 municipios entre 2001 y 5.000 habitantes, 545 municipios tienen entre 5.001 y 10.000 habitantes, 344 municipios son entre 10.001 y 20.000 habitantes, 266 municipios tienen una población entre 20.001 y 50.000 habitantes, 86 municipios albergan entre 50.001 y 100.000 habitantes y 63 municipios cuentan con una población de más de 100.001 personas. Burgos es la provincia con mayor número de municipios, con 371, y Las Palmas la que menos tiene, con 34. Los datos provisionales de la población inscrita en el padrón a fecha 1 de enero de 2020 es de 47.431.256 personas. El 40,1% de esa población española vive en los 63 municipios de más de 100.000 habitantes, por lo que se evidencia demográficamente la realidad de nuestro país con amplias zonas con muy poca población y la mayor parte se aglutina en grandes urbes y sus áreas metropolitanas. Contamos con 5.007 municipios de menos de 1.000 habitantes y un total de 6.827 municipios de menos de 5.000 habitantes en nuestro país. Esto supone que un 83,69% de los municipios en nuestro país son claramente rurales al disponer de menos de 5.000 habitantes (...).”* BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Serie D Núm. 207 de 22 de enero de 2021.

¹⁴¹⁶ ELOÍSA CARBONELL apela al Estatuto básico para fijar población. Nos recuerda este Estatuto al tan recurrente como vano eslogan político de la necesidad de modificar la CE pero sin precisar en qué términos. Apreciamos que son conscientes de las deficiencias y la dificultad de aplicar la normativa a municipios de escasa población, así como la acuciante pérdida de población pero entendemos que no logran aunar medidas de cierto calado o eficacia. E. CARBONELL PORRAS (2021), *¿Un estatuto básico para los municipios...*, op.cit

ALCALDE¹⁴¹⁷ la normativa básica estatal en materia de organización, funcionamiento, personal y hacienda deja poco margen a las CCAA para una regulación innovadora. Por ello lo que hace esta normativa autonómica es intentar una simplificación administrativa (casi inexistente o nula a nuestro juicio)¹⁴¹⁸.

La histórica normativa también nos da visos de la menor importancia de estos Cuerpos en según qué municipios a lo largo de la historia.

La Ley de Ayuntamientos de 5 de Julio de 1856 únicamente planteaba la creación de la Intervención donde fuera necesario, y proponía la figura del Secretario-maestro en municipios de menos de 200 vecinos.

La Ley municipal de 1877 dispone obligatoria la figura del Contador únicamente para los Ayuntamientos con un presupuesto anual superior a las 100.000 pesetas.

El Interventor según el art. 240 del Estatuto Municipal de 1924 únicamente era obligatorio para los municipios con presupuesto superior a 100.000 pesetas¹⁴¹⁹.

El Decreto de 10 de junio de 1930 que crea el Cuerpo de Depositarios¹⁴²⁰ de fondos de la Administración local impone la existencia de la plaza en las Corporaciones Locales con presupuesto superior a 100.000 pesetas dotándose de Habilitación Nacional a la figura¹⁴²¹.

¹⁴¹⁷ R. SALANOVA ALCALDE (2011), “Regímenes municipales especiales”, *Administración local*, estudios en homenaje a Ángel Ballesteros, p. 397.

¹⁴¹⁸ Ejemplo. Aragón prevé para los municipios de menos de 1000 habitantes un régimen simplificado de funcionamiento, al igual que su legislación urbanística prevé normas especiales para los municipios de menos de 1000 habitantes. Navarra regula un régimen especial para los municipios de menos de 5000 habitantes, con la posibilidad de constitución voluntaria de distintos administrativos. Madrid se refiere como pequeños municipios a los de menos de 1000 habitantes.

¹⁴¹⁹ Funciones previstas en los arts. 243 y 244.

¹⁴²⁰ Observamos en la trayectoria de este Cuerpo que si bien en el Secretario existió desde temprano alguna independencia en cuanto a su nombramiento y cese, respecto del Depositario fue siempre nombrado directamente por la corporación lo que ha perdurado casi hasta nuestros días. Vid. Capítulo VI.

¹⁴²¹ Ley de Ayuntamientos de 1840 y 1845, Ley de Diputaciones e 1845 Instrucción de 20 de noviembre de 1845 sobre la figura del Depositario. Ley de Ayuntamientos de 1856, Ley de 20 de septiembre de 1865 de presupuestos y contabilidad provincial que prevé la figura del Contador, Decreto Ley de 21 de octubre de 1868, Leyes municipales y provinciales de 1870. El reglamento de 4 de octubre de 1886 constituye ya el Cuerpo de Contadores provinciales y municipales reglamentado posteriormente por Real Decreto de 11 de diciembre de 1900. Posteriormente art. 565 del Estatuto municipal contempla la Depositaria, donde sean de ingresar todos los fondos municipales. La Depositaria, de aquellos barros estos lodos, obsérvese como todavía el art. 135 de la LBRL no prevé el carácter directivo para esta figura que si lo hace para la secretaría y para la intervención. No es hasta el Decreto de 10 de junio de 1930 cuando se crea el Cuerpo de Depositarios de fondos de la Administración local imponiendo la existencia de la plaza en las corporaciones locales con presupuesto superior a 100.000 pesetas cuando se dota de Habilitación Nacional a la figura.

La Ley de 31 de octubre de 1935 indica que la figura del Interventor (única categoría) únicamente será necesaria en aquellas Entidades con Presupuesto superior a trescientas mil pesetas, para los de trescientas a doscientas mil lo tendrán propio o mancomunado, y para los de inferior presupuesto su existencia es potestativa. Las normas franquistas argüían que el Depositario sería de existencia preceptiva en toda corporación local cuyo presupuesto ordinario exceda de dos millones de pesetas.

Es evidente que tal y como arrastra la normativa no pueden existir los mismos controles por la propia auto organización en todos los municipios, entre otras cosas por la inexistencia de personal. Puesto que uno de los elementos del municipio es la población a tenor del artículo 13.2 de la LBRL es necesario que esta sea suficiente para que la participación política y económica se desenvuelva con unas mínimas dosis de racionalidad y no se generen los problemas relatados en la tesis¹⁴²².

Pero lo que sí hemos demostrado que ocurría antaño es que ante la escasez de medios (y entendemos por medios personales el encargarse de la verificación del cumplimiento normativo) existieron controles administrativos que coadyuvaban al cierre del círculo en cuanto al cumplimiento del derecho en las pequeñas municipalidades tan añorados por estos profesionales del derecho en las pequeñas poblaciones.

¹⁴²² A. RUIZ CHECA (2015), *El ejercicio de las funciones...*, *op.cit.* Sobre este asunto conferencias de demografía y medidas para paliar la despoblación con previsiones no demasiado halagüeñas. Vid. Contexto.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA POBLET, M. (1990), *Régimen jurídico y económico de los funcionarios de la Administración local*, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

ABELLA Y BLAVE, F. (1872), “Manual del Secretario del Ayuntamiento ó tratado teórico-práctico de Administración Municipal”, *El Consultor de Ayuntamientos y Juzgados Municipales*, Capítulo Preliminar: De los Secretarios de Ayuntamiento, Madrid: Imprenta de E. de la Riva, p. 8-9.

ABELLA, J. (1888), *Tratado de Derecho administrativo español*, III, Madrid: Enrique De La Riva, p. 91.

AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (1990), *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas.

- (1996), *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los cuerpos nacionales*, Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

AGUADO Y CUDOLÁ, V. (1999), *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativa*, Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.

- (2001), *El recurso contra la inactividad de la administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid: Marcial Pons, p. 32.

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2007), *Urbanismo y gestión del agua*, Madrid: Iustel, p. 261-270.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2013), “El adelanto excepcional a la inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Función Inspectora*, Madrid: INAP, p. 199.

- (2014), “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, p. 135-167.

ALCALÁ ZAMORA, N. (1936), *los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid: Espinosa, p. 64.

ALEGRE ÁVILA, J. M. (2008), “Potestad sancionadora y Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 280-281, p. 221-233.

ALLI ARANGUREN, J. C. (2007), “La inactividad de la administración en el ordenamiento jurídico-administrativo”, *Organización y procedimientos administrativos*, p. 497-520.

ALMANSA MORALES, A. (2017), *Transparencia y datos abiertos en la Administración pública*, Madrid: INAP.

ALVAREZ GENDÍN, S. (1974), *Tratado general de Derecho administrativo*, Barcelona: Bosch.

ANDREU LLOVET, R. (2020), *El acceso a la información pública en España: Del idealismo al realismo jurídico*, Tesis doctoral, Dir. NIETO GARCÍA, A., EZQUERRA HUERVA, A.

ARENILLA SÁEZ, M. (2016), *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid: INAP.

ARIÑO BOUAZZA, O. (2019), “La segunda generación de leyes autonómicas de turismo”, *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, núm. 1, p. 1-17.

ARJONES GIRÁLDEZ, D. (5 de octubre de 2016), “Inactividad de la Administración en la lucha contra el ruido y posible delito medioambiental”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/inactividad-de-la-administracion-en-la-lucha-contr-el-ruido-y-posible-delito-medioambiental/>

ÁVILA CANO, E. (2012), “Habilitación estatal y función directiva propuestas para una eficiente gestión profesional”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 152, p. 86-100.

- (2019), “El asesoramiento legal preceptivo”, en: L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, *Guía sobre las funciones de secretaría. La secretaría de las entidades locales desde una perspectiva práctica y actual*, Madrid: Cosital.

B. CHAPMAN (1959), *Los Prefectos y la Francia provincial*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. (2011), *La potestad sancionadora de los entes locales*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 33.

BALAGUER CAMPHUIS, E. (1978), *Elementos de ingeniería de tráfico*, Madrid: Universidad Politécnica de Madrid citado por CANO CAMPOS, T. (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, *op.cit.*

BAÑO LEÓN, J. M. (2009), *Derecho urbanístico común*, Madrid: Iustel.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2019), *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid: Tecnos, p. 23 y ss.

BASSOLS COMA, M. (1973), *Génesis y evolución del derecho urbanístico español*, Madrid: Montecorvo, p. 23.

BATET JIMÉNEZ, M. P. (16 de julio de 2019), “La mesa de contratación número de comensales”, <https://lapartecontratante.blog/>, <https://lapartecontratante.blog/2019/07/16/la-mesa-de-contratacion-numero-de-comensales-por-m-p-batet/>

BAUZA MARTORELL, F. (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: Iustel, p. 48.

- (2017), *Derecho administrativo y Derecho penal. Reconstrucción de los límites*, Barcelona: Wolters Kluwer.

BAZÁN DÍAZ, I. (2014), *El conocimiento científico y técnico en la Península Ibérica (siglos XIII-XVI): producción, difusión y aplicaciones Asesorar a la justicia municipal en la Castilla medieval*, Toulouse: Ministerio de Economía y Competitividad.

- BELL, D. (2006), *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid: Alianza Editorial.
- BERMEJO VERA, J. (1996), *Derecho administrativo*, Madrid: Civitas.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., GARCÍA BELLIDO, J. (2001), “Síntesis general de los estudios comparados de las legislaciones urbanísticas en algunos países occidentales”, *Ciudad y Territorio Estudios territoriales*, núm. 127, p. 87-146.
- BLANQUER CRIADO, D. (2007), *Hechos, ficciones, pruebas y presunciones en el Derecho Administrativo*, Barcelona: Tirant lo Blanch.
- (2010) *Derecho Administrativo*, Tomo 1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 698.
- BONACHÍA HERNANDO, J. A. (1998), “La justicia en los municipios Castellanos Bajomedievales”, *Edad Media: revista de historia*, núm. 1, p. 145-182.
- BONNIN BAPTISTE, C. J. (2010), *Compendio de los principios de administración*, Madrid: Nabu Press.
- BORRAJO INIESTA, I. (1996), “Presunción de inocencia: investigación y prueba”, *Cuadernos de derecho Judicial*, núm. 9, p. 13-54.
- BOTO ÁLVAREZ, A. (2014), “Redimensionamiento del sector público local”, en: QUINTANA LÓPEZ, T., CASARES MARCOS, A. B., *La reforma del régimen local*, Madrid: Tirant lo Blanch.
- (2020), “Reformas en la arquitectura institucional y competencial del bloque local francés”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, p. 8.
- BULLÓN Y RAMÍREZ, A. (1968), *Historia del Secretariado de Administración local*, Madrid: Abella, p. 230.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., GONZÁLEZ DEL TESO, T., VILLAREJO GALENDE, H. (2007), *Recopilación normativa de régimen local*, Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial.
- CAMPOS ACUÑA, C. (2018), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.
- (2019), *Aplicación práctica del Compliance en la contratación pública*, Madrid: Aranzadi.
- CANDELA TALAVERO, J. E. (2014), “El control de la legalidad por el concejal disidente”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 35, p. 104-120.
- (2014), “La Mesa de Contratación como mecanismo del control de la Administración”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 36, p. 122-139.
- CANO CAMPOS, T. (2005), *Los Ayuntamientos y el tráfico*, Madrid: Iustel, p. 197.
- (2006), *Legislación de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*, Madrid: Tecnos.
 - (2009), *La actividad de inspección*, Madrid: Iustel.

- (2013), “El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la administración”, en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *Función Inspectora*, Madrid: INAP.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2016), “Empleo público”, en: M. C. ALONSO GARCÍA, *Derecho público de Castilla-La Mancha*, Madrid: Iustel.
- CARBONELL PORRAS, E., COSCULLUELA MONTANER, L., VENDELLI, L. (2019), *La reforma del Gobierno local en España e Italia*, Italia: Editoriale Scientifica.
- (2021), “¿Un estatuto básico para los municipios pequeños?: Un comentario de urgencia”, *REALA*, núm. 15.
- CARMONA CUENCA, E. (1992), “Las normas constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de estudios políticos*, núm. 76, p. 103-128.
- (1994), “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de estudios políticos*, núm. 84, p. 265-286.
- CARRETERO PÉREZ, A., CARRETERO SANCHEZ, A. (1992), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Edersa, p. 154.
- CARRILLO DONAIRE, J. A., NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2014), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local*, Madrid: La Ley, p. 103.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (1998), “El debate sobre la autonomía municipal”, *RAP*, núm. 147, p. 59-96.
- (2006), Una reflexión general sobre las áreas metropolitanas, *REALA*, núm. 302
- CASARES MARCOS, A. B. (2008), “Los titulares de la potestad sancionadora. Los entes institucionales y corporativos”, *Documentación Administrativa*, núm. 280-281.
- CASAS AVILÉS, A. (2019), “El Reglamento de Funcionarios de Habilitación Nacional (RD 128/2018): luces y sombras, especialmente en la provisión de puestos de trabajo”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, p. 168.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (1988), *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid: CEC, p. 29 y ss.
- CASSESE, S. (2010), “El estado presente del Derecho administrativo italiano”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183. P. 283-293.
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J. (1988), *La fe pública local*, España: INAP, p. 13.
- CASTILLO ALONSO, A. (2001), *Regulación legal de pastos, hierbas y rastrojeras, cámaras agrarias y su patrimonio en Castilla y León*, Salamanca: Europa Artes Gráficas.
- CASTILLO BLANCO, F. (2000), *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Granada: Cemci, p. 113-149.

CEREZO MIR, J. (1975), *Límites entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo*, Ponencia mantenida por el autor en Las III Jornadas de catedráticos y profesores agregados de Derecho penal, Universidad de Santiago de Compostela, del 28 al 30 de mayo de 1975, p. 161.

CHAMOCHO CANTUDO, M. A. (2017), *Los fueros del reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p 7-11.

CHAVES GARCÍA, J. R. (16 de octubre de 2010), “Del recurso contractual introducido por Ley 34/2010: hacia el infinito y más allá”, *Delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2010/08/16/del-recurso-contractual-introducido-por-ley-342010-hacia-el-infinito-y-mas-alla/>

- (2016), “*El requerimiento preliminar entre administraciones públicas del art.44 de la ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, *Gabilex*, núm. 5.
- (2017), *Vademecum de oposiciones y concursos*, Salamanca: Amarante.
- (2018), “Supremo tijeretazo al silencio administrativo positivo”, *Delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2018/12/04/supremo-tijeretazo-al-silencio-administrativo-positivo/>
- (2019), *La ejecución de sentencias en los procesos Contencioso-selectivos: dificultades y desajustes*, tesis doctoral, Dir. RIVERO ORTEGA, R., Codir. ARIAS RODRÍGUEZ, A., Universidad de Salamanca.
- (2020), “La Sala Tercera del Tribunal Supremo aclara la supletoriedad del derecho civil”, *delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2020/01/27/la-sala-tercera-del-tribunal-supremo-aclara-la-supletoriedad-del-derecho-civil/>
- (24 de marzo de 2014), “Ser funcionario de habilitación nacional en tiempos difíciles”, *Delajusticia.com*, <https://delajusticia.com/2014/03/24/ser-funcionario-de-habilitacion-nacional-en-tiempos-dificiles/>

CHINCHILLA MARÍN, C. (1991), *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas.

CNAL (16 de noviembre de 2020), “Avanza en el Estatuto básico de pequeños municipios, en la Estrategia frente al Reto Demográfico y en los fondos europeos para proyectos de modernización de las entidades locales”, *lamoncloa.gob.es*, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/Paginas/2020/161120-entidades-locales.aspx>.

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. (1999), *Derecho penal parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

COBO OLVERA, T. (2012), *Empleo público local*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

COBREROS MENDAZONA, E. (1987), “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 19.

- (1995), “La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, *Revista vasca de administración pública*, núm. 41, p. 761-794.

- COLMEIRO Y PENIDO, M. (1850), *Derecho administrativo español*, Madrid: Imprenta y librería de Eduardo Martínez, tomo II. p. 303.
- COLMEIRO Y PENIDO, M. (1873), *Curso de Derecho público según la historia de Castilla y León*, Madrid: Imprenta de Fermín Martínez García, p. 473.
- CONDE DE ROMANONES (1901), *Las responsabilidades del antiguo régimen*, Madrid: Renacimiento.
- CORONAS GONZÁLEZ, M. (2018), *Fueros Locales del Reino de León (910-1230): Antología*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 36.
- CORRAL GARCÍA, E. (1983), “EL Concejo Castellano estructura y organización”, *Boletín de la Institución Fernán González*, núm. 201, p. 321-338.
- CORTÉS, I. (30 de marzo 2021), “Los juristas corrigen a Interior: no se puede tirar la puerta de un piso turístico”, *elconfidencial.com*, https://www.elconfidencial.com/juridico/2021-03-30/los-juristas-corrigen-a-interior-no-se-puede-tirar-la-puerta-de-un-piso-turistico_3014520/
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2020), *Manual de Derecho Administrativo 2020*, Navarra: Civitas.
- CUADRADO ZULOAGA, D. (2008), “El principio de individualización de las sanciones administrativas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, p. 3.
- (2010), *Ejecutividad de las sanciones administrativas*, Madrid: Wolters Kluwer.
- CUBERO MARCOS, J. I., LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019), *Espacio público y ordenanzas locales. Estudio sobre su régimen jurídico*, San Sebastián: IVAP, p. 48.
- CUETO PÉREZ, M. (2003), “Cultura, deporte y ocio”, en: ARCE JANÁRIZ, A., *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 400 y 401.
- (2003), “Turismo”, en: ARCE JANÁRIZ, A., *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático*, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 273.
 - (2005), “Sanidad y genética forestal”, en: CALVO SÁNCHEZ, L., *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: estudios de derecho forestal, estatal y autonómico*, Madrid: Thomson-Paraninfo.
- DAHLSTRÖM, C., LAPUENTE GINÉ, V. (2018), *Organizando el Leviatán. Por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*, Barcelona: Deusto, p. 245.
- DE BURGOS, J. (1987), *Las ideas de administración*, Alcalá de Henares: Instituto Nacional de Administración Pública.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A. (2009), *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, Barcelona: Bosch.
- DE LA CUÉTARA, J. M. (1986), *Las potestades administrativas*, Tecnos: Madrid.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L. (2002), “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho y jurisprudencia, con especial referencia a la Administración Municipal (VIII)”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm.17, p. 2872.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2016), “El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del título VIII”, *Documentación Administrativa de Nueva Época*, núm. 3, p. 18-36.

DE VEGA, P. (1979), “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 112 y ss.

DEL SAZ CORDERO, S. (1995). “*La laboralización de la función pública*”: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección. Documentación Administrativa, núm. 243.

DESCARTES, R. (2011), *Discurso del método*, trad. R. FRONDIZI, Madrid: Alianza.

DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (2013), *Función Inspector*, Madrid: INAP, p. 199.

DIPUTACIÓN DE LEÓN (5 de mayo de 2021), “La diputación y el Ayuntamiento regularizan la prestación del servicio de bomberos”, *dipuleon.es*, https://www.dipuleon.es/newsSearchAction/Diputacion/Noticias_de_Diputacion/conbo m5521;jsessionid=F7B93A0DC511F81ED2A63DC839FE715D?f=lastnews/

DOMINGO ZABALLOS, M. J. (2019), *Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local.*, Navarra: Aranzadi.

DORADO MONTERO, P. (2006). *Naturaleza y función del derecho*, Madrid: Biblioteca de autores españoles y extranjeros, p. 130.

DORIGA TOVAR, C. (1967), “El cargo de Gobernador Civil y Jefe Provincial del Movimiento en el nuevo Estado español”, *Revista de estudios políticos*, núm. 156, p. 145-168.

DOU Y DE BASSOLS, R. L. (1800), *En Instituciones del Derecho público general de España con noticias del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, libro I, título IX, capítulo IX, sección VII, p. 137.

– (1800), *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, Libro II, p. 47.

EFE (14 de junio de 2021), “El anteproyecto de la Ley de Función Pública en Castilla y León reduce y define los puestos de libre designación”, *efe.com*, <https://www.efe.com/efe/castillayleon/portada/el-anteproyecto-de-la-ley-funcion-publica-en-castilla-y-leon-reduce-define-los-puestos-libre-designacion/50000470-4562128/>

E. F. G. (2 de enero de 2021), “El Procurador del Común incluye al Ayuntamiento de León en la lista de entidades no colaboradoras por una queja sobre un restaurante”, *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/procurador-comun-incluye->

[Ayuntamiento-leon-colaboradores-olores-restaurante-20210102121500-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F](https://www.bing.com/nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F)

EMBID IRUJO, A. (1978), *Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 42.

– (1987), *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución*, Madrid: INAP.

ENRIQUE MORA ESPINOZA, A. (1998), *El control jurisdiccional contra la inactividad material de la administración pública*, tesis doctoral, Dir. J. GONZÁLEZ PÉREZ, Universidad Complutense de Madrid.

ENTRENA CUESTA, R. (1962), “El principio de igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo”, *REVL*, núm. 126.

– (1972), *Curso de Derecho administrativo*, Madrid: Tecnos.

ESTEPA DÍEZ, C. (2011), *Poder real y sociedad*, León: Universidad de León, p. 23-28

ESTEVE PARDO, J. (1999), *Técnica riesgo y derecho*, Barcelona: Ariel, p. 36.

FANLO LORAS, A. (1990), *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 234 y 267.

– (1993), “El control de los entes locales, ¿modelo cerrado? reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, p. 171-204.

FARIÑAS JAMARDO, J. (1955), *Señor Secretario*, Madrid: Imprenta Sáez.

FARIÑAS, N. (23 de abril de 2021), “La radiografía del 'León vaciado': once pueblos ya no tienen vecinos y en siete sólo vive una persona”, *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/radiografia-leon-vaciado-pueblos-habitantes-despoblacion-crisis-demografica-provincia-20210421113808-nt.html>

FERNÁNDEZ ALBALADEJO, P. (2009), *La crisis de la Monarquía*, Madrid: Crítica, p. 67.

FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2002), *La actividad administrativa inspectora*, Granada: Comares.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2007), *La protección del paisaje*, Madrid: Marcial Pons.

– (2020), *Derecho administrativo del turismo*, Madrid: Marcial Pons, p. 38.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2007), *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Madrid: IUSTEL.

FERRET JACAS, J. (1988), “El artículo 9.2 de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad”, en: CARMONA CUENCA, E., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.

FLEINER, F. (1933), *Instituciones de Derecho administrativo*, Madrid: Labor S. A.

FLORES DOMÍNGUEZ, L. E. (2019), *Guía sobre las funciones de secretaría. La secretaría de las entidades locales desde una perspectiva práctica y actual*, Madrid: Consejo General de Cosital.

FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2018), *Manual para la selección de empleados públicos*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

FONT I LLOVET, T. (2019), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

FORTES MARTÍN, A. (2018), *La gestión contractual del servicio de recogida de servicios domésticos*, Madrid: IUSTEL, p. 107.

FUENTES CARA, E. (2015), *Medidas cautelares y jurisdicción Contencioso Administrativa*, Málaga: Fundación Asesores Locales.

FUERTE LÓPEZ, M. (1992), *Asociaciones y Sociedades Deportivas*, Madrid: Marcial Pons.

- (1994), *Memoria presentación de la oposición a Cátedra de Escuela Universitaria*, Universidad de León.
- (1995), *Urbanismo y publicidad registral*, Madrid: Marcial Pons, p. 11.
- (1997), *El contratista y el subcontratista en las administraciones pública*, Madrid: Marcial Pons, p. 113.
- (2007), *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons.
- (2008), “Los Grecos y las competencias municipales”, *Curso de formación a magistrados organizado por el Consejo General del Poder Judicial*, Universidad de León.
- (2015), *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea*, Madrid: Marcial Pons.
- FUERTES LÓPEZ, M. (2017), “La semilla de la corrupción: los dineros de las formaciones políticas” en: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Madrid: Civitas, p. 155-188.
- (2019), *Las desventuras del dinero público: elegía al principio de “riesgo y ventura”*, Madrid: Marcial Pons.
- (14 de septiembre de 2020), “*La hora de la FEMP y del COSITAL tras el naufragio de un Decreto-Ley*”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-hora-de-la-femp-y-de-cosital-tras-el-naufragio-de-un-decreto-ley/>

FUERTE LÓPEZ, M., SOSA WAGNER, F. (2011), *El Estado sin territorio*, Madrid: Marcial Pons.

- (2021), *Panfleto contra la trapacería política*, Madrid: Tricastela.

GAARDER, J. (1994), *El mundo de Sofía*, Madrid: Siruela.

GALINDO MORELL, P. (2009), “La reclamación económico-administrativa en el ámbito local”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 20, p. 52-62.

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2008), *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid: Iustel.

GAMERO CASADO, E. (2021), *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 66.

GARCÍA ALBERO, R. (1989), *La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos*, Madrid: Trívium, p. 336 y ss.

GARCÍA ALONSO, M. (1975) “Curso de derecho del trabajo”. Barcelona. Ariel, p. 884 y ss.

GARCÍA AMADO, J. A. (2010), *El derecho y sus circunstancias*, Colombia: Universidad de Colombia.

GARCÍA COSTA, F. M. (2011) “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 289, p. 21-42.

GARCÍA DE CORTÁZAR, F., GONZÁLEZ VESGA, J. M (2017), *Breve historia de España*, Madrid: Alianza.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1976), “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 10.

- (1993), “La problemática puesta en aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 80, p. 655-678.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. (1977), *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, Madrid: Civitas, p. 436.

- (2017), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 153-168. (revisar en texto)
- (2020), *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 52.

GARCÍA DE VALDEAVELLAN, L. (1982), *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad media*, Madrid. Alianza Editorial.

GARCÍA HERNÁNDEZ, J. (2017), “El control interno en las entidades locales según el Real Decreto 424/2017 que regula su régimen jurídico”, *elderecho.com*.

GARCÍA MORALES, Y. (2013), “Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 32., p. 83-90.

GARCÍA MORILLO, J. (1998), *La configuración constitución de la autonomía local*, Barcelona: Marcial Pons.

GARCÍA PEREDA, I., GONZÁLEZ DONCEL, I., GIL SÁNCHEZ, L. (2012), “La primera Dirección General de Montes (1833-1842)”, *Quaderns d’història de l’enginyeria*, vol. XIII, p. 209-250.

GARCÍA QUINTANA, C. A. (1974), “La inspección de los tributos: una evolución significativa”, *REDF*. Madrid: Civitas.

GARCÍA RUBIO, M. (1984), “Potestad sancionatoria de la administración garantías del administrado: comentario a la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Oztürk”, *Revista de Administración Pública*, núm. 104, p. 359 y ss.

GARCÍA URETA, A. (2006), *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Barcelona: Marcial Pons, p. 18 y ss.

GARRIDO FALLA, F. (1953), “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, *revista de administración pública*, núm. 11, p. 13.

- (1953), *Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa*, Conferencia en el Instituto de Estudios Políticos, p. 13 y ss.
- (1968), “La evolución del recurso Contencioso-Administrativo en España”, *revista de administración pública*, núm. 55, p. 4.

GARRIDO JUNCAL, A. (2019), “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *Reala*, núm. 12, p. 126-151.

GARRORENA MORALES, A. (1984), *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, p. 99 y ss.

GILBERT SÁNCHEZ DE LA VEGA, R. (1957-1958), “La paz del camino en el derecho medieval español”, *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 27-28, p. 831 y ss.

GILBERT, R. (1964), *El antiguo consejo de Castilla*, Lérida: Rialp.

GOLDSCHMIDT, J. P. (2010), *Derecho, Derecho penal y proceso*, Barcelona: Marcial Pons.

GOMEZ DE LA SERNA, P. (1843), *Instituciones del Derecho administrativo español*, Madrid: V. Lalama.

GÓMEZ PUENTE, M. (2011), *La inactividad de la Administración*, Navarra: Aranzadi.

GÓMEZ TOMILLO, M. (2008), *Derecho administrativo sancionador*, Navarra: Thomson Aranzadi.

GONZÁLEZ ALONSO, B. (1988), “Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla Bajomedieval (1252-1474)”, en: *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media. Burgos, Congreso Científico sobre la Historia de las Cortes de Castilla y León, Burgos, 30 de septiembre a 3 de octubre de 1986*, España: Cortes de Castilla y León.

GONZÁLEZ DE UÑA, O. J. (2020), *El reto de la innovación abierta como instrumento público para desarrollar nuevas soluciones TIC en territorios mediterráneos*, Madrid: INAP.

GONZÁLEZ GIL, D. (2021), “El interés general, presupuesto de atribución y ejercicio de la potestad administrativa”, en: GAMERO CASADO, E., *La potestad administrativa, op.cit.*, p. 153-230.

GONZALEZ ORVIZ, M. E. (2007), *Responsabilidad por culpa in eligiendo o in vigilando*, Barcelona: Bosch.

GONZÁLEZ PALENCIA, A. (1934), *Estudio histórico sobre la censura gubernativa en España*, Madrid: Tipografía de archivos, p. 56.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1954), “El Contencioso Administrativo”, *Revista de administración pública*, núm. 15, p. 11-90.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (2005), “La autonomía local en la reciente jurisprudencia Constitucional y del tribunal Supremo”. *Cuadernos de derecho local*, núm. 9, p. 16-32.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, G. (2019), *La denuncia administrativa*, Pamplona: Aranzadi.

GUILLAMÓN ÁLVAREZ, F. J. (1990), “La administración municipal en la edad moderna: del régimen castellano al modelo gaditano”, *Reala*, núm. 248.

- (1989) “Algunos presupuestos metodológicos para el estudio de la administración: el régimen municipal en el siglo XVIII”, *Revista de historia moderna: Anales de la Universidad de Alicante*, núm. 8-9, p. 59-74.

GUIDOT, E. (2016), “Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”, en: GIMENO FELIÚ, J. M., VILLORIA MENDIETA, M., TEJEDOR BIELSA, J. C., *La corrupción en España*, Barcelona: Atelier, p. 157 y ss.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel, p. 16.

HOBBS DE MALMESBURY, T. (2018), *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial.

HUERGO LORA, A. (2007), *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, p. 389.

- (2018), *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Iustel.

HUERGO LORA, A., LÓPEZ HUGUET, M. L. (2008), “El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el Derecho romano y significado actual”, *REDUR*, núm. 6, p. 69-94.

IBÁÑEZ PICÓ, M. (2008), “Municipio y civismo. Las ordenanzas municipales como instrumento para la convivencia”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 307, p. 143-184.

ICAL (14 de junio de 2021), “La Junta de Castilla y León suprime dos entidades locales menores de León por «carecer de población»”, *leonoticias.com*, <https://www.leonoticias.com/leon/junta-suprime-entidades-20210614085748-nt.html>.

IGLESIA FERREIRÓS, A. (1971), “Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, p. 945-972.

INFIESTA, P. (27 de enero de 2017), “San Andrés pone freno al vandalismo con una ordenanza de convivencia Talar árboles y quemar contenedores se multará con hasta 3.000 euros; defecar en la calle, con 500”, *diariodeleon.es*,

<https://www.diariodeleon.es/articulo/leon/san-andres-pone-freno-vandalismo-ordenanza-convivencia/201701270400001657209.html>

IÑARRA GONZÁLEZ, A. (2005), “Funciones de los Secretarios de Ayuntamiento. Presente y futuro”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 22, p. 3652-3661.

JÁÑEZ FRANCO, R., RODRÍGUEZ BARDAL, M. (2021), “El papel de la intervención municipal en la recepción de los contratos administrativos. Una tarea pendiente de concretar”, *El consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 1.

JARAMILLO FERNÁNDEZ, M. (2016), “Comprendiendo la garantía institucional de la autonomía local: desde Carl Schmitt hasta la reforma del art. 135 de la constitución española”, *Revista digital CEMCI*, núm. 29.

JELLINEK, G. (1949-1954), *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. V. E. Orlando, Milano: Società Editrice Libreria.

JESCH, D. (1978), *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid: Instituto de estudios administrativos.

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009), *El personal directivo de la Administración local*, Barcelona: Dirección de comunicación de la diputación de Barcelona, p. 10.

– (2017), “Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: algunas experiencias”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 43, p. 160-199.

JORDANA DE POZAS, L. (1951), *El problema de los fines de la actividad administrativa*, Texto de la ponencia presentada al Seminario sobre Problemas actuales de la Administración Pública, del Instituto de Estudios Políticos.

JOSÉ BAUZÁ, F. (2019), *El uso de la fuerza en el Derecho administrativo*, Madrid: Iustel.

KELSEN, H. (1966), “Justicia y derecho natural”, en: H. KELSEN, N. BOBBIO, *Crítica del Derecho Natural*, introducción y traducción de E. Díaz, Madrid: Taurus, p. 90.

La Recopilación de Leyes de estos Reinos, o Nueva Recopilación de Leyes de Castilla (1567).

LALINDE ABADÍA, J (1978), *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona: Ariel, p. 23.

LARA PEINADO, F. (2008), *Código de Hammurabi*, Madrid: Tecnos, p. 34.

LEROUX DE BELAUNDE, C. (1985), “Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia”, *THEMIS Revista De Derecho*, núm. 3, p. 47-51.

LLORENS Y CLARIANA, E. L. (1934), *La igualdad ante la ley*, Murcia: Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Murcia.

LOPE DE VEGA, F. (2005), *El mejor alcalde, el Rey*, Madrid: Cátedra.

- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1993), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, tesis doctoral, Dir. Cosculluela Montaner, L., Universidad de Córdoba.
- LOPEZ MENUDO, F. (1982), *El principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas*, Sevilla: Instituto García Oviedo, p. 171 y ss.
- LÓPEZ RAMÓN, F., ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2013), *Bienes públicos, urbanismos y medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (2003) *El derecho deportivo entre el servicio público y el mercado*, Madrid: Dykinson, p. 99.
- LOSA MUÑIZ, V. (2014), *El régimen jurídico de las entidades locales menores en castilla y león*, tesis doctoral, Dir. M. FUERTES LÓPEZ, Universidad de León.
- LOZANO CRESPO, M. (2004), “Presente y Futuro de los funcionarios de habilitación nacional. La figura del «mobbing»”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 24, p. 4124-4137.
- LOZANO CUTANDA, B. (1990), “Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 121, p. 393-395.
- (2005), “El régimen sancionador de la Ley de montes” en: CALVO SÁNCHEZ, L., *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: estudios de derecho forestal, estatal y autonómico*, Madrid: Thomson-Paraninfo.
- LUCIANO PAREJO, A. (1988), *Derecho básico de la Administración local*, Barcelona: Ariel.
- M. M. (28 de diciembre de 2019), “Merindad de Sotoscueva, modelo piloto de gestión”, *elcorreodeburgos.elmundo.es*,
<https://elcorreodeburgos.elmundo.es/articulo/provincia/merindad-sotoscueva-modelo-piloto-gestion/20191228052000352190.html>
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2014), *El sistema arbitral de consumo*, Lisboa: Juruá.
- MANTECA VALDELANDE, V. (2008), “Las actas de inspección de las administraciones públicas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, Madrid: La Ley.
- (2011), “Las potestades administrativas: régimen general”, *Actualidad Administrativa*, núm. 18, p. 5.
 - (2015), “Recursos contra la inactividad de la administración pública”, *Actualidad administrativa*, núm. 1.
- MANZANEDO MATEOS, J. A. (1968), *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 216.
- MARAÑA SÁNCHEZ, J. Q. (2010), “Ayuntamientos y trabajos en beneficio de la comunidad”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 12, p. 1920-1926.
- MARTÍ BAGUÉ, J. A. (1977), “Inspección”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XII. Barcelona: F. Seix.

MARTÍN DELGADO, I. (2019), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, Madrid: Iustel.

MARTÍN REBOLLO, L. (1975), “La introducción de la referencia al orden público en el reglamento de lo contencioso-administrativo de 1890-1894”, *Revista de administración pública*, núm. 78, p. 53 -84.

MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C. (2020), *Curso de derecho financiero y tributario*, Madrid: TECNOS.

MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L. (2002), “Las administraciones públicas y en especial la municipal, ante los derechos fundamentales”, en: CLIMENT BARBERÁ, J. (coord.), BAÑO LEÓN, J. M. (coord.), BOQUERA OLIVER, J. M. (hom.), *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Madrid: Tirant lo Blanch, p. 51-58.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2016), *Contratación pública y transparencia medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

- (2017), “La remunicipalización de servicios”, *El consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9.

MARTÍNEZ MARÍN, A. (1999), *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Madrid: Tecnos, p. 27.

MARTÍNEZ MARINA, F. (1813), *Teoría de las Cortes*, Madrid: Imprenta de Fermín Villalpando.

MARTOS NUÑEZ, J. A. (2010), *El delito de contaminación acústica*, Madrid: IUSTEL.

MAYER, O. (1904), *Derecho administrativo alemán*, traducción española H. H. Heredia y E. Krotoschin, vol. II, Buenos Aires: De Palma.

MEILÁN GIL, J. L. (1996), “La administración pública a partir de la constitución española de 1978”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, p. 55-100.

MELLADO, F. (1894), *Tratado elemental de derecho administrativo*, Madrid: M.G. Hernández.

MENÉNDEZ PIDAL, R. (1980), *Historia de España*, Tomos XXII y XXIII, Madrid: Espasa Calpe. F. GARCÍA DE CORTÁZAR, J. M. GONZÁLEZ VESGA (2017), *Breve historia de España*, Madrid: Alianza.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2003), “Fuerzas de Seguridad”, en: ARCE JANÁRIZ, A., *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*. Estudio sistemático, Asturias: Gobierno del Principado de Asturias, p. 479.

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2005), “La experiencia comparada en materia de montes. Francia y Alemania”, en: CALVO SÁNCHEZ, L., *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes: estudios de derecho forestal, estatal y autonómico*, Madrid: Thomson-Paraninfo.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2009), *Los contratos de servicios del sector público*, Madrid: Thomson Reuters.

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018), “Del contrato de servicios: [artículos 308-311]”, en: MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., BOCOS REDONDO, P., *Contratación del sector público local: comentarios al articulado de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018), “Una visión general de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época*, núm. 21, p. 108.

MERCHÁN FERNÁNDEZ, C. (1984), *El gobierno municipal en Extremadura durante la Edad Media*, Cáceres: Universidad de Extremadura.

MERINO ESTRADA, V. (2012), “La profesionalización de los empleados públicos municipales. ¿Doscientos años de ida y vuelta?”, en: ORDUÑA REBOLLO, E., *Secretarios, Interventores...*, *op.cit.*, p. 502.

MONCADA LORENZO, A. (1959), “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, *Revista de administración pública*, núm. 28, p. 51-118.

MONSALVO ANTON, J. M. (1990), “La sociedad política en los concejos castellanos de la Meseta durante la época del regimiento medieval. La distribución social del poder”, en: *Concejos y ciudades en la Edad Media Hispánica: II congreso de estudios medievales*, Madrid: Fundación Sánchez Albornoz, p. 357-413.

MONTAGUT CONTRERAS, E. (27 de febrero de 2016), “Los Ayuntamientos en la época liberal”, *nuevatribuna.es*, <https://nuevatribuna.publico.es/articulo/historia/Ayuntamientos-espana-liberal/20160227185330125875.html>.

MONTILLA MARTOS, J. A. (2018), *La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo*, *Revista de Derecho Político*, núm. 101, p. 573-605.

MORA RUIZ, M. (8 de abril de 2021), “Jurisprudencia al día. Tribunal Supremo. Comunidad Valenciana. Energía eléctrica. Impuestos”, *actualidadjuridicaambiental.com*, <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/author/mmoraruiz/>

MOREL OCAÑA, L. (1993), *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública*, Madrid: Civitas.

- (1982), “La figura del alcalde en el derecho local español”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 1, p. 261-291.
- (2000), “Situación y perspectivas de los funcionarios de la Administración local con Habilitación Nacional”, *justicia administrativa: Revista de Derecho administrativo*, núm. Extra 1, p. 207-230.
- (2001), “Comentario a la sentencia de 5-10-2000 dictada en el recurso de inconstitucionalidad sobre el sistema de libre designación en los puestos de trabajo destinados a los habilitados nacionales”, *CUNAL*, núm. 47, p. 78-86.

MORILLO-VELARDE, J. I. (1977), “El Alcalde en la Administración Española”, *Instituto García Oviado*, Universidad de Sevilla: Secretariado de Publicaciones, p. 12.

MOZO SEOANE, A. (2017), *Manual de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: Reus, p. 12.

MUÑOZ MACHADO, S. (1984), *Derecho Público de las CCAA*, Vol. II. Madrid: Civitas, p. 236-247.

- (2015), *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, p. 226.

NAVAJAS REBOLLAR, M. (2018), “El estatuto jurídico de la denuncia administrativa: la introducción del programa de clemencia en el procedimiento administrativo sancionador”, en: HUERGO LORA, A., *Problemas actuales del Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Iustel. p. 334 y 335.

NAVARRO GONZÁLEZ, R. (2021), “La atribución de las potestades administrativas”, en: GAMERO CASADO, E., *La potestad administrativa, op.cit.*

NETTEL BARRERA, A. C. (2013), *Obligación de Resolver, Silencio Administrativo y Responsabilidad Patrimonial por Inactividad*, Madrid: Atelier.

NIETO GARCÍA, A. (1966), “Los orígenes de lo Contencioso-Administrativo en España”, *Revista de administración pública*, núm. 50, p. 27-50.

- (1986), “La inactividad material de la Administración: veinticinco años después”, *Documentación Administrativa*, núm. 208, p. 11- 64.
- (1988), “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las entidades locales”, *Revista de administración pública*, núm. 115, p. 7-26.
- (1991), “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991), *Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, Vol. 3, p. 2189.
- (1993), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, p. 45.
- (1999), “La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998” *Revista de Derecho administrativo*, núm. 1, p. 45-64.
- (2008), *El desgobierno de lo público*, Barcelona: Ariel, p. 341
- (2012), *Derecho administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, p. 267.

NIETO GARRDIO, E. M. (2018), *El estatuto constitucional de los entes locales*, Pamplona: Aranzadi, p. 55.

NOGUEIRA LOPEZ, A. (2012), *La administración comprobadora: Defensa de los intereses generales y garantías de los ciudadanos*, Madrid: Thomson Reuters.

Novísima recopilación de las leyes de España (1831), Libro VII, Título III, Paris: Rosa, Librero, Cité Bergere, p. 288.

NÚÑEZ GÓMEZ, T. D., TOLIVAR ALAS, L. (2008), *El escenario jurídico del teatro*, Oviedo: Universidad de Oviedo.

NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2011), “Aproximación al régimen jurídico de las declaraciones responsables y comunicaciones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 317, p. 107-123.

NÚÑEZ RIVERO, C., GARCÍA ARANDA, S. (2010), “La autonomía local en los orígenes del constitucionalismo español (1808-1873)”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 7.

OLIVÁN, A. (1954), *De la administración pública con relación a España*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

ORDINE, N. (2013), “*La utilidad de lo inútil*”, Barcelona: Acantilado.

ORDUÑA REBOLLO, E. (1997), *Intendentes e intendencias*, Madrid: Tres Américas.

- (2005), *Historia del municipalismo español*, Madrid: Iustel.
- (2012), *Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local. 200 años al servicio de la ciudadanía*, Madrid: Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local, p. 309, 320, 333, 335.

ORTEGA MONTORO, R. J. (5 de marzo de 2010), “¿Pero el Secretario del Ayuntamiento es realmente Controlador de la Legalidad?”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/%c2%bfpero-el-Secretario-del-Ayuntamiento-es-realmente-controlador-de-la-legalidad/>.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, M. (1842 -1843), *Elementos del Derecho Administrativo*, Granada: Imp. y librería de Sanz.

ORWELL, G. (2021), *1984*, Madrid: Debolsillo, p. 68.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. (1972), “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, *Revista de administración pública*, núm. 67, p. 48-50.

- (1999), *Derecho Administrativo*, Vol. 1, Barcelona: Marcial Pons, p. 492 y ss.
- (2007), “La segunda descentralización: del estado autonómico al municipal”. *Revista de Administración Pública*, núm. 172, p. 65.
- (2007), *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Madrid: Marcial Pons.
- (2008), *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Barcelona: Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO, L. (1986), “La autonomía local”, *REALA*, núm. 229, p. 9-64.

- (1989), “La eficacia como principio jurídico de la acción administrativa”, *Documentación Administrativa*, núm. 218-219.

PARRAMÓN BREGOLAT, L., ROCA SAFONT, Ó. (2020), “Alertadores de la corrupción, canales de denuncia y cultura de la integridad”, en: SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M. (2020), *Compliance en el sector público*, Navarra: Aranzadi.

PASO Y DELGADO, N. (1889), *Teoría de los procedimientos Contencioso-Administrativos*, Madrid: El Progreso, p. 9.

PAZ TABOADA, M. (2004), “La consumación del golpe de gracia a la secretaría municipal: en puertas de una extinción”, *El consultor de los Ayuntamientos y los juzgados*, núm. 21, p. 3525-3535.

PEMÁN GAVÍN, J. (2013), “La función inspectora. Conclusiones” en: J. TEJEDOR BIELSA (2013), *La función inspectora, op.cit.*

PÉREZ FRANCESCH, J. L. (2007), “Disolución de los Ayuntamientos en España y Corrupción Sistémica Aproximación al «Caso Marbella» y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria”, *Revista de estudios de Administración local y autonómica*, núm. 35.

PÉREZ LUÑO, A. E. (1981) “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Anuario de Derechos Humanos*, Tomo I.

PÉREZ LUQUE, A. (1996), “¿Son los Funcionarios Locales Servidores de los Políticos Locales?”, *EL CONSULTOR*, núm. 12.

- (2005), “De algunas cuestiones de las notificaciones y certificaciones de los Secretarios de Administración local”, *El consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm 6, p. 941-957.
- (2005), *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo de las corporaciones locales*, Madrid: El consultor de los Ayuntamientos.

PÉREZ RODRÍGUEZ, C. (2015), “El alcalde del liberalismo moderado, teoría y práctica”, *Reala*, núm. 3.

PÉREZ SALAS, F. (2010) “De la discrecionalidad técnica en el acceso al empleo público”, *Cemci*, núm. 8.

PLATÓN (2011), *Apología de Sócrates: Critón: Carta VII*, trad. LÓPEZ CASTELLÓN, E., Barcelona: S.L.U. Espasa Libros.

PLEITE GUADAMILLAS, F. (2018). “La desidia administrativa: entre la inactividad y el silencio”. *Actualidad administrativa*, núm. 1.

PONS CÁNOVAS, F. (2002), *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid: Marcial Pons.

PORTA PEGO, B. (2006), *Mercados minoristas municipales: régimen jurídico-administrativo*. Barcelona: Atelier, p. 389.

POSADA HERRERA, J. (1845), *Lecciones de administración*, Madrid: Imprenta de la Sociedad de Operarios del mismo Arte.

- (1995), *Estudios sobre beneficencia pública*, Universidad de Oviedo: Servicio de publicaciones, p. 24.
- (1996), *Lecciones de administración del Sr. D. José Posada Herrera*, Universidad de Oviedo, p. 139.

POSADA, A. (2013), “Manual de instrucciones y buenas prácticas de los tribunales de selección”, *Instituto Asturiano de Administración Pública*.

PRATS I CATALÁ, J. (1998), “Servicio civil y gobernabilidad democrática”, *RIAP*, núm. 1, p. 21-68.

PRIETO SANCHÍS, L. (2013), *Sobre principios y normas*, Lima: Palestra Editores, p. 49.

- (2016), *Apuntes sobre teoría del derecho*, Madrid: Trotta.

PULIDO QUECEDO, M. (2010), *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: y la modificación de la legislación de contratos públicos y de la jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, Navarra: Aranzadi.

QUESADA LUMBRERAS, J. E. (2011), “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”, *REALA*, núm. 317, p. 143-173.

QUINTANA LÓPEZ, T. (1987), *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Madrid: Civitas.

- (2013), *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016), *Manual básico de derecho urbanístico de Castilla y León*, Madrid: Tirant lo Blanch.

QUINTANA LOPEZ, T., CASARES MARCOS, A. B. (2012), *Silencio administrativo estudio general y procedimientos sectoriales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2013), *Legislación de costas*, Madrid: Tirant lo Blanch.
- (2014), *Ley de evaluación ambiental: Ley 21-2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tirant lo Blanch.

QUINTANA LÓPEZ, T., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., CASARES MARCOS, A. B. (2020), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Madrid: Tirant lo Blanch.

QUINTANA LÓPEZ, T., GÓMEZ PUENTE, M. (2006), *El silencio administrativo urbanismo y medio ambiente*, Barcelona: Tirant lo Blanch, p. 31.

QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *Pequeña historia penal de España*, Madrid: Iustel, p. 22.

RABANILLO, M. (26 de octubre de 2021), “Esteve asegura que la despoblación en los pequeños municipios es «inevitable»”, *diariodeleon.es*, <https://www.diariodeleon.es/articulo/provincia/esteve-asegura-que-despoblacion-pequenos-municipios-es-inevitable-deberian-aplicarse-politicas-activas-generacion-empleo-atraer-jovenes/202110261349522158011.html>

RAJEVIC MOSLER, E. (2018), “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno español: un custodio desarmado”, en: PAREJO ALFONSO, L., VAQUER CABALLERÍA, M., MORENO MOLINA, A. M., DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, capítulo 2, p. 1441-1470.

RAMIÓ MATAS, C. (2008), “El modelo directivo en las entidades locales”, *Revista internacional de organizaciones*, núm. 1, p. 98.

- (2014), “Dirección pública: modelo gerencial versus modelo institucional inteligente. El rol de los habilitados nacionales”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 169, p. 192-221.

- (20 de septiembre de 2019), “La relación entre políticos y funcionarios”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-relacion-entre-politicos-y-funcionarios/>

RANELETTI, O. (1908), “La polizia di sicurezza”, en: V. E. Orlando, *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano de Orlando*, Milano: Società Editrice Libreria, Milano, p. 262-263.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed.

Real Cédula de Sm. y señores del consejo de 15 de mayo de 1788 en que se aprueba la instrucción inserta de lo que deberán observar los Corregidores y alcaldes mayores del reino (1788), Madrid: Imprenta de don Pedro Marín.

REBOLLO PUIG, M. (1989), *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid: INAP.

- (1999), “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, núm. 54, p. 247-282.
- (2013), “La actividad inspectora”, en J. J. Díez Sánchez, *Función Inspectora*, Madrid: INAP, p. 55.
- (2019), “Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 6, p. 50-51.

REGO BLANCO, D. (2006), “Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o Contencioso interadministrativo?”, *Reala*, núm. 300-301, p. 541-564.

RIDRUEJO RODRÍGUEZ, G., JIMENEZ RIUS, P., JUEGA CUESTA, J. (2019), *Novedades del control interno local*, Madrid: Francis y Taylor.

RIVERO ORTEGA, R. (2000), *El estado Vigilante*, Madrid: Tecnos, p. 28-29.

- (2011), “Autonomía local y competencias: castilla y león en el escenario previo al pacto local”, *Revista De Estudios De La Administración local Y Autonómica*, p. 286-287.
- (2012), “La evolución histórica de los servicios públicos locales y el papel de los habilitados desde la Constitución de Cádiz hasta nuestros días”, en: ORDUÑA REBOLLO, E., *Secretarios, Interventores...*, *op.cit.* p. 502.
- RIVERO ORTEGA, R. (2020), *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Madrid: IUSTEL.

RODRÍGUEZ BARDAL, M. (24 de mayo de 2019), “La figura de los representantes de la administración”, *El consultor de los Ayuntamientos*, Doctrina.

- (2020), “Síntesis de las retribuciones de los corporativos locales. El fraude de ley y la autonomía local”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 5.

RODRÍGUEZ BARDAL, M. E., AGUADO BARRIALES, F. (junio de 2020), “La proliferación de los bandos en el estado de Alarma”, *elconsultor.laley.es*, <https://elconsultor.laley.es/Content/DocumentoRevEC.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbENcTYAARNjcwMztbz8lNQOF2fb0ryU1LTmVnQUtbLUosy0Spf85JDKglTbkqLSVLXUpPz8bBR9AAfFomdIAAAWKE>.

RODRÍGUEZ GIL, M. (1990), “Notas para una teoría general de la vertebración jurídica de los concejos en la Alta Edad Media”, en: *Concejos y ciudades en la Edad Media Hispánica: II congreso de estudios medievales*, Madrid: Fundación Sánchez Albornoz, p. 321-345.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, C. (2016), “Hacia una Teoría general de la potestad administrativa sancionadora: Soluciones en el Derecho Alemán”, *Gabilex*, núm. 7.

RODRÍGUEZ, A. (27 de enero de 2021), “La Junta prepara un proyecto de ley para luchar contra el cambio climático”, *diariodeleon.es*, <https://www.diariodeleon.es/articulo/provincia/junta-prepara-proyecto-ley-luchar-cambio-climatico/202001250235481980188.html>

ROSELLÓ VILA, A. (10 de enero de 2020), “La interposición del Recurso Contencioso Administrativo interrumpe la prescripción de la infracción”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-interposicion-del-recurso-Contencioso-Administrativo-interrumpe-la-prescripcion-de-la-infraccion/>

ROSSI IZQUIERO, R. (2021, 4 febrero). *Límites a la facultad discrecional de la Administración en la incoación de expedientes sancionadores*. <https://Contenciosos.com/sancionador/limites-a-la-facultad-discrecional-de-la-administracion-en-la-incoacion-de-expedientes-sancionadores/>

ROUSSEAU, J. J. (2013), *El contrato social*, Barcelona: Plutón, p. 29.

RUIZ CERDÁ, J. (1970), “Hombres buenos, jurados y regidores en los municipios castellanos de la Baja Edad Media”, en: *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

RUIZ CHECA, A. (2015), “El ejercicio de las funciones reservadas en los pequeños municipios. Algunas peculiaridades”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 182, p. 316-335.

RUIZ DEL CASTILLO Y DE NAVASCUÉS, C. E. (1962), *La Administración local en Francia*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración local, p. 83.

SALA ATIENZA, P. (2016), *Las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid: Aranzadi.

SALANOVA ALCALDE, R. (2011), “Regímenes municipales especiales”, *Administración local*, estudios en homenaje a Ángel Ballesteros, p. 397.

SALAT PAISAL, M. (2019), “El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal”, *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 51, p. 4 y ss.

SALVADOR CRESPO, M. (2007), *La autonomía provincial en el sistema constitucional español*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 85-119.

SAN MIGUEL ARRIBAS, L. (1952), *La inspección del trabajo*, Tomo III, Madrid: Centro de estudios constitucionales.

- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. (1956), *España: un enigma histórico*, Barcelona: Edhasa.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019), *Derecho de la función pública*, Madrid: Tecnos, p. 340 y ss.
- (2020), “«Libre» designación y «libre» cese en la función pública. Los límites de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 211, p. 13-35.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, R. M. (2020), “Sistemas de compliance y canales de denuncias en la administración pública. Una referencia al Ayuntamiento de Barcelona y su buzón ético y de buen gobierno”, *La Ley. Compliance Penal*, núm. 2.
- SANTAMARIA PASTOR, J. A. (1991), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, p. 249.
- (2009), *Principios del del Derecho administrativo General*, Madrid: Iustel, p. 380.
- SANTAYANA BUSTILLO, L., TOMÁS Y VALIENTE, F. (1979), *Gobierno político de los pueblos de España, y Corregidor, alcalde y Juez en ellos*, Madrid: IEAL, p. 154.
- SANZ RUBIALES, I. (1997), *Los vertidos en aguas subterráneas*, Madrid. Marcial Pons, p. 84.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003), *Teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.
- SCHMITT, C. (2006), *Teoría de la constitución*, España: Alianza.
- (2014), *El Concepto de lo político*, España: Alianza.
- SEGURA MUNGUÍA, S. (2013), *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Bilbao: Universidad de Deusto.
- SERRANO FERRER, M. E. (31 de Julio de 2007), “Los Tribunales de Selección tras el Estatuto Básico. La Discrecionalidad Técnica”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/los-tribunales-de-seleccion-tras-el-estatuto-basico-la-discrecionalidad-tecnica/>
- SERRANO PASCUAL, A. (2003), “El sistema de fuentes de las entidades locales”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 2, p. 7-41.
- (2009), “El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal”, *Cuadernos de derecho local*, núm. 19, p. 98-125, citado en: E. ÁVILA CANO (2012), *Habilitación estatal...*, *op.cit.*
- SILVELA DE LE VIELLENZE, F. (2010), *Discursos del Excmo. Sr. D. Francisco Silvela: Pronunciados En El Congreso de Los Diputados (1898)*, Kessinger Publishing.
- SOLÓN RUDA, A. (2019), *Breve Historia del Derecho penal y de la Criminología*, Barcelona: Bosch.
- SOSA WAGNER, F. (1989), “La autonomía local”, *REALA*, núm. 240, p. 1.663-1.634.
- (1991), “Del poder judicial, organización territorial del Estado”, en: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1991), *Estudios sobre la Constitución española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid: Civitas, Vol. 4, p. 3185-3226.

- (1997), “Los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional: una reflexión desde la historia”, *CUNAL*, núm. Extraordinario 1, p. 10-23.
- (1997), *La construcción del Estado y del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- (1997), *Manual de derecho local*, Madrid: Tecnos.
- (2001), *La construcción del Estado y del Derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- (2001), *Manual de derecho local*, Navarra: Aranzadi.
- (2002), *Maestros Alemanes del Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, p. 77 y ss.
- (2008), *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Madrid: Marcial Pons, p. 33.
- (2009), *Juristas en la Segunda República*, Barcelona: Marcial Pons, p. 25.
- (18 de febrero de 2019), “La autonomía local ¿entre las garras europeas?”, *administracionpublica.com*, <https://www.administracionpublica.com/la-autonomia-local-entre-las-garras-europeas/>

SOSA WAGNER, F., QUINTANA LÓPEZ, T., TOLIVAR ALAS, L., FUERTES LÓPEZ, M. (1998), *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas*, Madrid: Aranzadi.

SULLEIRO, P. (1966), *Puntos fundamentales para la reforma del cuerpo nacional de Secretarios de Administración local*, Madrid: Municipalia, p. 109.

TARDÍO PARTO, J. (2003), “El principio de especialidad normativa y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *Revista de administración pública*, núm. 162.

TAYLOR, P. E. (1960), *Economía de la hacienda pública*, Madrid: AGUILAR, p. 65.

TEJEDOR BIELSA, J. (2013), “La función inspectora”, en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *Función Inspectora*, Madrid: INAP, p. 130.

TOLIVAR ALAS, L. (1989), “Las sanciones administrativas y la despenalización de faltas contra el régimen de las poblaciones”, *Reala*, núm. 242.

- (2008), *Ayuntamientos, Registro Civil y Municipalismo Funerario*, Madrid: Iustel.

TOLIVAR ALAS, L., CUETO PÉREZ, M. (2020), *La prestación de servicios socio-sanitarios: nuevo marco de la contratación pública*, Madrid: Tirant lo Blanch.

TOLIVAR ALAS, L., PUNSET BLANCO, R. (2020), *España: El federalismo necesario*, Madrid: Reus.

TORNOS MÁZ, J. (1987), “La reforma de la Administración local en Italia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 112, p. 359-380.

TORRES AGILAR, M. (1992), “El control de los oficiales públicos en la castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del derecho romano”, *RAP*, núm.128, p. 171-184.

TORRES ROSELL, N. (2006), “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: estudio empírico sobre su aplicación en Lleida”, *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. 17, p. 279-312.

TOSCANA SANTAMANS, E. (2008), *Secretarios municipales y construcción del Estado liberal en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.

TRABAGLIA, J. I. (2020), *Discrecionalidad administrativa. Permisión racionalidad arbitraria y teoría de la decisión*, Madrid: OLEJNIK, p. 15.

TSCHUSCHKE GUERRA, A. (2004), “Conocimiento de infracción a través de medios de captación y reproducción de imágenes y su validez para incoar el procedimiento sancionador”, *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 70, p. 21

VALERIOLA RIMBAUD, T. (1977), *Idea general de la policía o tratado de Policía*, Madrid: IEA.

VANDELLI, L. (2006), *Alcaldes y Mitos. Sísifo, Tántalo Y Damocles en la Administración Local*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 19 - 21.

VARELA ORTEGA, J. (2001), *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Madrid: Marcial Pons.

VELASCO CABALLERO, F. (1998), *La información administrativa al público*, Madrid: Montecorvo.

- (2008), “El estado de la autonomía local en 2007”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 1, p. 21-56.
- (2009), *Derecho local. Sistema de Fuentes*, Barcelona: Marcial Pons, p. 27-28.
- (18 de julio de 2021), “Dice el Tribunal Supremo que el ROF puede contener normas básicas. ¿Pero no habíamos quedado en que las normas básicas deben tener forma de ley?”, *franciscovelascocaballeroblog*, <https://franciscovelascocaballeroblog-wordpress-com.cdn.ampproject.org/c/s/franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2021/07/18/dice-el-tribunal-supremo-que-el-rof-puede-contener-normas-basicas-pero-no-habiamos-quedado-en-que-las-normas-basicas-deben-tener-forma-de-ley/amp/>

VERA TORRECILLAS, R. J. (2009), “Algunas consideraciones sobre la reforma de los sistemas de acceso y provisión de puestos de los funcionarios locales de Habilitación Estatal tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 12, p. 1743-1761.

VICENTE Y GUERRERO, G. (2003), *El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)*, España: Instituto de Estudios Altoaragoneses.

VIEJO, M. (3 de marzo de 2018), “La venganza de Tristán, el jubilado que denunció a 800 vecinos de Salamanca”, *El País*.

VILALTA I REIXACH, M., FONT I LLOVET, T. (2020), “La carta europea de autonomía local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 1.

VILLA PALASÍ, J. L. (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Madrid: IEP.

VILLALBA CASA, J. J. (16 de marzo de 2010), “*Las diputaciones provinciales de castilla y león y la protección de la legalidad urbanística*”, texto de la ponencia presentada en la jornada de estudio sobre la asistencia a municipios, *El papel de las Diputaciones en materia de colaboración y asistencia a los Ayuntamientos: urbanismo, medio ambiente y accesibilidad*, organizada por el Procurador del Común de Castilla y León, en la ciudad de León.

VILLAREJO GALENDE, H. (1999), *Régimen jurídico de los horarios comerciales*, Madrid: Comares.

- (2008), *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Madrid: Comares.
- (2009), *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada: Comares.

VV. AA. (1939), *Nuovo Digesto Italiano*, tomo VI, Roma: Libreria Antiquaria Giulio Cesare, p. 316-321.

ZAFRA VÍCTOR, M. (2020), *La autonomía local en una constitución reformada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 248-249.

ZANOBINI, G. (2020), “Curso de Derecho administrativo”, Chile: Olegnik.

ZARATIEGUI LABIANO, J. M. (2020), *La tecnocracia y su introducción en España*, Valladolid: Universidad de Valladolid.

JURISPRUDENCIA

ATC

- ATC 58/1992, de 2 de marzo (TC:1992:58A)
- ATC 61/1983, de 16 de febrero (TC:1983:61A)
- ATC 171/1989, de 3 de abril (TC:1989:171A)
- ATC 198/1991, de 1 de julio (TC:1991:198A)
- ATC 223/1993, de 9 de julio (TC:1993:223A)
- ATC 272/1985, 24 de abril (TC:1985:272A)
- ATC 333/1993, 10 de noviembre (TC:1993:333A)
- ATC 349/1988, de 16 de marzo (TC:1988:349A)
- ATC 76/1980, de 29 de octubre (TC:1980:76A)
- ATC 290/2004, de 19 de julio (TC:2004:290A)

SJCA

- SJCA de Barcelona de 6 de noviembre de 2015 (JCA:2015:2364)
- SJCA de Lugo de 28 de diciembre de 2020 (JCA:2020:2621)
- SJCA de Madrid de 1 de julio de 2013 (JCA:2013:1698)
- SJCA de Soria de 31 de julio de 2017 (JCA:2017:1054)
- SJCA de Zamora de 20 de octubre de 2021 (N. 264/2021)

STC

- STC 1/1982 de 28 de febrero (TC:1982:1)
- STC 3/1988, de 21 de enero (TC:1988:3)
- STC 4/1981, de 2 de febrero (TC:1981:4)
- STC 6/1982, de 22 de febrero (TC:1982:6)
- STC 6/1994, de 17 de enero (TC:1994:6)
- STC 6/2016, de 21 de enero (TC:2016:6)
- STC 10/2002, de 17 de enero (TC:2002:10)
- STC 11/1989, de 24 de enero (TC:1989:11)
- STC 11/1999, de 11 de febrero (TC:1999:11)
- STC 13/1988, de 4 de febrero (TC:1988:13)
- STC 14/1981, de 29 de abril (TC:1981:14)
- STC 14/1992, de 10 de febrero (TC:1992:14)
- STC 14/2004, de 13 de febrero (TC:2004:14)
- STC 15/1989, de 26 de enero (TC:1989:15)
- STC 16/2004, de 23 de febrero (TC:2004:16)
- STC 17/1989, de 30 de enero (TC:1989:17)
- STC 18/1981, de 8 de junio (TC:1981:18)
- STC 18/2011, de 3 de marzo (TC:2011:18)
- STC 22/1984, de 17 de febrero (TC:1984:22)
- STC 23/1981, de 10 de julio (TC:1981:23)
- STC 23/1995, de 30 de enero (TC:1995:23)
- STC 25/1983, de 7 de abril (TC:1983:25)
- STC 26/1987, de 27 de febrero (TC:1987:26)
- STC 26/2005, de 14 de febrero (TC:2005:26)

- STC 27/1987, de 27 de febrero (TC:1987:27)
- STC 31/2010, de 28 de junio (TC:2010:31)
- STC 32/1981, de 28 de julio (TC:1981:32)
- STC 34/1981, de 10 de noviembre (TC:1981:34)
- STC 34/1995, de 6 de febrero (TC:1995:34)
- STC 35/1982, de 14 de junio (TC:1982:35)
- STC 36/1994, de 10 de febrero (TC:1994:36)
- STC 37/1981, de 16 de noviembre (TC:1981:37)
- STC 37/2002, de 14 de febrero (TC:2002:37)
- STC 37/2003, de 25 de febrero (TC:2003:37)
- STC 39/2016, de 3 de marzo (TC:2016:39)
- STC 41/2016, de 3 de marzo (TC:2016:41)
- STC 44/2017, de 27 de abril (TC:2017:44)
- STC 45/2017, de 27 de abril (TC:2017:45)
- STC 46/1992, de 2 de abril (TC:1992:46)
- STC 48/1988, de 22 de marzo (TC:1988:48)
- STC 48/2004, de 25 de marzo (TC:2004:48)
- STC 49/1982, de 14 de julio (TC:1982:49)
- STC 51/2017, de 10 de mayo (TC:2017:51)
- STC 54/2005, de 14 de marzo (TC:2005:54)
- STC 54/2017, de 11 de mayo (TC:2017:54)
- STC 55/2018, de 24 de mayo (TC:2018:55)
- STC 61/1990, de 29 de marzo (TC:1990:61)
- STC 61/1997, de 20 de marzo (TC:1997:61)
- STC 61/2013, de 14 de marzo (TC:2013:61)
- STC 62/1985, de 10 de mayo (TC:1985:62)
- STC 65/1982, de 10 de noviembre (TC:1982:65)
- STC 66/1984, de 6 de junio (TC:1984:66)
- STC 69/1988, de 19 de abril (TC:1988:69)
- STC 69/1999, de 26 de abril (TC:1999:69)
- STC 71/1982, de 30 de noviembre (TC:1982:71)
- STC 73/2003, de 23 de abril (TC:2003:73)
- STC 75/1983, de 3 de agosto (TC:1983:75)
- STC 76/1983, de 5 de agosto (TC:1983:76)
- STC 76/1986, de 9 de junio (TC:1986:76)
- STC 76/1990, de 26 de abril (TC:1990:76)
- STC 76/1992, de 14 de mayo (TC:1992:76)
- STC 77/1983, de 3 de octubre (TC:1983:77)
- STC 77/1985, de 27 de junio (TC:1985:77)
- STC 78/1996, de 20 de mayo (TC:1996:78)
- STC 80/2002, de 8 de abril (TC:2002:80)
- STC 82/1982, de 21 de diciembre (TC:1982:82)
- STC 83/1984, de 24 de julio (TC:1984:83)
- STC 84/1982, de 23 de diciembre (TC:1982:84)
- STC 85/1983, de 25 de octubre (TC:1983:85)
- STC 86/1988, de 3 de mayo (TC:1988:86)
- STC 87/1985, de 16 de julio (TC:1985:87)
- STC 91/2005, de 18 de abril (TC:2005:91)
- STC 93/1995, de 19 de junio (TC:1995:93)
- STC 95/2014, de 12 de junio (TC:2014:95)

- STC 96/1990, de 24 de mayo (TC:1990:96)
- STC 96/1996, de 30 de mayo (TC:1996:96)
- STC 96/1997, de 19 de mayo (TC:1997:96)
- STC 98/1990, de 24 de mayo (TC:1990:98)
- STC 100/2019, de 18 de julio (TC:2019:100)
- STC 102/1995, de 26 de junio (TC:1995:102)
- STC 103/2013, de 25 de abril (TC:2013:103)
- STC 106/2019, de 19 de septiembre (TC:2019:106)
- STC 107/1985, de 7 de octubre (TC:1985:107)
- STC 107/2017, de 21 de septiembre (TC:2017:107)
- STC 109/1998, de 21 de mayo (TC:1998:109)
- STC 110/2018, de 17 de octubre (TC:2018:110)
- STC 111/2016, de 9 de junio (TC:2016:111)
- STC 119/2001, de 24 de mayo (TC:2001:119)
- STC 121/2012, de 5 de junio (TC:2012:121)
- STC 124/2003, de 19 de junio (TC:2003:124)
- STC 132/2001, de 8 de junio (TC:2001:132)
- STC 132/2012, de 19 de junio (TC:2012:132)
- STC 136/1995, de 25 de septiembre (TC:1995:136)
- STC 137/1985, de 17 de octubre (TC:1985:137)
- STC 142/1988, de 12 de junio (TC:1988:142)
- STC 143/2013, de 11 de julio (TC:2013:143)
- STC 145/1988, de 12 de julio (TC:1988:145)
- STC 145/2004, de 13 de septiembre (TC:2004:145)
- STC 147/1991, de 4 de julio (TC:1991:147)
- STC 148/1991, de 4 de julio (TC:1991:148)
- STC 149/1991, de 4 de julio (TC:1991:149)
- STC 150/2011, de 29 de septiembre (TC:2011:150)
- STC 151/1991, de 8 de julio (TC:1991:151)
- STC 151/1999, de 14 de septiembre (TC:1999:151)
- STC 154/2015, de 9 de julio (TC:2015:154)
- STC 156/1995, de 26 de octubre (TC:1995:156)
- STC 159/1990, de 18 de octubre (TC:1990:159)
- STC 159/2001, de 5 de julio (TC:2001:159)
- STC 159/2021, de 16 de septiembre (TC:2021:159)
- STC 161/2003, de 15 de septiembre (TC:2003:161)
- STC 164/1988, de 26 de septiembre (TC:1988:164)
- STC 165/1986, de 18 de diciembre (TC:1986:165)
- STC 168/2016, de 6 de octubre (TC:2016:168)
- STC 171/1996, de 30 de octubre (TC:1996:171)
- STC 173/2004, de 18 de octubre (TC:2004:173)
- STC 178/1989, de 2 de noviembre (TC:1989:178)
- STC 178/2019, de 18 de diciembre (TC:2019:178)
- STC 180/2016, de 20 de octubre (TC:2016:180)
- STC 182/1990, de 15 de noviembre (TC:1990:182)
- STC 190/1991, de 14 de octubre (TC:1991:190)
- STC 190/2001, de 1 de octubre (TC:2001:190)
- STC 193/1987, de 9 de diciembre (TC:1987:193)
- STC 196/1990, de 29 de noviembre (TC:1990:196)
- STC 196/1996, de 28 de noviembre (TC:1996:196)

- STC 213/1988, de 11 de noviembre (TC:1988:213)
- STC 214/1989, de 21 de diciembre (TC:1989:214)
- STC 219/1988, de 22 de noviembre TC:1988:219
- STC 219/1989, de 21 de diciembre (TC:1989:219)
- STC 221/1992, de 11 de diciembre (TC:1992:221)
- STC 227/1988, de 29 de noviembre (TC:1988:227)
- STC 234/1991, de 10 de diciembre (TC:1991:234)
- STC 235/1999, de 20 de diciembre (TC:1999:235)
- STC 235/2000, de 5 de octubre (TC:2000:235)
- STC 238/1988, de 13 de diciembre (TC:1988:238)
- STC 240/2006, de 20 de julio (TC:2006:240)
- STC 259/1988, de 22 de diciembre (TC:1988:259)
- STC 293/1993, de 18 de octubre (TC:1993:293)
- STC 385/1993, de 23 de diciembre (TC:1993:385)
- STC de 26 de octubre de 2021 cuestión de inconstitucionalidad núm. 4433-2020.

STS

- STS de 1 de febrero de 2006 (TS:2020:598)
- STS de 1 de marzo de 2013 (TS:2013:948)
- STS de 1 de octubre de 1991 RJ 1991\7639
- STS de 2 de julio de 2009 (TS:2009:4577)
- STS de 2 de noviembre de 1972 Ar. 4678. Suárez Manteola.
- STS de 2 de noviembre de 1990 RJ 1991\1317
- STS de 2 de noviembre de 1994 (TS:1994:19836)
- STS de 3 de junio de 1981 RJ 1981\2508
- STS de 3 de mayo de 1998 Ar. 3745.
- STS de 3 de noviembre de 2011 (TS:2011:7798)
- STS de 3 de noviembre de 1994 RJ 1994\8986
- STS de 4 de abril de 2005 (TS:2005:1973)
- STS de 4 de diciembre de 2019 (TS:2019:3874)
- STS de 4 de julio de 1989 RJ 1989\5246
- STS de 4 de mayo de 2001 (TS:2001:3659)
- STS de 4 de octubre de 1996 RJ 1996\7413
- STS de 5 de abril de 2000 (TS:2000:2803)
- STS de 5 de febrero de 1999 (TS:1999:695)
- STS de 5 de julio de 2012 (TS:2012:5617)
- STS de 5 de junio de 1998 (TS:1998:3673)
- STS de 5 de junio de 2018 (TS:2018:2179)
- STS de 5 de marzo de 1979 RJ 1979\861
- STS de 5 de mayo de 1998 (TS:1998:2843)
- STS de 6 de febrero de 2001 (TS:2001:751)
- STS de 6 de marzo de 2000 RJ 2000\7048
- STS de 6 de noviembre de 1995 (TS:1995:5509)
- STS de 6 de noviembre de 2008 (TS:2008:7335)
- STS de 7 de diciembre de 2011 (TS:2011:8883)
- STS de 7 de noviembre de 1984 RJ 1984\5386
- STS de 8 de abril de 1997 (TS:1997:2438)
- STS de 8 de enero de 2013 (TS:2013:52)
- STS de 8 de marzo de 2000 (TS:2000:1866)

- STS de 9 de febrero de 1972 Ar. 876. Mendizábal.
- STS de 9 de febrero de 1993 (TS:1993:527)
- STS de 9 de febrero de 2010 (TS:2010:1091)
- STS de 9 de julio de 2012 (TS:2012:5418)
- STS de 9 de junio de 1992 RJ 1992\4797
- STS de 10 de diciembre de 2002 (TS:2002:8278)
- STS de 10 de diciembre de 2020 (TS:2020:4194)
- STS de 10 de febrero de 1986 (TS:1986:10349)
- STS de 10 de junio de 1985 RJ 1985\3567
- STS de 10 de octubre de 2019 (TS:2019:3286)
- STS de 11 de abril de 1981 (TS:1981:1483)
- STS de 11 de febrero de 2008 (TS:2008:424)
- STS de 11 de julio de 1997 (TS:1997:4962)
- STS de 12 de abril de 2016 (TS:2016:1599)
- STS de 12 de julio de 2010 (TS:2010:4492)
- STS de 12 de marzo de 2008 (TS:2008:897)
- STS de 13 de febrero de 1985 RJ 1985\102813
- STS de 13 de marzo de 1985 (TS:1985:2093)
- STS de 13 de mayo de 1988 Ar. 3745
- STS de 14 de diciembre de 2007 (TS:2007:8557)
- STS de 14 de enero de 1994 (TS:1994:43)
- STS de 14 de junio de 1989 (TS:1989:3565)
- STS de 14 de junio de 2019 (TS:2019:2093)
- STS de 14 de marzo de 2001 RJ 2001\2298
- STS de 14 de octubre 2019 (TS:2019:2997)
- STS de 14 de octubre de 2002 (TS:2002:6726)
- STS de 14 de octubre de 2020 (TS:2020:3183)
- STS de 14 de noviembre de 2007 (TS:2007:7850)
- STS de 15 de abril de 1983 RJ 1983\2812
- STS de 15 de abril de 1988 (TS:1988:2663)
- STS de 15 de diciembre de 1993 RJ 1994\1069
- STS de 15 de noviembre de 2000 (TS:2000:8336)
- STS de 16 de abril de 2002 RJ 2002\6834
- STS de 16 de diciembre de 1975 Ar. 5020. Suárez Manteola.
- STS de 16 de diciembre de 1986 RJ 1986\7160
- STS de 16 de diciembre de 1993 (TS:1993:8839)
- STS de 16 de diciembre de 2019 (TS:2019:4063)
- STS de 16 de julio de 1998 (TS:1998:4784)
- STS de 16 de octubre de 1999 RJ 1999\8641
- STS de 16 de septiembre de 2013 (TS:2013:4502)
- STS de 17 de diciembre de 1988 (TS:1988:8887)
- STS de 17 de febrero de 2004 (TS:2004:1007)
- STS de 17 de julio de 1982 RJ 1982\4428
- STS de 17 de noviembre de 1981 (TS:1981:1996)
- STS de 17 de noviembre de 1993 RJ 1993\8367
- STS de 17 de septiembre de 2018 (TS:2018:3110)
- STS de 18 de febrero de 1999 RJ 1999\1884
- STS de 18 de febrero de 2005 (TS:2005:1011)
- STS de 18 de julio de 1984 (TS:1984:421)
- STS de 18 de noviembre de 2008 (TS:2008:6412)

- STS de 18 de octubre de 1989 RJ 1989\6875
- STS de 19 de febrero de 1988 (TS:1988:13362)
- STS de 19 de junio de 2012 (TS:2012:4919)
- STS de 19 de septiembre de 2019 (TS:2019:2798)
- STS de 20 de diciembre de 1989 (TS: 1989:7553)
- STS de 20 de enero de 1987 RJ 1987\20
- STS de 20 de julio de 2011 (TS:2011:5666)
- STS de 20 de octubre de 1981 RJ 1981\4492
- STS de 21 de diciembre de 1977 Ar. 5049. García Manzano.
- STS de 21 de febrero de 2012 (TS:2012:2065)
- STS de 21 de julio de 1982 RJ 1982\4442
- STS de 21 de junio de 1999 (TS:1999:4394)
- STS de 21 de junio de 2012 (TS:2012:4633)
- STS de 21 de marzo de 1984 RJ 1984\1410
- STS de 21 de mayo de 1982 RJ 1982\4111
- STS de 21 de octubre de 2014 (TS:2014:4127)
- STS de 22 de abril de 1985 RJ 1985\2220
- STS de 20 de diciembre de 2002 (TS:2002:8690)
- STS de 22 de enero de 2020 (TS:2020:124)
- STS de 22 de febrero de 1988 (TS:1988:1130)
- STS de 22 de marzo de 1972 Ar. 4678. Suárez Manteola.
- STS de 22 de noviembre de 1994 (TS:1994:16585)
- STS de 22 de octubre de 1981 (TS:1981:1293)
- STS de 22 de septiembre de 1988 (TS:1988:6412)
- STS de 22 de septiembre de 2002 (TS:2002:6027)
- STS de 23 de abril de 2001 (TS:2001:3298)
- STS de 23 de enero de 1998 (TS:1998:314)
- STS de 23 de julio de 1993 (TS:1993:19596)
- STS de 23 de julio de 2002 (TS:2002:5647)
- STS de 23 de mayo de 2001 (TS:2001:4289)
- STS de 23 de noviembre de 1993 RJ 1993\8883
- STS de 24 de julio de 2000 (TS:2000:6257)
- STS de 24 de noviembre de 2009 (TS:2009:7526)
- STS de 24 de octubre de 2000 (TS:2000:7675)
- STS de 25 de febrero de 1998 (TS:1998:1277)
- STS de 25 de febrero de 2008 (TS:2008:574)
- STS de 25 de febrero de 2011 (TS:2011:875)
- STS de 25 de junio de 1966 Ar. 89, de 1967
- STS de 25 de junio de 1999 (TS:1999:4522)
- STS de 25 de marzo de 1977 Ar. 1442. Ruiz Sánchez.
- STS de 25 de marzo de 2003 (TS:2003:2068)
- STS de 25 de mayo de 1993 (TS:1993:143)
- STS de 25 de mayo de 2000 (TS:2000:4248)
- STS de 25 de noviembre de 2015 (TS:2015:5464)
- STS de 25 de octubre de 1991 (TS:1991:5699)
- STS de 25 de septiembre de 2002 (TS:2002:6181)
- STS de 26 de diciembre de 1988 RJ 1988\10299
- STS de 26 de julio de 2006 (TS:2006:5964)
- STS de 26 de mayo de 2020 (TS:2020:1163)
- STS de 26 de octubre de 2002 (TS:2020:3502)

- STS de 27 de julio de 2021 (TS:2021:3338)
- STS de 28 de abril de 2016 (TS:2016:2121)
- STS de 28 de enero de 2010 (TS:2010:353)
- STS de 28 de enero de 2019 (TS:2019:49)
- STS de 28 de febrero de 2007 (TS:2007:1358)
- STS de 28 de junio de 2013 (TS:2013:4063)
- STS de 28 de mayo de 2008 (TS:2008:2667)
- STS de 28 de mayo de 2020 (TS:2020:1299)
- STS de 28 de enero de 1986 (TS:1986:15109)
- STS de 29 de enero de 2003 (TS:2003:475)
- STS de 29 de noviembre de 1986 RJ 1986\6749
- STS de 29 de septiembre de 1980 RJ 1980/3464
- STS de 29 de septiembre de 2003 (TS:2003:5794)
- STS de 3 de abril de 1992 (TS:1992:19962)
- STS de 3 de diciembre de 2012 (TS:2013:948)
- STS de 30 de abril de 2005 (TS:2005:2770)
- STS de 30 de marzo de 2017 (TS:2017:1455)
- STS de 31 de julio de 2000 RJ 2000\6493
- STS de 31 de octubre de 1972 Ar. 4675. Martín del Burgo.
- STS de 31 de octubre de 2017 (TS:2017:4184)

STSJ

- STSJ de Andalucía de 10 de marzo de 2014 (TSJAND:2014:2937)
- STSJ de Andalucía de 10 de octubre de 2013 (TSJAND:2013:9692)
- STSJ de Andalucía de 15 de abril de 2011 (TSJAND:2011:7981)
- STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 2002 (TSJAND:2002:7702)
- STSJ de Andalucía de 23 de marzo de 2009 (TSJAND:2009:3097)
- STSJ de Andalucía de 25 de septiembre de 2014 (TSJAND:2014:8553)
- STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 2001 (TSJAND:2001:7515)
- STSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2015 (TSJAND:2015:9446)
- STSJ de Andalucía de 29 de diciembre de 2009 (TSJAND:2009:13740)
- STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2002 RJCA 2002\513
- STSJ de Aragón de 7 de diciembre de 2006 (TSJAR:2006:1711)
- STSJ de Asturias de 22 de julio de 2013 (TSJAS:2013:2684)
- STSJ de Canarias de 1 de diciembre de 2011 (TSJICAN:2011:3017)
- STSJ de Canarias de 7 de diciembre de 2016 (TSJICAN:2016:2954)
- STSJ de Canarias de 8 de julio de 2016 JUR 2016\267840
- STSJ de Canarias de 23 de enero de 2014 (TSJICAN:2014:180)
- STSJ de Canarias de 25 de abril de 1997 JT 1997\580
- STSJ de Canarias de 30 de enero de 2013 (TSJICAN:2013:153)
- STSJ de Castilla La Mancha de 4 de junio de 2012 (TSJCLM:2012:1752)
- STSJ de Castilla La Mancha de 28 de julio de 1998 (TSJCLM:1998:1527)
- STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 2001 (TSJCL:2001:2551)
- STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2009 (TSJCL:2009:5471)
- STSJ de Castilla y León de 26 de marzo de 2004 (TSJCL:2004:1645)
- STSJ de Castilla y León de 27 de marzo de 2013 (TSJCL:2013:2054)
- STSJ de Castilla y León de 29 de octubre de 2010 (TSJCL:2010:5814)
- STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2008 (TSJCAT:2008:3112)
- STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2013 (TSJCAT:2013:14665)

- STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2014 (TSJCAT:2014:3650)
- STSJ de Cataluña de 31 de diciembre de 2003 (TSJCAT:2003:13393)
- STSJ de Extremadura de 20 de febrero de 2018 (TSJEXT:2018:195)
- STSJ de Galicia de 13 de septiembre de 2010 (TSJGAL:2010:7872)
- STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2016 (ES:TSJGAL:2016:445)
- STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2012 (TSJGAL:2012:4711)
- STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2014 (TSJGAL:2014:7958)
- STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2014 (TSJGAL:2014:1471)
- STSJ de Islas Baleares de 3 de diciembre de 2008 (TSJBAL:2008:133)
- STSJ de Islas Baleares de 28 de marzo de 2014 (TSJBAL:2008:1337)
- STSJ de Madrid de 2 de abril de 2014 JUR 2014\237123
- STSJ de Madrid de 3 de octubre de 1996 JT 1996\136
- STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2005 (TSJM:2005:10408)
- STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2018 (TSJM:2018:10679)
- STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2001 (TSJM:2001:7110)
- STSJ de Madrid de 25 de marzo de 2010 (TSJM:2010:3480)
- STSJ de Murcia de 24 de noviembre de 2016 (TSJMU:2016:2706)
- STSJ de Navarra de 4 de julio de 2002 (TSJNA:2002:867)
- STSJ de Navarra de 27 de noviembre de 2009 (TSJNA:2009:932)
- STSJ de País Vasco de 14 de enero de 2014 (TSJPV:2014:262)
- STSJ de País Vasco de 30 de octubre de 1996 RJCA 1996\1358
- STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2015 (JCA:2015:525)
- STSJ de Valenciana de 4 de marzo de 2014 (TSJCV:2014:1533)
- STSJ de Valencia de 12 de mayo de 2000 (TSJCV:2000:4026)
- STSJ de Valencia de 16 de febrero de 2007 JUR 2007\217407

TEDH

- TEDH de 7 de octubre de 1988 TEDH 1988\20
- TEDH de 16 de noviembre de 2004 TEDH 2004\68
- TEDH de 21 de febrero de 1984 TEDH 1984\2
- TEDH de 23 de julio 1968 TEDH 1968\3
- TEDH de 27 de octubre 1975 TEDH 1975\2