

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

Nº36 | julio 2024 Semestral

AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA



SUMARIO:

ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

LA PRIVATIZACIÓN DE LA FUNCIÓN INSPECTORA LOCAL

LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DE LOS MUNICIPIOS: ESPECIAL INCIDENCIA EN LA PROBLEMÁTICA DE LA EXTERNALIZACIÓN DE ESTE SERVICIO

EL ETERNO RETORNO DE LA DESVIACIÓN DE PODER. LA DESVIACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER.

Nº36 julio 2024. Semestral

CONSEJO ASESOR

Blanca Lozano Cotanda
Andrés Martínez Arrieta
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
José Luis Seoane Spiegelberg

COMITÉ EDITORIAL:

Manuel J. Domingo Zaballos
(Coordinador)
Manuel Alcover Povo
José Pérez Gómez
Francisco Pleite Guadamillas
Rocío Trillo Varela
Cristina de Vicente Casillas

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A,
Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2076

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

por Manuel Alcover Povo. Magistrado. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 7 de Valencia.

23

LA PRIVATIZACIÓN DE LA FUNCIÓN INSPECTORA LOCAL

por Eduardo Rodríguez Laplaza. Magistrado especialista del orden jurisdiccional contencioso administrativo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

37

LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DE LOS MUNICIPIOS: ESPECIAL INCIDENCIA EN LA PROBLEMÁTICA DE LA EXTERNALIZACIÓN DE ESTE SERVICIO

por José María Pastor García. Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Secretario General del Ayuntamiento de Zamora.

52

EL ETERNO RETORNO DE LA DESVIACIÓN DE PODER. LA DESVIACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

por Javier Eugenio López Candela. Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

ÚLTIMAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

VACATION RENTALS REGULATION: WHAT'S NEW?

Manuel Alcover Povo

Magistrado. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 7 de Valencia

SUMARIO

1. Introducción
2. La regulación de las viviendas de uso turístico y la relevancia de la Directiva de Servicios
3. Datos relevantes en materia de viviendas de uso turístico en España
4. Novedades en el Derecho europeo
5. Novedades en la regulación nacional
6. Novedades en la regulación autonómica
7. Novedades en la regulación local
8. Conclusiones

RESUMEN:

La regulación de las viviendas de uso turístico a nivel europeo, nacional, autonómico y local se intensifica cada vez más. El artículo analiza las últimas novedades en la materia, tanto las de carácter normativo como las jurisprudenciales; con especial referencia a la Directiva de Servicios, al Reglamento (UE) 2024/1028, de 11 de abril, a la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, y a los planes urbanísticos municipales que, de manera creciente, imponen limitaciones al ejercicio de la actividad de explotación de viviendas de uso turístico.

ABSTRACT:

European, national, regional and local regulation on short-term and vacation rentals is getting more and more intense. The paper analyses the latest news on the topic, regarding both legal texts and judicial decisions; with special focus on the Directive on services in the internal market, the Regulation (EU) 2024/1028 of 11 April 2024, the latest Housing Spanish Law and the municipal urban plans, which are imposing severe regulations on the matter.

PALABRAS CLAVE:

viviendas de uso turístico; alquiler vacacional; turismo; urbanismo; vivienda; Directiva de Servicios; Ley por el derecho a la vivienda; planes urbanísticos; Reglamento (UE) 2024/1028.

KEYWORDS:

short-term rentals; vacation rentals; tourism; urban planning; housing; Directive on services in the internal market; housing Law; Regulation (UE) 2024/1028.

1. INTRODUCCIÓN

El reciente desarrollo de la tipología alojativa de las viviendas de uso turístico ha dado lugar a un incipiente proceso de regulación que, lejos de haber finalizado, parece acelerarse más y más.

Esta regulación es compleja, no solo porque las normas son aprobadas en cuatro niveles distintos (europeo, nacional, autonómico y local), sino también porque es muy común que cada norma (incluso las de rango legal) sea impugnada ante la jurisdicción ordinaria o constitucional y, en no pocas ocasiones, anulada de forma total o parcial.

El objeto de este artículo consiste en analizar las últimas normas aprobadas en la materia, así como las Sentencias más recientes relativas a su impugnación o aplicación.

Antes de ello, no obstante, debe adelantarse que incluso la pregunta de qué debe entenderse por “vivienda de uso turístico” es difícil de responder y que ni siquiera la denominación de este tipo de viviendas o alojamientos es uniforme en nuestro ordenamiento.

Así, solo en la regulación autonómica, junto con la más extendida de “vivienda de uso turístico”, encontramos las de “vivienda vacacional” (Asturias y Canarias), “estancia turística en vivienda” (Baleares), “vivienda turística vacacional” (Baleares), “vivienda turística” (Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra), “apartamento turístico” (Extremadura, Navarra) y “vivienda para uso turístico” (País Vasco).

Cada norma, en definitiva, prevé una denominación y, lo que es más relevante, establece su propio ámbito de aplicación.

Desde este punto de vista, la respuesta a la pregunta “¿qué es una vivienda de uso turístico?” tiene, en realidad, poca trascendencia práctica. Lo relevante, en cambio, será determinar qué requisitos debe cumplir una concreta vivienda o alojamiento para que se le aplique una u otra regulación, así como definir cuál es el ámbito de aplicación de cada una de las normas.

En tal sentido, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2024/1028, de 11 de abril, resulta de aplicación a todo alojamiento amueblado que sea objeto de la prestación de un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración (entendiendo por tal la de menos de un año, aproximadamente), siempre que sea remunerado (excluyéndose expresamente la figura del intercambio de hogar), sea o no profesional, sea por habitaciones o el conjunto entero, sea con fines turísticos u otros, y sea o no la residencia principal o secundaria del anfitrión (esté o no presente durante el alquiler) o una inversión.

En España, las normas autonómicas difieren de esta definición (o ámbito de aplicación) y también lo hacen entre sí.

Las definiciones autonómicas tienen en común la exigencia de que concurren determinados elementos, tales como: 1) la cesión del inmueble; 2) a cambio de una contraprestación económica; 3) durante un periodo máximo de tiempo; 4) en condiciones de inmediata disponibilidad.

Sin embargo, estos mismos elementos varían de una norma autonómica a otra. Por ejemplo, el Decreto 101/2018, del País Vasco, no exige la cesión efectiva, sino que se aplica también a las viviendas que simplemente se ofrezcan o pongan en el mercado en tales condiciones. Del mismo modo, el periodo máximo de tiempo es diferente en cada caso (30 días en Galicia, 31 en Cataluña, dos meses en Andalucía) o viene sustituido por un elemento distinto: el de la finalidad de la cesión (motivos turísticos en el caso del País Vasco; fines turísticos, vacacionales o de ocio en la Comunidad Valenciana; en ambos casos con independencia de la duración de la cesión).

Además, algunas de estas definiciones contienen otros elementos. La regulación vasca, por ejemplo, prevé su aplicación a la cesión de las viviendas por habitaciones, en tanto que el resto prohíbe expresamente esta figura (si bien, como se analizará a continuación, algunas de estas prohibiciones han sido anuladas judicialmente). Igualmente, algunas regulaciones autonómicas (Galicia y País Vasco, entre otras) solo son aplicables a aquellos supuestos en que la cesión sea “*habitual*”, definiéndose esta habitualidad de forma distinta en cada caso. El intento de ofrecer una definición general se antoja, en definitiva, imposible y, además, de nula trascendencia práctica. Con todo, como punto de partida, sí pueden establecerse unas bases generales:

- 1) Las viviendas de uso turístico son establecimientos turísticos y su explotación constituye una actividad económica. Así lo han afirmado, de forma reiterada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo y, con carácter general, los Tribunales Superiores de Justicia. La cesión de estas viviendas, por tanto, no tiene finalidad residencial.
- 2) Las viviendas de uso turístico deben distinguirse de otros fenómenos como el intercambio de hogar (en el que la cesión no se realiza a cambio de una contraprestación económica) y la economía colaborativa. En particular, el fenómeno de las viviendas de uso turístico va mucho más allá de la economía colaborativa (por mucho que estuvieran muy relacionados en un momento inicial) y se ha convertido en una actividad económica de gran relevancia.
- 3) La figura de los, en mi opinión, mal denominados “*hogares compartidos*” (que consiste básicamente, en la cesión de una o varias habitaciones de un inmueble con convivencia con su titular a cambio de remuneración económica y con finalidad turística o similar) plantea peculiaridades propias que pueden motivar que las distintas Administraciones lo regulen de forma autónoma.

2. LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO Y LA RELEVANCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Precisamente por tratarse de una actividad económica (en sentido estricto, el ejercicio de la libre prestación de servicios en el mercado interior), la imposición de limitaciones o requisitos a la explotación de viviendas de uso turístico y su supeditación a un régimen de autorización deben cumplir con las exigencias de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior) y de las normas que la traspusieron en España (fundamentalmente, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, 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 (Ley ómnibus), y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado).

Conviene detenerse un instante en este punto.

Es preciso determinar qué significa el término “*regulación*” cuando se aplica al ejercicio de actividades económicas; y ello porque, en ocasiones, se confunde su sentido.

Así, es común que las Administraciones Públicas (o el legislador europeo, nacional o autonómico) regulen una actividad con la finalidad de que su ejercicio sea “*ordenado*” o de que no se causen perjuicios al interés público o a todos o parte de los ciudadanos. Sin embargo, estos términos no son equivalentes: una cosa es el medio empleado (la “*regulación*”) y otra el objetivo que se persigue con él; y, en no pocas ocasiones, este objetivo no se cumple o, incluso, el problema que se pretendía solucionar con la “*regulación*” se agrava con ella.

En tal sentido, toda “*regulación*” de una actividad económica constituye una limitación de su ejercicio. La imposición de horarios, la necesidad de cumplir requisitos de superficie mínima o de equipamiento, la determinación del número máximo de establecimientos que pueden ejercer la actividad en una ciudad o barrio, el lugar en que deben ubicarse tales establecimientos o la obligatoriedad de prestar determinados servicios accesorios son ejemplos de estas regulaciones o limitaciones.

La Directiva de Servicios establece requisitos que deben cumplir estas “*regulaciones*” y, por ello, se erige en canon de control de su conformidad a Derecho.

Este control se realiza por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo de forma difusa.

Así, en el caso de normas con rango de Ley, además de su posible impugnación directa ante el Tribunal Constitucional, el control deberá ser realizado por el órgano judicial que conozca de la impugnación del acto de aplicación, que podrá plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero que también podrá inaplicar la Ley sin necesidad de hacerlo en caso de que la considere contraria al Derecho europeo.

Por el contrario, las normas reglamentarias pueden ser impugnadas directamente (generalmente ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, al tratarse de normas autonómicas) o de forma indirecta (en cuyo caso la competencia corresponderá al órgano judicial que conozca de la impugnación del acto de aplicación); con similares consecuencias. Dentro de este grupo

de normas se encuentran los planes urbanísticos, generalmente usados por los Ayuntamientos para establecer limitaciones a las viviendas de uso turístico.

En tercer lugar, no puede olvidarse el procedimiento especial regulado en los artículos 127 bis y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que tiene por objeto la impugnación, por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de cualquier disposición o acto procedente de cualquier Administración Pública que pueda ser contrario a la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Este procedimiento especial se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Como se ha señalado, el control judicial tiene por objeto analizar si la norma que regula el ejercicio de la actividad de explotación de viviendas de uso turístico cumple con las exigencias de los artículos 14 y 15 de la Directiva de Servicios (y normas concordantes). De manera sintética, estas exigencias son:

- 1) No atender a criterios de planificación económica. Debe recordarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional número 209/2015, de 8 de octubre (ROJ: STC 209/2015 - ECLI:ES:TC:2015:209), anuló determinados preceptos de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, por no cumplir con este requisito; y ello porque la norma pretendía “favorecer un determinado tipo de establecimiento, los que tuvieran la más alta categoría, como medida de política turística”. Cabe preguntarse si la limitación o control de los precios de alquiler y compraventa de vivienda constituye un objetivo o criterio de planificación económica, si bien los últimos pronunciamientos judiciales parecen descartarlo.
- 2) Estar fundamentada en un interés general, que debe explicitarse. Este interés puede ser la protección del entorno urbano (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2018, dictada en los asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16 - ROJ: PTJUE 14/2018 - ECLI:EU:C:2018:44) o la protección de objetivos de diversidad social, en función de las características de los mercados de la vivienda, y la necesidad de no agravar la escasez de vivienda (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020, dictada en el Asunto C-724/18 - ROJ: PTJUE 210/2020 - ECLI:EU:C:2020:743).
- 3) No ser discriminatoria ni directa ni indirectamente; lo que puede afectar al trato diferenciado entre viviendas de uso turístico y otro tipo de alojamientos, así como entre nacionales del Estado en cuestión y nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.
- 4) Debe ser una medida necesaria, en el sentido de que la finalidad que se persigue con ella no pueda alcanzarse de otro modo menos lesivo de la libertad de prestación de servicios.
- 5) Debe ser una medida adecuada. Por ello, la Sentencia número 291/2016 de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 31 de mayo de 2016 en el Procedimiento Ordinario número 65/2015 (ROJ: STSJ M 6899/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:6899), anuló el artículo 17.3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los

apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid. Este artículo prohibía contratar viviendas de uso turístico por menos de cinco días. La Sentencia entendió que no era una medida adecuada para evitar el intrusismo y la competencia desleal, garantizar la protección de consumidores y usuarios ni luchar contra la opacidad fiscal (que eran las finalidades que habían sido alegadas por la Comunidad de Madrid para justificar la medida).

6) Debe ser una medida proporcional, en el sentido que la restricción que impone sea proporcionada a la finalidad que persigue.

7) El cumplimiento de los requisitos debe probarse por la Administración, no se presume. La legislación europea parte de una desconfianza hacia este tipo de medidas, aunque se advierte cierta “*benevolencia*” hacia las Administraciones por parte de algunos órganos jurisdiccionales.

Las consecuencias que ello tiene para la Administración o para el legislador que aprueba o pretende aprobar este tipo de normas son, por tanto, de gran relevancia.

En particular, debe explicitarse (y, en principio, debe hacerlo la propia norma) qué finalidad se persigue con la concreta restricción que se impone. Esto es relevante porque las finalidades que las Administraciones han aducido para limitar la continuidad o nueva apertura de viviendas de uso turístico han sido muchas, variadas e, incluso, contradictorias entre sí. Así, sin ánimo exhaustivo, se ha afirmado que este tipo de limitaciones tiene por finalidad limitar el número de turistas que pernoctan en la ciudad, garantizar un turismo de calidad, luchar contra el fraude fiscal, evitar el alza del precio del alquiler residencial, proteger el entorno urbano, proteger a los consumidores y usuarios, evitar el intrusismo y la competencia desleal, conseguir que las viviendas de uso turístico pasen a ser viviendas destinadas a alquiler residencial, garantizar una ciudad sostenible, proteger la convivencia ciudadana, evitar la degradación del espacio público, proteger la seguridad de personas y bienes o proteger a los vecinos del inmueble en régimen de propiedad horizontal en que se ubica la vivienda de uso turístico.

Además, el control de cumplimiento de los requisitos debe realizarse en relación con la concreta situación de la ciudad o barrio al que se aplican las restricciones. Una medida necesaria, adecuada y proporcional en un determinado municipio puede no serlo en otro, por lo que resulta necesario que la autoridad que aprueba la restricción acredite la concreta situación fáctica a la que se pretende aplicar. Los datos relativos al número de viviendas de uso turístico de una determinada ciudad o barrio y otros, como la evolución del precio del alquiler, resultan, por tanto, fundamentales para determinar la conformidad a Derecho de la norma de que se trate.

3. DATOS RELEVANTES EN MATERIA DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN ESPAÑA

El Proyecto Técnico de Medición del número de viviendas de uso turístico en España y su capacidad del Instituto Nacional de Estadística constituye una herramienta fundamental para conocer el estado de la cuestión.

Se trata de un sistema especialmente fiable y actualizado, dado que toma los datos de las

plataformas de alquiler de viviendas de uso turístico y aplica un algoritmo para evitar duplicados. Contiene los datos absolutos (número total) y relativos (porcentaje sobre el total de viviendas, tomando este dato del censo del propio Instituto Nacional de Estadística) del número de viviendas de uso turístico en una determinada provincia, ciudad o barrio. Se contabilizan, por tanto, todas las viviendas de uso turístico que están en el mercado (de forma legal o ilegal), no solo las que cuenta con habilitación para ejercer la actividad.

La última actualización de datos es de agosto de 2023.

Las provincias que tienen un mayor porcentaje de viviendas de uso turístico son Las Palmas (4,37% del total de viviendas), Girona (4,27%), Baleares (4,06%), Málaga (3,92%) y Santa Cruz de Tenerife (3,78%).

Por municipios, destacan algunos de Baleares y, sobre todo, de Canarias, con porcentajes ciertamente altos. Los municipios que superan el 12% son: Yaiza (22%), La Oliva (21,50%), Búger (21,40%), Pollença (21,12%), Cadaqués (14,51%), Conil de la Frontera (14,44%), Haría (14,43%), Teguiise (14,32%), Alcúdia (14,32%), Alto Arán (14,20%), Tarifa (13,96%), Formentera (13,79%), Adeje (13,35%), Nerja (13,15%), Escorca (13,11%) y Antigua (12,69%). No hay información completa de distribución por barrios en todos estos municipios, pero en aquellos que sí la tienen los porcentajes superan el 40% en algunas zonas (Adeje).

Otros municipios o zonas tradicionalmente turísticos tienen porcentajes menos elevados: Salou (8,23%), Benidorm (4,77%), Magaluf (2,85%), Ibiza (2,25%).

En las grandes ciudades los porcentajes no son elevados: Madrid (0,92%), Barcelona (0,93%), Valencia (1,42%), Zaragoza (0,21%), Alicante (1,82%), Bilbao (0,71%), San Sebastián (1,44%), Palma (0,58%), Córdoba (1,11%), Granada (1,74%), Sevilla (1,66%), Málaga (2,50%), Cádiz (2,85%), Santander (1,48%), Las Palmas de Gran Canaria (1,41%), Santa Cruz de Tenerife (0,94%).

Sin embargo, en determinados barrios de algunas de estas ciudades los porcentajes se disparan. Así, en Madrid hay varias zonas con porcentajes que oscilan entre el 20 y el 22%, Valencia presenta porcentajes entre el 8 y el 10% en el centro histórico y en las zonas cercanas a las playas, Alicante tiene barrios con el 14 e incluso el 20% y Las Palmas de Gran Canaria tiene máximos que llegan al 15%. Destacan sobremanera las capitales andaluzas: Córdoba tiene porcentajes máximos del 18%, Granada del 17%, Sevilla del 19% y Cádiz del 15%. La situación de Málaga es especialmente llamativa, dado que tiene máximos del 30%, con muchos barrios que superan el 20%.

Por el contrario, Barcelona no supera el 5% en ninguno de sus barrios (salvo en una zona muy concreta, en que llega al 17,70%), todos los de Palma rondan el 2% y ninguno de los de Bilbao y San Sebastián supera el 5%.

El Instituto Nacional de Estadística realiza también la Encuesta de ocupación hotelera.

En los datos correspondientes a agosto de 2023 consta que el número total de plazas en viviendas de uso turístico en España fue de 1.737.509; es decir, un número muy similar al del total de plazas hoteleras (1.898.087).

4. NOVEDADES EN EL DERECHO EUROPEO

Hasta principios de este año, la única norma europea en la que se regulaba algún aspecto de las viviendas de uso turístico era la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Esta Directiva tiene una finalidad puramente fiscal y, en síntesis, establece la obligación de cesión de datos en materia de arrendamiento y cesión de bienes inmuebles (con fines turísticos y otros) por parte de plataformas digitales.

No obstante, la regulación se ha intensificado con la aprobación del Reglamento 2024/1028, de 11 de abril.

Además, se hará referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020, dictada en el Asunto C-724/18 (ROJ: PTJUE 210/2020 - ECLI:EU:C:2020:743).

4.1. El Reglamento 2024/1028, de 11 de abril

El Reglamento (UE) 2024/1028 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, sobre la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724, constituye la primera regulación de las viviendas de uso turístico a nivel europeo en aspectos no fiscales, si bien no contiene una regulación material en sentido estricto, sino que, más bien, establece una serie de normas en materia de procedimientos de registro y de cesión de datos. Como ya se ha señalado, tiene un amplio ámbito de aplicación, dado que se aplica a todo alojamiento amueblado que sea objeto de la prestación de un servicio de alquiler de alojamiento de corta duración (entendiendo por tal la de menos de un año, aproximadamente), siempre que sea remunerado (excluyéndose expresamente la figura del intercambio de hogar), sea o no profesional, sea por habitaciones o el conjunto entero, sea con fines turísticos u otros, y sea o no la residencia principal o secundaria del anfitrión (esté o no presente durante el alquiler) o una inversión.

En su contenido destacan tres aspectos:

1) Regula cómo debe ser el procedimiento de registro en aquellos Estados o zonas en los que exista.

Así, partiendo de que los Estados miembros tienen competencia para adoptar y mantener requisitos de acceso al mercado de alquiler de alojamientos de corta duración (incluyendo requisitos de salud e higiene, normas mínimas de calidad o restricciones cuantitativas), deja claro que estos requisitos deben proteger objetivos de interés público y ser necesarios y proporcionados conforme a la Directiva de Servicios y que, en todo caso, los Estados miembros están obligados a justificar las posibles restricciones de acceso al mercado basándose en datos y pruebas.

Además, regula cuestiones técnicas y procedimentales, de las que pueden destacarse las siguientes: a) el procedimiento debe basarse en las declaraciones de los anfitriones; b) el procedimiento debe comportar la expedición automática e inmediata de un número

de registro; c) puede imponerse la obligación de declarar si la unidad está situada en una zona en la que se aplica un procedimiento de registro y de proporcionar el número de registro; d) la norma contiene la concreta información que han de presentar los anfitriones.

2) Permite a las plataformas y a las autoridades competentes verificar la autenticidad de los datos proporcionados por los anfitriones. Además, permite a las autoridades ordenar a las plataformas que eliminen los anuncios de unidades ofrecidas sin número de registro o con un número de registro no válido.

3) Obliga a las plataformas a proporcionar datos a los Estados, con la doble finalidad de que puedan comprobar el cumplimiento de requisitos y de que puedan diseñar las políticas correspondientes; y ello a través de un sistema de ventanilla única.

4.2. La Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2020

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020, dictada en el Asunto C-724/18 (ROJ: PTJUE 210/2020 - ECLI:EU:C:2020:743), es la primera que analiza la conformidad con la Directiva de Servicios de una regulación nacional limitativa de las viviendas de uso turístico.

Con anterioridad (Sentencia de 30 de enero de 2018, dictada en los asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16 - ROJ: PTJUE 14/2018 - ECLI:EU:C:2018:44), el Tribunal había decretado que la Directiva regía también respecto de planes urbanísticos municipales que limitaran el ejercicio de una actividad económica, si bien esta no era, en el caso concreto, la de explotación de viviendas de uso turístico.

La Sentencia de 22 de septiembre de 2020 resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación francesa, en relación con el Código de Turismo, el Código de Construcción y Vivienda y el Reglamento municipal adoptado por la Junta Municipal de París.

En síntesis, la normativa nacional sometía a autorización previa el ejercicio de la actividad en la ciudad de París y supeditaba su concesión a una compensación, consistente en la transformación simultánea en inmueble destinado a vivienda de un inmueble que tuviera otro uso. Por lo tanto, para obtener autorización para explotar una vivienda de uso turístico era necesario disponer de otro inmueble no destinado a vivienda y destinarlo a vivienda, previendo la norma, además, una serie de exigencias en cuanto a los metros cuadrados que debía tener este otro inmueble (que se flexibilizaban en caso de que el destino fuese vivienda social).

La finalidad de tal restricción consistía en proteger objetivos de diversidad social, en función de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda.

La Sentencia concluye que:

1) La Directiva de Servicios se aplica a normativas nacionales relativas a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.

Por lo tanto, no hay duda de que cualquier restricción o regulación en el ejercicio de esta actividad constituye libre prestación de servicios a los efectos de la Directiva.

En particular, la Sentencia señala que una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de la actividad constituye un “*régimen de autorización*” a los efectos de la Directiva.

2) La normativa analizada está justificada por una razón imperiosa de interés general. Para alcanzar esta conclusión, señala que:

a) La finalidad de la norma consiste en garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, con los objetivos de dar respuesta al deterioro de las condiciones de acceso a la vivienda y al aumento de las tensiones en los mercados inmobiliarios, en particular regulando las disfunciones del mercado, de proteger a los propietarios y a los arrendatarios y de permitir el incremento de la oferta de viviendas en condiciones respetuosas de los equilibrios de los territorios, en la medida en que la vivienda es un bien de primera necesidad y el derecho a una vivienda digna constituye un objetivo protegido por la Constitución francesa.

b) Se aplica en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada.

c) Tal razón imperiosa de interés general consiste en la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento.

3) La normativa analizada cumple el requisito de proporcionalidad, dado que el objetivo perseguido no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

4) Estas conclusiones se alcanzan a la vista de la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, así como del estudio remitido al Tribunal por el Gobierno francés y confirmado por la Ciudad de París.

Este estudio pone de manifiesto que la actividad de arrendamiento de inmuebles amueblados por un período breve de tiempo tiene un efecto inflacionista significativo en el nivel de los arrendamientos, sobre todo en París, pero también en otras ciudades francesas, especialmente cuando la ejercen arrendadores que ofrecen en arrendamiento dos o más viviendas completas o una vivienda completa más de 120 días al año.

La Administración, por tanto, es quien acreditó el cumplimiento de los requisitos.

5) La concreta normativa nacional es conforme con la Directiva.

A diferencias de otros casos (en los que se emplean fórmulas como la de “*corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar el cumplimiento de tales requisitos*”), el Tribunal no se limita a dar pautas de interpretación de la Directiva, sino que analiza el cumplimiento de los requisitos y concluye que, en el caso concreto, todos se cumplen. En particular, considera que la medida de compensación es idónea para alcanzar el fin perseguido.

Se trata de una Sentencia de gran relevancia en la materia y en la que nuestro Tribunal Supremo ya se ha basado para analizar la conformidad a Derecho de determinadas regulaciones municipales, como la de Bilbao.

5. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN NACIONAL

Al haber asumido todas las Comunidades Autónomas la competencia en materia de turismo y vivienda, el Estado no parece tener ningún título competencial específico para regular las viviendas de uso turístico.

Por este motivo, la única norma estatal vigente tiene naturaleza fiscal: Orden HAC/612/2021, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 179, «*Declaración informativa anual de la cesión de uso de viviendas con fines turísticos*» y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación (modificada por la Orden HFP/188/2023, de 27 de febrero).

Esta situación no parece haber cambiado con la reciente aprobación de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda; dado que no se establece ninguna previsión respecto de las viviendas de uso turístico.

No obstante, su Disposición Adicional Quinta prevé la constitución de un Grupo de Trabajo para la regulación de los contratos de arrendamiento de uso distinto del de vivienda, especialmente los contratos de arrendamiento celebrados por temporada sobre fincas urbanas de uso vivienda; lo cual podría tener incidencia en el futuro.

De hecho, parece que de este Grupo de Trabajo puede surgir un proyecto de ley que elimine o limite la implantación de viviendas de uso turístico en inmuebles en régimen de propiedad horizontal¹.

6. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN AUTONÓMICA

Las Comunidades Autónomas ostentan las competencias de turismo y de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, por lo que son, junto con los Ayuntamientos, las Administraciones que han aprobado las regulaciones con más relevancia en la materia. Cada Comunidad Autónoma cuenta con una norma, generalmente de carácter reglamentario, dedicada total o parcialmente a las viviendas de uso turístico.

Estas normas definen a las viviendas de uso turístico como una modalidad de establecimiento turístico y tienen un contenido bastante similar. Así, con carácter general, ofrecen un concepto autónomo de “*vivienda de uso turístico*” (con referencia, en muchos casos, a la duración de la estancia y a la prohibición de cesión por habitaciones), someten el ejercicio de la actividad al régimen de declaración responsable, establecen los requisitos de servicios y equipamiento que deben tener las viviendas (siendo estos de lo más variado: contar con placa identificativa, tener un número determinado de metros cuadrados, contar con teléfono de atención, disponer de equipamiento de cocina e, incluso, de perchas de madera ...), prevén la necesidad de respetar el régimen urbanístico y de propiedad horizontal aplicable y contienen un régimen sancionador propio.

¹ https://www.eldiario.es/economia/vivienda-limitara-alquileres-temporada-permitira-comunidades-vecinos-prohibir-pisos-turisticos_1_11496134.html

Como se ha señalado, muchas de estas normas autonómicas han sido impugnadas ante el orden contencioso-administrativo, lo que ha motivado, en ocasiones, su anulación parcial.

La principal novedad en estas regulaciones autonómicas la constituye el Decreto-Ley 3/2023 de Cataluña, que se analizará detalladamente.

Además, el Decreto 31/2024, de 29 de enero, por el que se modifican diversas disposiciones en materia de viviendas de uso turístico, establecimientos de apartamentos turísticos y hoteleros de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece ciertas innovaciones en la regulación contenida en el Decreto 28/2016. Así, modifica la denominación de “*viviendas con fines turísticos*” a la más extendida de “*viviendas de uso turístico*”, prevé expresamente la posibilidad de que el planeamiento urbanístico introduzca limitaciones en cuanto al número de viviendas de uso turístico que puede haber en un barrio o zona e introduce nuevas exigencias en materia de superficie y equipamiento mínimos.

También se analizarán de forma separada los últimos pronunciamientos judiciales en la materia.

6.1. El Decreto-ley 3/2023, de 7 de noviembre, de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico

Hasta el momento, todas las disposiciones autonómicas, también la catalana, se remitían al régimen urbanístico aprobado por cada Ayuntamiento en lo relativo a las concretas limitaciones de implantación de viviendas de uso turístico en el respectivo municipio.

El Decreto-Ley 3/2023 catalán cambia este enfoque, al establecer limitaciones urbanísticas directamente aplicables, al margen de los Ayuntamientos.

Así, somete al régimen de licencia urbanística el ejercicio de la actividad en municipios con problemas de acceso a la vivienda (según definición de la propia norma) y municipios en riesgo de romper el equilibrio del entorno urbano por una alta concentración de viviendas de uso turístico (también según definición de la propia norma).

La concesión de esta licencia se supedita al cumplimiento de requisitos específicos. Así, no pueden otorgarse más licencias que las resultantes de aplicar un máximo de diez viviendas de uso turístico por cada cien habitantes (pudiendo cada Ayuntamiento reducir este número) y solo cabe otorgarlas si se justifica la suficiencia de suelo calificado para el uso de vivienda destinada al domicilio habitual y permanente de la población residente.

Además, las licencias tienen una limitación temporal de cinco años, prorrogables por períodos de igual duración (siempre que en el momento de la prórroga se cumplan los mismos requisitos). Este régimen se aplica también a las viviendas de uso turístico que cuenten con título habilitante en el momento de entrada en vigor de la norma, dado que se les exige la obtención de licencia en el plazo de cinco años en los términos indicados. Si no la obtienen, deben cesar en la actividad sin derecho a indemnización adicional, dado que se entiende que el ejercicio durante estos cinco años es compensación suficiente (aunque se permite la ampliación del plazo por cinco años más si acreditan que no se les ha compensado suficientemente la pérdida de su título habilitante).

Se permite que cada Ayuntamiento, a través del correspondiente instrumento urbanístico,

añada requisitos adicionales para la concesión de la licencia, tanto para nuevas viviendas de uso turístico como para los que ya contaban con título habilitante, lo que abre la puerta a prohibirlas por completo, como ya ha anunciado que va a hacer el Ayuntamiento de Barcelona². Este Decreto-Ley ya ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional y es previsible que sus actos de aplicación sean recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

6.2. Últimos pronunciamientos judiciales

Como se ha señalado, muchas de las normas reglamentarias aprobadas por las Comunidades Autónomas han sido impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente por parte de asociaciones de empresarios con intereses en la materia y por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (aunque no a través del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado).

La estimación de algunos de estos recursos ha dado lugar a la correlativa anulación parcial de la norma impugnada.

Así, por ejemplo, la STS 1741/2018, de 10 de diciembre de 2018 (ROJ: STS 4084/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4084), anuló varios preceptos del Decreto 79/2014, de Madrid, respecto de los requisitos de la declaración responsable; lo que se sumó a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ya citadas que habían anulado el periodo mínimo de estancia de cinco días.

El mismo Tribunal Supremo ha confirmado la anulación, previamente decretada por el correspondiente Tribunal Superior de Justicia, de la prohibición de cesión por habitaciones de viviendas de uso turístico contenida tanto en el Decreto 113/2015, de Canarias (STS número 25/2019, de 15 de enero de 2019 - ROJ: STS 257/2019 - ECLI:ES:TS:2019:257), como en el Decreto 3/2017, de Castilla y León (STS 1237/2019. De 24 de septiembre de 2019 - ROJ: STS 2853/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2853).

Por el contrario, en la STS 625/2020, de 1 de junio de 2020 (ROJ: STS 1296/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1296), dictada después de anular la previa STS 1401/2019, de 21 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3261/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3261), consideró conforme a Derecho la misma prohibición contenida en el Decreto 12/2017, de Galicia, al contar con habilitación expresa en la Ley 7/2011, de Turismo de Galicia, y entender que estaba justificada en la finalidad de ofrecer una mejor garantía de los derechos de los usuarios y en el fomento de una oferta turística de calidad, en el contexto de las amplias posibilidades de alquiler por habitaciones que se admiten en otras modalidades de arrendamientos.

En cuanto a los requisitos de ubicación, diversas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias anularon el Decreto 113/2015, de Canarias, en cuanto prohibía que las viviendas de uso turístico se ubicasen en zonas turísticas, urbanizaciones turísticas y urbanizaciones mixtas

² <https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20240621/collboni-anuncia-pisos-turisticos-barcelona-extinguiran-2028-104099747>

residenciales turísticas; lo cual fue confirmado por el Tribunal Supremo (STS 1766/2018, de 12 de diciembre de 2018 - ROJ: STS 4384/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4384).

A su vez, en materia de equipamiento mínimo, la STS 1400/2019, de 21 de octubre de 2019 (ROJ: STS 3258/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3258), confirmó la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 29 de junio de 2018 en el Procedimiento Ordinario número 364/2016 (ROJ: STSJ AND 17331/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:17331), que había anulado el artículo 6.d) del Decreto 28/2016, de Andalucía. Este precepto obligaba a las viviendas de uso turístico a contar con refrigeración por elementos fijos en habitaciones y salones si la vivienda se cedía en los meses de mayo a septiembre y con calefacción (en los mismos términos) si se cedía de octubre a abril.

De entre los últimos pronunciamientos judiciales cabe destacar la anulación del régimen de los hogares compartidos contenida en el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Cataluña.

Así, la Sentencia número 2275/2022 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en fecha 14 de junio de 2022 en el Procedimiento Ordinario número 171/2020 (ROJ: STSJ CAT 4541/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:4541), ha anulado el Título IV del Libro II del Decreto (artículos 241-1, 241-2 y 241-3) por haber omitido el trámite de información pública con las personas o entidades afectadas.

Esta Sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que ha admitido a trámite el recurso por Auto de fecha 21 de junio de 2023 (Recurso de Casación número 628/2023 - ROJ: ATS 8729/2023 - ECLI:ES:TS:2023:8729A).

7. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN LOCAL

Los Ayuntamientos, al contar con competencias de planificación y ordenación urbanística, son las Administraciones que han aprobado regulaciones más intensas de las viviendas de uso turístico.

Según el Tribunal Supremo (STS 1550/2020, de 19 de noviembre de 2020 - ROJ: STS 3842/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3842), los instrumentos urbanísticos son mecanismos aptos (y aun obligatorios) para regular esta cuestión y los municipios españoles (grandes y pequeños) que cuentan con este tipo de normas (aprobadas o en trámite de aprobación) son cada vez más numerosos.

Así, además de la prohibición total anunciada por Barcelona, solo en los últimos meses se ha anunciado la tramitación de nuevas restricciones en Madrid³, Valencia⁴, San Sebastián⁵, Cádiz⁶, Córdoba⁷, Granada⁸ y Málaga⁹.

Como es natural, las concretas restricciones varían de un caso a otro, pero son, fundamentalmente, de dos tipos: 1) Zonificación, de modo que se prohíbe o limita la implantación de nuevas viviendas de uso turístico en determinadas zonas o barrios; 2) Limitaciones en cuanto a la ubicación, que pueden ser muy diversas (limitación a bajos y/o primeras plantas, obligación de contar con acceso independiente, obligación de agruparse en un solo inmueble, distancia mínima entre nuevas viviendas de uso turístico, densidad máxima por manzana, etc.)

Otras restricciones aprobadas han consistido en la prohibición de ubicar viviendas de uso turístico en edificios plurifamiliares (Palma) o en la limitación a tres del número de estancias que podían ser cedidas de forma separada (Bilbao).

Como se viene señalando, estas limitaciones deben cumplir con las exigencias establecidas en la Directiva de Servicios. La impugnación judicial de los planes urbanísticos, basada en este y en otros motivos, ha dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales. De entre los más recientes, deben destacarse los que afectan a Bilbao, Barcelona, Valencia, Palma, Madrid y Sitges.

7.1. Bilbao

La Modificación del Plan General de Ordenación Urbana acordada por el Ayuntamiento de Bilbao en fecha 25 de enero de 2018 fue impugnada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Esta Modificación limitaba la ubicación de las viviendas de uso turístico en el siguiente sentido: *“limita su implantación como uso complementario en viviendas colectivas cuando compartan acceso y núcleo de comunicación con las viviendas de uso residencial únicamente en una planta que será la más baja de las destinadas a vivienda (art. 6.3.24.2), de forma que cabe su implantación en planta baja sin acceso independiente (art.6.3.37.3.e), en planta primera sin acceso independiente (art.6.3.37.3.b), y en plantas altas si tienen acceso independiente y se sitúan por debajo de las plantas destinadas a uso de vivienda (art.6.3.37.3.d). Asimismo se permite en planta primera que cuente con acceso independiente o que la planta baja esté comunicada con la primera (art.6.3.37.3.a), en planta*

³ <https://www.idealista.com/news/vacacional/alojamientos/2024/04/25/816863-madrid-no-concedera-mas-licencias-para-pisos-turisticos-mientras-tramita-la-nueva>

⁴ <https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2024-06-19/valencia-inicia-el-tramite-para-prohibir-mas-pisos-turisticos-en-su-saturado-casco-historico.html>

⁵ <https://www.eitb.eus/es/noticias/economia/detalle/9529087/eneko-goia-los-pisos-turisticos-han-tocado-techo-en-san-sebastian/>

⁶ https://www.eldiario.es/andalucia/cadiz/ayuntamiento-cadiz-suspende-concesion-nuevas-licencias-pisos-turisticos-casco-antiguo-ciudad_1_11493507.html

⁷ https://www.eldiadicordoba.es/cordoba/Ayuntamiento-limitar-prohibir-viviendas-turisticas-Cordoba_0_1906609984.html

⁸ <https://cadenaser.com/andalucia/2024/06/12/duras-exigencias-para-los-nuevos-pisos-turisticos-de-granada-y-tranquilidad-para-los-3000-actuales-radio-granada/>

⁹ <https://www.20minutos.es/noticia/5482062/0/malaga-freno-viviendas-turisticas-requisitos/>

primera de los edificios anteriores a la entrada en vigor del PGOU en 1995 que no tenga acceso independiente o no esté comunicada con la planta baja (art.6.3.37.3.c)”.

Además, limitaba a tres el número de estancias que podían ser cedidas, de forma separada, en cada vivienda (cabe recordar que la cesión por habitaciones está permitida en la normativa autonómica vasca).

Ambas limitaciones fueron consideradas conforme a Derecho por la Sentencia número 292/2019 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en fecha 11 de junio de 2019 en el Recurso Contencioso-administrativo 565/2018 (ROJ: STSJ PV 2007/2019 - ECLI:ES:TSJPV:2019:2007), que desestimó inicialmente el recurso.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que la segunda (la de cesión por habitaciones) era conforme con la normativa autonómica. Respecto de la primera, consideró que estaba justificada en la necesidad de protección del derecho a la vivienda de los ciudadanos (dado que dejar en manos del mercado la decisión de cuántas viviendas se destinan a viviendas de uso turístico puede ponerlo en peligro, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante o por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial) y en la protección del medio urbano (de acuerdo con la justificación ofrecida por la Memoria de la Modificación, basada en la necesidad de preservar la convivencia vecinal ante las molestias, ruidos y problemas de seguridad y convivencia que el trasiego de turistas puede ocasionar a los residentes).

En su Sentencia número 1550/2020, de 19 de noviembre de 2020 (ROJ: STS 3842/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3842), el Tribunal Supremo confirmó íntegramente la Sentencia de la Sala vasca. De la argumentación ofrecida por el Tribunal Supremo cabe destacar los siguientes extremos:

- 1) El uso urbanístico propio de las viviendas de uso turístico es de equipamiento, no residencial.
- 2) Los instrumentos urbanísticos son mecanismos aptos (y aun obligatorios) para imponer limitaciones a las viviendas de uso turístico.
- 3) Las concretas limitaciones impuestas a la ubicación de las viviendas de uso turístico en el Plan de Bilbao cumplen los requisitos de la Directiva de Servicios, incluso el de proporcionalidad (y ello a pesar de que privan de la posibilidad de ejercer la actividad al 67% de las viviendas de Bilbao).
- 4) La limitación del número de habitaciones que se pueden ceder por separado es también conforme a Derecho, dado que el legislador vasco ha previsto que por encima de ese número se considere que se trata de un establecimiento hotelero y nada impide al titular de más habitaciones ofrecerlas al mercado bajo otras modalidades de empresa turística de acuerdo con la Ley de Turismo de Euskadi.

7.2. Barcelona

El Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) aprobado en fecha 27 de enero de 2017 por el Ayuntamiento de Barcelona fue anulado en su integridad por varias

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

No obstante, antes de este Plan, en fecha 1 de abril de 2016, el Ayuntamiento de Barcelona había aprobado el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico. Entre otras medidas, este Plan limitaba el número de viviendas de uso turístico, en el sentido de establecer una densidad máxima por manzana.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó los recursos interpuestos frente al Plan en dos Sentencias distintas: 1) Sentencia número 719/2019, dictada en fecha 15 de julio de 2019 en el Procedimiento Ordinario número 105/2016 (ROJ: STSJ CAT 5744/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:5744); y 2) Sentencia número 302/2019, dictada en fecha 4 de abril de 2019 en el Procedimiento Ordinario número 107/2016 (ROJ: STSJ CAT 9648/2019 - ECLI:ES:TSJCAT:2019:9648).

La Sala de Barcelona entendió que se trataba de medidas conforme a Derecho, dado que tenían por finalidad la protección del entorno urbano; en concreto, para evitar secuelas del fenómeno en lo que atañe a la convivencia ciudadana, a la degradación del espacio público, a la seguridad de personas y bienes, o al encarecimiento del alquiler ordinario en los centros urbanos en perjuicio de los residentes de condición más humilde, puestos en la tesitura de tener que desplazar sus vidas al extrarradio. Además, de manera un tanto contradictoria, entendió que la Directiva de Servicios era aplicable al caso, pero consideró que la carga de la prueba sobre la falta de proporcionalidad y necesidad de la medida correspondía a la parte impugnante.

Las Sentencias del Tribunal Supremo números 75/2021, de 26 de enero de 2021 (ROJ: STS 210/2021 - ECLI:ES:TS:2021:210) y 779/2021, de 2 de junio de 2021 (ROJ: STS 2337/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2337) desestiman los recursos de casación interpuestos, respectivamente, frente a las anteriores Sentencias.

El Tribunal Supremo, no obstante, considera que las medidas están justificadas por la Memoria en que se basa el Plan; y ello por los siguientes motivos:

- 1) Las finalidades perseguidas por el Plan están basadas en un interés general. Estas finalidades son garantizar una ciudad sostenible, especialmente para sus residentes habituales, la contención territorial de las viviendas de uso turístico en las áreas de la ciudad con fuerte presión turística, la disminución de los problemas de convivencia con los residentes habituales, la reducción del impacto de dicha actividad en el precio de la vivienda en compra y en alquiler para los residentes habituales y la lucha contra el problema de la “*gentrificación*”, que genera la expulsión de los residentes habituales de los barrios.
- 2) La Memoria justifica la necesidad, proporcionalidad y adecuación, dado que analiza con detalle la evolución del aumento progresivo de las viviendas de uso turístico en el municipio, su impacto en la convivencia con los residentes habituales (debido a la difícil compatibilidad de ambas formas de vida, la que genera la dinámica turística y la de los residentes habituales), así como en los precios de la vivienda en compra y en alquiler, todo ello con apoyo en abundantes datos cuyas fuentes se referencian.
- 3) Se valora especialmente que las concretas medidas prevén una graduación de

limitaciones para la implantación de las viviendas de uso turístico entre las diversas zonas (6 grados) que tiene en cuenta varios factores (número y distribución de viviendas de uso turístico existentes en los distintos barrios, manzanas y edificios, presión turística en las diversas zonas, características urbanísticas del tejido urbano -si se trata de barrios históricos con calles estrechas y escasos espacios públicos- o la tipología arquitectónica de los edificios).

7.3. Valencia

La Sentencia número 658/2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada en fecha 11 de noviembre de 2022 en el Procedimiento Ordinario número 81/2020 (ROJ: STSJ CV 5628/2022 - ECLI:ES:TSJCV:2022:5628), analiza la conformidad a Derecho del Plan Especial de Protección de Ciutat Vella de Valencia aprobado en fecha 13 de febrero de 2020. El Plan preveía dos modalidades de explotación de viviendas de uso turístico.

En la primera de ellas solo se permitía la explotación por parte de las personas físicas que estuvieran empadronadas en la vivienda, con un límite máximo de sesenta días al año; mientras que la segunda exigía que las nuevas viviendas de uso turístico se ubicaran en un edificio exclusivamente destinado a ello y que la distancia entre estos edificios fuera de, al menos, 150 metros, difiriendo la posibilidad de ejercer esta segunda modalidad a la futura aprobación de una ordenanza reguladora.

La Sentencia anula todas estas medidas por falta de justificación, necesidad y proporcionalidad; en gran parte porque el Ayuntamiento no justificó su finalidad y sentido.

Esta Sentencia está pendiente de Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Auto de fecha 26 de octubre de 2023, Recurso de Casación número 2700/2023 - ROJ: ATS 14719/2023 - ECLI:ES:TS:2023:14719A).

7.4. Palma

La Sentencia número 486/2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, dictada en fecha 10 de septiembre de 2021 en el Procedimiento Ordinario número 519/2018 (ROJ: STSJ BAL 720/2021 - ECLI:ES:TSJBAL:2021:720) estimó el recurso interpuesto frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Palma de fecha 26 de junio de 2018, de delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas (ETV) de uso residencial. La Sala balear entendió que la prohibición absoluta de comercializar estancias turísticas en viviendas sitas en edificios plurifamiliares era contraria a las exigencias de la Directiva de Servicios.

Sin embargo, la Sentencia número 109/2023 del Tribunal Supremo, dictada en fecha 31 de enero de 2023 en el Recurso de Casación número 8318/2021 (ROJ: STS 238/2023 - ECLI:ES:TS:2023:238) anuló la Sentencia de la Sala balear y desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Acuerdo municipal.

El razonamiento es muy particular, dado que el Tribunal Supremo señala que la limitación impugnada se encuentra en la Ley autonómica, por lo que la misma prohibición estaría vigente aun sin existir el Acuerdo municipal. Por ello, entiende que la Sala balear no puede anular la prohibición sin formular cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (o, al menos, sin tener en cuenta que existe una previsión legal expresa):

“Formalmente los razonamientos de la sentencia recurrida pueden ser acertados, pero en la medida que eluden las consideraciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, en su caso, con carácter previo dudas de prejudicialidad por desconformidad con las Directivas europeas o de inconstitucionalidad sobre la misma, no podemos confirmarla y debemos estimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Palma, casar la sentencia de instancia y rechazar el recurso contencioso-administrativo de Hatur Baleares”.

Por lo tanto, la cuestión de si la prohibición contenida en la Ley balear es o no conforme con la Directiva de Servicios podría ser objeto de ulteriores recursos.

7.5. Madrid

La Sentencia número 14/2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 14 de enero de 2021 en el Procedimiento Ordinario número 791/2019 (ROJ: STSJ M 2/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:2) considera conformes a Derecho las limitaciones contenidas en el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje, distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera, aprobado por el Ayuntamiento de Madrid en fecha 27 de marzo de 2019.

El Plan establece limitaciones de diverso tipo e intensidad en función de la zona, si bien, en general, consisten en la necesidad de que la vivienda de uso turístico ubicada en un edificio residencial cuente con acceso independiente y se sitúe, en algunos casos, en planta inferior a la baja, baja o primera.

La Sala de Madrid, con cita de varias Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, especialmente, de la Sentencia del Tribunal Supremo que analizó el caso de Bilbao, considera que se trata de medidas necesarias, proporcionadas y justificadas en razones imperiosas de interés general (la defensa del derecho a la vivienda y del entorno urbano, en particular para salvaguardar el uso residencial en aquellos distritos y barrios en los que se estaría viendo severamente desplazado por el uso terciario en la clase de hospedaje).

No consta que se haya interpuesto recurso de casación frente a esta Sentencia.

7.6. Sitges

La Sentencia número 2176/2023 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en fecha 13 de junio de 2023 en el Procedimiento Ordinario 2845/2021 (ROJ: STSJCAT 5518/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:5518), anuló varios preceptos de la Ordenanza Municipal Reguladora de las viviendas de uso turístico aprobada por el Ayuntamiento de Sitges en fecha 30 de junio de 2021.

Se trataba de una serie de previsiones que, de forma manifiesta, suponían un exceso en las posibilidades de regulación con las que cuentan los Ayuntamientos. En concreto, se anulan:

- 1) Las obligaciones de aportar una póliza de responsabilidad civil de 300.000 euros, de acreditar la correcta desinfección de la vivienda, de colocar un rótulo exterior y pagar una tasa por el mismo y de responder a los requerimientos policiales o de inspección en un plazo máximo de 30 minutos. Se anulan por falta de competencia y, en el último caso, por tratarse de una medida arbitraria y discriminatoria.
- 2) El sistema desnaturalizado de comunicación previa. Se preveía un mecanismo de autorización para el ejercicio de la actividad que: a) era diferido en el tiempo respecto al momento de la presentación de la comunicación previa; y b) dependía de un sorteo, en claro perjuicio de quien presentó una comunicación cuando existía la posibilidad de ejercer la actividad en la zona solicitada.
- 3) La prohibición de transmisión inter vivos de título habilitante, por ser contrario a la Ley autonómica.
- 4) Parte del régimen sancionador, por ser contrario a la Ley autonómica.

Al parecer, el Ayuntamiento de Sitges no ha interpuesto recurso de casación frente a esta Sentencia.

8. Conclusiones

Se aprecia una clara tendencia al aumento de la regulación (y consiguiente limitación) de las viviendas de uso turístico por parte de todas las Administraciones con competencias en la materia.

Es especialmente significativo el interés de los Ayuntamientos en su regulación, hasta el punto de que es rara la semana en que no se anuncia la tramitación o aprobación de un plan urbanístico al respecto por parte de alguna capital de provincia o municipio turístico.

Previsiblemente, estos planes urbanísticos serán impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa por empresas o asociaciones de empresas con intereses en la materia o, incluso, por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

De entre los motivos de impugnación cabe destacar el de la posible contradicción con la Directiva de Servicios y las normas nacionales que la traspusieron.

Hasta el momento, la respuesta de los Tribunales ha sido generalmente favorable a los Ayuntamientos, aunque será fundamental el modo en que estos defiendan sus planes urbanísticos y acrediten el cumplimiento de los requisitos de la Directiva.

Junto a ello, las Comunidades Autónomas también están intensificando su regulación (Cataluña singularmente), lo que de seguro conllevará nuevos pleitos y Sentencias sobre la materia. Mientras tanto, el Estado ha mostrado un especial interés en la materia, si bien, hasta el momento, no parece haber encontrado los títulos competenciales que habilitarían su intervención.

Como consecuencia de todo ello, se trata de un sector de nuestro ordenamiento especialmente complejo e inestable, en el que los cambios parecen producirse cada semana, con un consiguiente aumento de la inseguridad jurídica.

LA PRIVATIZACIÓN DE LA FUNCIÓN INSPECTORA LOCAL

LOCAL TAX INSPECTION ON PRIVATE ORGANIZATION

Eduardo Rodríguez Laplaza
Magistrado especialista del orden jurisdiccional contencioso
administrativo. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

SUMARIO

- I. Sobre la externalización de servicios públicos y la huida del Derecho Administrativo. El concepto de “autoridad”.
- II. El modelo constitucional, legal y reglamentario de ejercicio de funciones públicas. Específica proyección en el campo tributario. La colaboración social, el alcance posible de la externalización, y la existencia de un núcleo indelegable a agentes externos a la estricta organización administrativa y a autoridades y funcionarios de carrera.
- III. La práctica viciada en el mundo local de entrega a empresas privadas del ejercicio de auténticas funciones públicas tributarias, de especial injerencia en la esfera de los administrados/obligados tributarios.
- IV. Doctrina administrativa y jurisprudencial (en sentido estricto y lato) sobre la materia. La existencia de numerosos pronunciamientos y decisiones que han venido censurando, en las últimas décadas, la entrega de funciones inspectoras (singularmente locales) a entidades de Derecho privado.
- V. Una última reflexión.

RESUMEN

La defensa del interés general y la lucha contra el fraude fiscal son mandatos constitucionales dirigidos a la actuación de los poderes públicos, no susceptible de entrega a la actividad privada.

Aceptado que la Inspección tributaria de las entidades locales puede actuar con el mismo haz de prerrogativas y facultades contemplado en la LGT para la Inspección estatal, como la autonómica, que sirve a idénticos fines constitucionales que éstas, y que, a la postre, se debe a la justicia tributaria y al interés general, llama la atención la práctica externalizadora (no salvando más que la apariencia de dejarse la aprobación formal de los correspondientes actos

administrativos al titular de la potestad) en el solo universo local.

Nuestro ordenamiento constitucional persigue, en el diseño del modelo de Función Pública, que en el ejercicio por las Administraciones Públicas de potestades especiales resulte obligada la intervención exclusiva o cuando menos sustancial de funcionarios.

Produce perplejidad la entrega a entidades de puro Derecho privado de funciones inspectoras en la medida en que la Inspección tributaria (incluida la local), constituye una genuina función administrativa, en su radical servidumbre al interés público, en la realización del mandato constitucional de colaboración en el sostenimiento de los gastos públicos, y a la correcta y legal exacción de los tributos. Función cuyo ejercicio se concreta en una intensa injerencia en la esfera jurídica de los obligados tributarios.

ABSTRACT

The defense of the general interest and the fight against tax fraud are constitutional orders aimed at the actions of the public authorities, not subjected to being handed over by the private activity.

Accepted that the tax inspection of local entities is allowed to act with the same set of prerogatives and powers noted in the LGT for the state inspection, such as the autonomic inspection, which serves identical constitutional purposes, and ultimately is due to tax justice and the general interest, surprises the fact of outsourcing these activities in the local universe only.

Our constitutional system pursues, in the design of the Public Function model, that in the exercise by Public Administrations of special powers, the exclusive intervention, or at least substantial, of the civil servants is mandatory.

The delivery of inspection functions to private entities is perplexing to the extent that the tax inspection (including local inspection), constitutes a genuine administrative function, in its radical service to the public interest, in fulfilling the constitutional mandate of collaboration in the public expenses sustainment, and the correct and legal collection of taxes. A function whose exercise is showed in an intense intromission in the juridic sphere of the taxpayers.

PALABRAS CLAVE:

Ejercicio de autoridad administrativa, inspección tributaria, huida del derecho administrativo, funciones públicas reservadas, gestión indirecta.

KEYWORDS

Exercise of administrative authority, tax inspection, escape from administrative law, reserved public functions, indirect management.

I. SOBRE LA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL CONCEPTO DE “AUTORIDAD”.

La externalización (o entrega de la gestión, mediante la técnica contractual) de concretos servicios públicos puede ser positiva. Mas ello no puede amparar la dejación de funciones inspectoras y de control tributario a empresas privadas, cuando aquellas actuaciones se hallan por definición reservadas al poder público.

La calificada de “huida del Derecho Administrativo”, mediante las más diversas fórmulas, entre las cuales acudir a empresas privadas (del sector público o no) para ejercer funciones públicas, ha provocado sucesivas reacciones legislativas. Así, la Unión Europea ha extendido las reglas de contratación del poder público a toda organización pública, ya adopte la forma de Organismo, ya de Ente autónomo o Sociedad mercantil del sector público (levantándose el velo de la apariencia formal).

El Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 9.2, confía en exclusividad a los funcionarios de carrera “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”.

El art.113 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, precisa, sobre las sociedades mercantiles estatales, que, “en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas.”

Es un fenómeno conocido, y extendido, que entidades locales acudan a prácticas alegales de externalización, en un indiscutible núcleo duro del poder público: la actuación tributaria, y, en su seno, nada menos que el desarrollo de funciones de Inspección. Se acude para ello a la contratación, adjudicándose servicios que, bajo la pretensión de ser de mera “colaboración”, o “auxiliares”, implican verdadero ejercicio de autoridad. Es de ver que se vienen refinando sucesivamente los pliegos de contratación (en su terminología, no en la esencia de las funciones externalizadas, que vienen siendo siempre las mismas –es decir, todas las imaginables-), con propósito de evasión del Derecho Administrativo.

El concepto “ejercicio de autoridad” es un concepto jurídico indeterminado, que no admite discrecionalidad, ni interpretaciones relajadas. Si el poder público goza de prerrogativas exorbitantes, en su misma condición, en tanto que sujeto a la legalidad, y ejercido en el ordenamiento constitucional, al servicio del interés público, no pueden las mismas, por un simple acto administrativo, entregarse a un particular.

Se comprometen potestades públicas allí donde la pretendida asistencia a la función inspectora desborda un mero apoyo externo, puntual, a la función de Inspección, comportando por el contrario la intervención en tareas de comprobación propias de aquélla.

En el ámbito de la tributación local ha cundido en los últimos lustros (la jurisprudencia es rica en ejemplos) la generalizada externalización de algunos servicios o funciones. En relación con la Inspección tributaria local, genuina función pública, indelegable a sujetos de Derecho privado, se consume en diversos municipios una práctica fraudulenta (aun contumaz, pues contraría sucesivos pronunciamientos de muy diversos órganos judiciales), concretada en la realización por empresas privadas de auténticas funciones inspectoras bajo la (fraudulenta) apariencia de mero apoyo, asistencia o colaboración.

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGLAMENTARIO DE EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS. ESPECÍFICA PROYECCIÓN EN EL CAMPO TRIBUTARIO. LA COLABORACIÓN SOCIAL, EL ALCANCE POSIBLE DE LA EXTERNALIZACIÓN, Y LA EXISTENCIA DE UN NÚCLEO INDELEGABLE A AGENTES EXTERNOS A LA ESTRICTA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y A AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS DE CARRERA.

En la esfera de las organizaciones públicas cabe preguntarse si es posible externalizar determinados servicios y funciones, cuáles, y con qué alcance y límites. La Constitución reserva el desempeño de las funciones públicas a funcionarios inamovibles, que garanticen el servicio objetivo a los intereses públicos (STC 99/1987, de 11 de junio). A tenor de la STS (Sección 7ª), de fecha 9 de julio de 2012 (RC 216/2011; ECLI: ES:TS:2012:5418), la regla es el “estatuto funcionarial” para el desempeño de los puestos de trabajo de la Administración, habiendo las excepciones a dicha regla de interpretarse restrictivamente.

Inaugurado el marco constitucional, el artículo 15.1. c) de la Ley 30/84, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, dispuso la reserva de puestos de trabajo para el desempeño de funciones públicas a favor de los funcionarios. En el mismo sentido, conforme al artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, corresponderá siempre a los empleados públicos sujetos a ese Estatuto el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas.

Ya en el ámbito local, el artículo 85. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, prevenía que en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, y el apartado 2 de su artículo 92, que son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de la autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería, y, en general, “aquellas que (...) se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

Es de notar que el artículo 14.a) del Estatuto Básico del Empleado Público reconoce como primer derecho del funcionario de carrera la inamovilidad, para mayor y mejor garantía de que sus actuaciones (integradas en una organización servicial del interés público) se adecúen al ordenamiento jurídico en todo momento y circunstancias, y resulten conformes a los principios del artículo 52, que obliga a desempeñar con diligencia las tareas asignadas y a velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, habiendo el funcionario de actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

Los empleados públicos han de desempeñar su función sin comprometer su neutralidad, hallándose incluso en el deber (protegido por su especial condición, y las garantías que la

rodean) de no acatar las órdenes de sus superiores cuando constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico (artículos 53.11 y 54.3 Estatuto Básico del Empleado Público).

En materia tributaria se ejercen potestades habilitadas por el ordenamiento a la Administración para la materialización de las diferentes funciones relativas tanto a la aplicación de los tributos, su liquidación y recaudación, como a la prevención y represión de los ilícitos fiscales. Sin desconocerse que la posibilidad de delito contra la Hacienda Pública impregna el ejercicio de aquellas potestades de una variable sancionadora significada, acercándolo al concepto de Administración de Justicia, valladar infranqueable a la externalización.

Una sumaria atención al contenido de la normativa tributaria, fundamentalmente la Ley 58/2003 (Ley General Tributaria) y el Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos (RGAP), avala la conceptualización de núcleo básico, impenetrable por la actividad privada, de la actividad tributaria.

Así, el artículo 3.2 Ley General Tributaria impone el respeto a los derechos y garantías de los obligados tributarios, sistematizados en la Sección 4ª del Capítulo I del Título II, artículo 34, que son fundamento de nuestro sistema tributario, y constituyen severa frontera inasequible a la externalización de funciones tributarias. La vulneración de los derechos y garantías de los ciudadanos compendiados en la Ley General Tributaria es susceptible de dar al traste con la validez de las actuaciones desarrolladas.

La letra i) del artículo 34.1 Ley General Tributaria reconoce el derecho al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes. Habiendo la Administración de adoptar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. Conforme al artículo 17.2 Ley General Tributaria, de la relación jurídico-tributaria pueden nacer obligaciones materiales y formales para los contribuyentes, y para la Administración, así como seguirse imposición de sanciones en caso de incumplimiento. Previendo, el artículo 30.2, que la Administración está sujeta a las previsiones y exigencias de la Ley en el desarrollo de los procedimientos tributarios, especialmente garantistas, como el atinente a la gestión, inspección y recaudación tributarias.

El artículo 60 RGAP, bajo el título de “Derechos y deberes del personal al servicio de la Administración Tributaria”, previene que los funcionarios de ésta serán considerados agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, a los efectos de la responsabilidad administrativa y penal de quienes ofrezcan resistencia o cometan atentado o desacato contra ellos, de hecho o de palabra, durante actos de servicio o con motivo del mismo. Igualmente, las autoridades, entidades y, en general, quienes ejerzan funciones públicas, estarán obligados a prestar a los funcionarios y demás personal de los órganos de la Administración tributaria el apoyo, concurso, auxilio y protección que les sea necesario para el ejercicio de sus funciones. Y, en lo relativo al carácter reservado de los datos tributarios, todo el personal al servicio de la Administración tributaria está obligado al más estricto y completo sigilo respecto de los datos,

informes o antecedentes que conozca por razón de su cargo o puesto de trabajo.

Según el artículo 61 del RGAP, las facultades que pueden ejercerse en las distintas actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos corresponderán a los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que intervengan en aquéllos, pudiendo las normas de organización específica regular la intervención de funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que desempeñen puestos de trabajo en órganos con funciones distintas (no de entidades de puro Derecho privado).

El artículo 92 LGT, bajo la rúbrica “Colaboración social”, contempla la posible colaboración en la aplicación de los tributos, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen. En particular, dicha colaboración se puede instrumentar mediante acuerdos con otras Administraciones, con entidades privadas o con instituciones u organizaciones representativas de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales. Previendo el artículo 79 RGAP, entre otras, entidades que tengan la condición de colaboradoras en la gestión recaudatoria (no en la inspectora), personas o entidades que realicen actividades económicas, cuando su localización geográfica o red comercial pueda ayudar a la consecución de los fines de la Administración tributaria.

El objeto de la colaboración social, previene el apartado 3 del aludido artículo 92 Ley General Tributaria, podrá referirse, entre otros, a los siguientes extremos: realización de estudios o informes relacionados con la elaboración y aplicación de disposiciones generales; campañas de información y difusión; simplificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias; asistencia en la realización de autoliquidaciones, declaraciones y comunicaciones y en su correcta cumplimentación; presentación y remisión a la Administración tributaria de autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones o cualquier otro documento con trascendencia tributaria; subsanación de defectos en aquéllas; información del estado de tramitación de las devoluciones y reembolsos; o solicitud y obtención de certificados tributarios, previa autorización de los obligados tributarios, en todos los casos.

Pese a incluirse en la misma Sección (“Colaboración social en la aplicación de los tributos”), los siguientes artículos, 93, 94 y 95, retoman el concepto de núcleo duro tributario: la obligación de toda persona, física o jurídica, pública o privada, de proporcionar a la Administración tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria, relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas; o la obligación de informar y colaborar de todas las autoridades de las distintas Administraciones territoriales, entidades, o Juzgados y Tribunales.

Los artículos 141 y 142 de la LGT definen, respectivamente, las funciones y facultades de la Inspección tributaria, que caracterizan el ejercicio de potestades exorbitantes, por cuanto inciden en derechos de las personas especialmente protegidos por el ordenamiento, situando a la Administración en una singular posición de supremacía y de prerrogativa. El artículo 141 enumera actividades como la investigación de los supuestos de hecho de las obligaciones tributarias, la realización de actuaciones de obtención de información, la práctica de liquidaciones tributarias, o la comprobación del cumplimiento de requisitos exigidos para la obtención de beneficios fiscales y devoluciones tributarias (actuaciones de las que acostumbra

a seguirse la imposición de sanciones).

En la esfera de las facultades, la potestad inspectora comprende todos los medios que sean necesarios para llevar a buen puerto las anteriores funciones: examen de documentos, libros, contabilidad, ficheros, facturas, o cualquier documento público o privado con trascendencia tributaria; entrada en fincas y locales de negocio (con autorización judicial en defecto de consentimiento del titular, debidamente informado, de tratarse de domicilio constitucionalmente protegido); obligación de atender a la Inspección y prestar la debida colaboración, atendiendo los requerimientos de comparecencia y, en el caso de que la Inspección se persone sin previa comunicación, en el lugar donde deban practicarse las actuaciones; o consideración de agentes de la autoridad de los funcionarios que desempeñen funciones de Inspección.

Pueden desarrollar las funciones de Inspección, y ostentan las facultades mencionadas, los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración tributaria que intervengan en aquéllas (artículos 61 y 169 RGAP).

Igualmente, las actuaciones preparatorias y las de comprobación o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria podrán encomendarse al personal al servicio de la Administración tributaria que no tenga condición de funcionario. Luego, incluso las labores concernientes a “actuaciones preparatorias” y de “comprobación o prueba” se limitan a personal al servicio de la Administración tributaria.

El legislador, en suma, no ha previsto la posibilidad de que los órganos de la Inspección de la Administración tributaria local, puedan ser desplazados por una empresa adjudicataria que, bajo la apariencia de la colaboración, se convierta formal o materialmente en sustituta del sujeto activo originario de la función.

III. LA PRÁCTICA VICIADA EN EL MUNDO LOCAL DE ENTREGA A EMPRESAS PRIVADAS DEL EJERCICIO DE AUTÉNTICAS FUNCIONES PÚBLICAS TRIBUTARIAS, DE ESPECIAL INJERENCIA EN LA ESFERA DE LOS ADMINISTRADOS/OBLIGADOS TRIBUTARIOS.

Ello no obstante, hemos apuntado, y es ello motivo de la presente reflexión, no pocos Ayuntamientos acuden a la contratación de empresas privadas para que realicen labores de Inspección tributaria, y desarrollen procedimientos sancionadores, en potencial detrimento de la seguridad jurídica de los contribuyentes, de sus derechos, y de la legalidad vigente, donde se ejercen competencias y potestades que implican ejercicio de autoridad, proscritas expresamente por el artículo 85 de la LRBRL en relación con la gestión indirecta de servicios públicos. Igualmente, proponen la aprobación de liquidaciones, e imposición de sanciones, cuando su objetivo prioritario, como el de todo empresario, es el beneficio empresarial, y no es su obligación, por no estar llamadas a ello, velar por el cumplimiento de la normativa tributaria.

Por lo que atañe al Impuesto sobre Actividades Económicas, la comprobación del IAE puede demandar la entrada en los establecimientos a fin de identificar (y regularizar) epígrafes de actividad (declarados o no), o de cuantificar los elementos tributarios que conforman la cuota de tarifa. Siendo así que las garantías previstas en los arts. 113 y 142.2 de la Ley General

Tributaria difícilmente resultan compatibles con la práctica de actuaciones inspectoras por agentes o servicios externalizados.

En parecido sentido, en la comprobación del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, han de investigarse los elementos que determinan el coste real y efectivo de la obra, para lo que, en ocasiones, resultará preciso el examen de la contabilidad mercantil del obligado, o requerir la facturación de terceros, comprobaciones inasequibles a una empresa privada adjudicataria.

El riesgo de la externalización de la función de Inspección tributaria no radica exclusivamente en que la actuación por agente externo a la organización administrativa, única depositaria posible de datos confidenciales e información tributaria, y de los Planes de Control Tributario, sea muy susceptible de laminar derechos y garantías de los contribuyentes. Del mismo modo, no cabe descartar que, en algunos casos, la empresa adjudicataria, en su interés, según la forma de retribución pactada a sus servicios, proponga mayores liquidaciones, o sanciones, como tampoco (igualmente en función del sistema retributivo pactado) que, ante los intereses empresariales en juego, se distorsione la correcta aplicación del ordenamiento jurídico-tributario, persiguiendo eludir el conflicto con el contribuyente, mediante la conformidad.

A la sazón, se halla con la práctica externalizadora indiscriminada (en tanto que no limitada a un apoyo puntual, técnico, preciso, acotado), que entregue el núcleo de la función inspectora a empresas privadas, comprometido en grado máximo el servicio objetivo al interés general. Igualmente concurre un riesgo en la falta de continuidad de la función de Inspección, dado el recurso a una técnica contractual necesariamente limitada en el tiempo, pues los contratos administrativos no pueden ser eternos. O aun el de que, en la elaboración del Plan de Inspección, se adecúe el mismo a las preferencias o necesidades de la empresa adjudicataria, cuando sólo habría de guiar aquél la maximización u optimización de la acción regularizadora, y recaudatoria, no la del beneficio de la adjudicataria del “servicio”.

La externalización de las Inspecciones tributarias locales encierra una suerte de fraude de ley, al presentarse como una actuación de mera asistencia, o de ejercicio de tareas auxiliares, lo que constituye un verdadero ejercicio ilegal de la función inspectora, bajo la cobertura de una simple firma funcionarial (para salvar el límite absoluto de “ejercicio de autoridad”, limitándose el funcionario a ratificar formalmente lo actuado por la empresa). En el caso de un acta de Inspección, y de la consiguiente propuesta de liquidación, la clase de actividad desplegada para su elaboración material no puede reputarse como simple actividad técnica asistencial, o auxiliar, respecto a la formalización del correspondiente acto administrativo.

Han sido numerosos los municipios en España que contratan servicios externos de “apoyo” a la Inspección. Siendo llamativo que acudan a la externalización municipios de todos los tamaños, con problemáticas muy diversas, lo que denota que en el recurso a aquélla difícilmente podrán encontrarse razones conciliables con el adecuado servicio objetivo al interés público.

Un indicio de actuación no meramente colaboradora, o de asistencia o apoyo, con riesgo para la imparcialidad y objetividad, es la relativa a la retribución porcentual a las empresas privadas en función de los resultados de su intervención. Los porcentajes han venido disminuyendo con el tiempo, con fines de disimulo del alcance de la entrega de la función inspectora. Lo evidente en todo caso es que no se trata de la retribución puntual por una actuación material

concreta, en función de su alcance y el precio del servicio prestado, sino más bien de una correspondiente a la actuación continua de la empresa adjudicataria en el procedimiento de inspección, arrojándose la función.

IV.DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL (EN SENTIDO ESTRICTO Y LATO) SOBRE LA MATERIA. LA EXISTENCIA DE NUMEROSOS PRONUNCIAMIENTOS Y DECISIONES QUE HAN VENIDO CENSURANDO, EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS, LA ENTREGA DE FUNCIONES INSPECTORAS (SINGULARMENTE LOCALES) A ENTIDADES DE DERECHO PRIVADO.

Informe 52/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

“Cabe concluir que el ejercicio de las facultades de inspección de los tributos queda reservado a los funcionarios públicos por el artículo 142 de la Ley General Tributaria y por ser susceptible, cuando dé lugar a una sanción, de considerarse una concreción del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

(...)

La consulta concretamente se refiere en primer lugar a la «posibilidad de que el contratista efectúe comunicaciones, informes, visitas y actuaciones conforme a las disposiciones legales vigentes en materia tributaria y otras de aplicación, bajo la supervisión de inspectores municipales». Asumiendo que estas actividades se desarrollen en el curso de un procedimiento de inspección, como parece ser el caso, esta Junta Consultiva entiende que en la medida en que tengan encaje en el artículo 142 de la Ley General Tributaria, como también parece ser el caso, no podrán ser objeto de un contrato de servicios. La supervisión de los inspectores municipales no es en ningún caso suficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley General Tributaria. Deben ser los inspectores municipales quienes realicen estas actividades directa y personalmente. El contratista únicamente podrá prestarles servicios de asistencia y apoyo administrativo y técnico que faciliten la realización de estas actividades, pero no colaborar directamente en su ejecución ni sustituir a los inspectores municipales.

La segunda actividad que lista la consulta se refiere a la posibilidad de que el contratista colabore «en la incorporación a los expedientes de inspección de todos aquellos documentos que formen la prueba». Esta Junta Consultiva entiende que si esta actuación es de carácter meramente administrativo o si consiste en servicios informáticos que den apoyo y asistan a los inspectores municipales en la labor de recopilar, organizar y archivar la información y documentación que integra los expedientes de inspección, en ese caso entiende esta Junta Consultiva que esos servicios podrían ser objeto de un contrato de servicios. Si, por el contrario, esa labor de incorporación va más allá e implica, por ejemplo, la obtención de

esa información o alguna actividad reservada a los funcionarios públicos por la Ley General Tributaria o por implicar ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, en ese caso no sería posible su contratación.

Por último, «la realización de actuaciones preparatorias o de comprobación, o prueba de hechos o circunstancias con trascendencia tributaria». Entiende esta Junta Consultiva que la intervención del contratista debe ser, una vez más, de mero apoyo y asistencia administrativa y técnica. Su realización quedaría reservada a los funcionarios públicos dado que estas actividades preparatorias de una eventual sanción son expresión del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública.

5. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, conviene reflexionar sobre el hecho de que el precio a pagar en el contrato de servicios que se plantea en la consulta consista en «un porcentaje máximo del 23% (IVA incluido) del importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones) correspondientes a los expedientes fruto de la colaboración en la inspección, comprobación, investigación, realizados por el adjudicatario, que tenga su origen en la instrucción de los expedientes inspectores que se realicen durante la vigencia del contrato, así como de los expedientes de comprobación e investigación que se lleven a cabo a instancia del contratista» (cláusula cuarta del Pliego de cláusulas administrativas particulares). Dado que esta es la única forma de retribución del contratista es de suponer que el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid estima que los servicios objeto del contrato supondrán un incremento en sus ingresos en concepto de principal, intereses y sanciones.

La cuestión que cabe plantearse es si unos servicios meramente de apoyo y asistencia administrativa y técnica, pueden agilizar las actividades de los inspectores municipales hasta el punto de que éstas resulten más productivas en términos de incremento de los ingresos, incremento que se estima será tan sustancial como para retribuir a una empresa de manera que le resulte rentable prestar los servicios objeto del contrato. En este sentido esta Junta Consultiva no puede sino considerar esta forma de retribución un indicio de que el Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid pretende definitivamente dar participación directa al contratista en el ejercicio de las facultades de inspección que la Ley General Tributaria reserva a los funcionarios públicos, participación que como se ha expuesto está prohibida por el artículo 277.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.”

-STS (Sección 4ª), de fecha 31 de octubre de 1997 (rec. apel. 9266/1991), FFJJº 3º y 4º:

“(…) no se trataba de la prorroga de un contrato existente sino de la adjudicación, entre otros, de un servicio de investigación, inspección y recaudación de tributos locales, para entender que talas acuerdos no eran conformes a Derecho,

(…)

atendiendo a esta argumentación textual de esta extensión no puede sostenerse que la adjudicación no fuera del servicio de recaudación municipal, sino que sirve para considerar que, además de él, se incluyó en la adjudicación otros servicios (investigación e inspección de tributos locales) no ajenos al ejercicio de autoridad y que comportan características funciones públicas; (…)”

-STS (Sección 7ª), de fecha 13 de junio de 2000 (RC 8204/1994), FJº 6º:

“(…) lo que resulta determinante es que los «servicios» objeto del contrato no pueden integrarse en un contrato de asistencia técnica cuyo contenido bien precisado viene en el art. 3º del Decreto 1005/1974, de 4 Abr., y que, según el Preámbulo de éste, constituye instrumento en el quehacer de los órganos administrativos que pueden completar así su capacidad de acción, en caso de insuficiencia de los medios ordinarios de que disponen para atender a necesidades de aquel orden de carácter coyuntural o para restar determinados servicios que sea preferible confiar al sector privado por razones de economía o de eficacia, lo que tan dispar resulta con la adjudicación que se efectúa del servicio de recaudación municipal a la entidad ahora recurrente (...)

(...)

(...) la realización de funciones que impliquen ejercicio de autoridad, como las aquí encomendadas, no pueden incluirse en el ámbito del contrato realmente concertado, (...)”

-STSJCIIM (Sección 1ª), de fecha 4 de abril de 2006 (rec. 804/2002), FFJJº 4º y 5º:

“(…) la gestión tributaria, entendida en sentido amplio, y que abarca todas las funciones referidas, se instala en el ámbito de las potestades administrativas con las notas que caracterizan su ejercicio (su origen legal y fundamento en el interés público, desarrollo de las mismas con respecto a los derechos fundamentales del administrado; que han de ser ejercitadas en las condiciones, términos y con el alcance que determine el propio Ordenamiento jurídico; atribución de funciones, con el deber de ejercitarlas y desarrollarlas). Esta clara titularización local de las potestades-función en el ámbito tributario, tiene su reflejo en la propia determinación de los órganos que la titularizan; así por ejemplo en la recaudación (art. 193 del R.D.L. 781/1986, de 18 de Abril); incluso en la necesidad de funcionarializar a los agentes ejecutivos y los recaudados, que han de ser funcionarios, ya de carrera o contratados. Ello se encuadraría en la misma línea del R.D. 1327/86, que pretende que la recaudación en período ejecutivo sea llevado a cabo por personas integradas totalmente en la jerarquía administrativa; y no en los recaudadores, que eran órganos auxiliares o impropios. Congruentemente con ello, con su nivel de publicación de la actividad (de base irrenunciable), la propia Ley esta previendo la posibilidad de delegación de competencias (art. 106.3 de la 7/85; art. 7 de la L. 39/88), que sólo cabe en otra Administración pública (Comunidad Autónoma o Ente local), perteneciente al mismo ámbito territorial; y en las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación tributarias; lo cual también se puede realizar a través de Organismo Autónomo de carácter administrativo, a través de la encomienda de gestión (art. 15 de la L.P.A.C.), que en ningún caso podrá recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, por tratarse de actividades tributarias que han de realizarse con sujeción a las normas de Derecho administrativo. (...)

(...)

existe una fuerte publicación de las funciones tributarias de gestión, liquidación,

inspección y recaudación; por incorporar potestades públicas desarrolladas a través de atribuciones competenciales y funciones públicas; integradas en una actividad prevalente y predominantemente funcionarial (art. 12 de la Ley 39/1998; art. 6 del R.D. 1684/1990, de 20 de Diciembre; art. 92.2 y 3 de la L. 7/85), que esta titularizada en una Administración pública; en este caso la local, que es quien ha de ejercerlas y desarrollarlas con unidad de acto y procedimiento en general; por configurarse como servicios públicos que implican ejercicio de autoridad; por ello el art. 85.2 de la L.B.R.L., prohíbe la gestión indirecta para los mismos; y el art. 15 de la L.P.A.C., la encomienda de gestión a través de sujetos prometidos al Derecho privado. b) Que dada la naturaleza de dichas funciones, es la propia Ley la que posibilita la delegación y colaboración en su ámbito pero titularizada en otra Administración pública; y en los términos que la legislación prevé (art. 106.3 de la L.B.R.L.). Luego estamos ante un sistema esencial y fundamentante publicado, observado ello como un todo, que no admite excepciones; y que conforma la regulación de la que hay que partir. De forma indirecta e indiciaria, ello quedaría avalado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 31 de Octubre de 1997, R.A. 7242 de 13 de Junio de 2000, R.A. 4778; y 27 de Junio de 2000, R.A. 4778). c) Que coherentemente con ello se ha de considerar, que en esta materia la prestación de los servicios de colaboración y asistencia técnica ha de ser singular, tasativa y excepcional; sin que pueda implicar supuestos expansivos desde el punto de vista de su contenido, que por su propio alcance han de incidir en el ámbito propio del servicio público que supone el ejercicio de autoridad; (...)

(...)

(...) Las funciones de colaboración y asistencia técnica se expresan con relación al contenido particular del pliego de una forma tan genérica en relación con las materias que aborda, que es difícil saber y deslindar la actividad propia de aquéllas con las que implican real y efectivamente ejercicio de autoridad; (...)

(...)

(...) i) Con la misma fórmula inespecífica e indeterminada de colaboración y asesoramiento, se le atribuyen todas las competencias en materia de inspección; gozando para ello de toda la información y antecedentes que obren en su poder. j) En la materia de actos administrativos, se la atribuye a la empresa con carácter general y amplio toda la actividad de propuestas de actos administrativo de carácter tributario (...)”

-STSJCyL (Valladolid), de fecha 22 de mayo de 2007 (rec. 291/2003), FFJJº 2º y 3º:

“(...) en nuestro ordenamiento jurídico solo son susceptibles de ser gestionados de forma indirecta, transfiriendo funciones de la titularidad originaria de la entidad concedente a quienes no se encuentran integrados en la propia organización administrativa, si tales funciones o servicios no entrañan ejercicio de autoridad, pues estas son siempre inherentes al propio ejercicio de potestades administrativas intransferibles y por ende inconcedibles en forma contractual (...)

(...)

(...) el ámbito propio de la gestión indirecta es el relativo a la gestión de servicios económicos,

con el límite de que nunca puedan prestarse en esta forma los que entrañan ejercicio de autoridad que han de efectuarse siempre en régimen de gestión directa, (...)

(...)

(...) aunque en los pliegos de condiciones económico-administrativas y técnicas, se utilizan siempre los términos de que el contrato tiene por objeto la colaboración en la propia actuación municipal, es lo cierto que no se precisa hasta donde ha de llegar esta colaboración y si se analiza todo el ámbito material de la misma, se llega más bien a la conclusión de que la sedicente colaboración llega mucho más lejos, produciendo en realidad un auténtico desplazamiento en el ejercicio de funciones públicas que han de ser objeto de gestión directa. Así el objeto de tal colaboración comprende -artículo 1.1 del pliego de condiciones técnicas- todo el ámbito de la gestión tributaria, recaudación voluntaria y ejecutiva en todos los ámbitos de ingresos tributarios o no, en el de recaudación, gestión catastral del IBI, y actividades de inspección. El único límite que se expresa en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas es que tal actuación se realiza bajo la dirección e inspección de los funcionarios municipales, (...)

(...)

(...) aunque los pliegos de condiciones se han cuidado de mantener una indefinición en cuanto a las funciones que realmente se han de asumir por el adjudicatario del contrato, lo cierto es que del contenido de dichas bases se desprende que se está creando una estructura administrativa paralela, atribuyendo a la misma funciones de gestión y recaudación tributaria, que corresponden a la entidad local territorial titular de dichas competencias, y que tales potestades en cuanto que se encuentran vinculadas al establecimiento y exigencia de tributos o prestaciones patrimoniales de carácter público, gestión tributaria, y ejecución recaudatoria participan de las características propias del ejercicio de funciones públicas indelegables que han de ser objeto de gestión directa por la Corporación.

(...)”

-En el mismo sentido de publicación de la función inspectora tributaria local, sentencias del TSJ del País Vasco (Sección 1ª), de 14 de diciembre de 2015 (rec. 625/2015; ECLI: ES:TSJPV:2015:3573), de 19 de enero (rec. 554/2015; ECLI: ES:TSJPV:2016:183), 22 de enero (rec. 988/2015; ECLI: ES:TSJPV:2016:187), 4 de marzo (rec. 838/2015; ECLI: ES:TSJPV:2016:239) y 15 de junio de 2016 (rec. 305/2016; ECLI: ES:TSJPV:2016:1810), con motivo de la anulación de varios contratos impugnados por la Abogacía del Estado, en relación con los Ayuntamientos de Amurrio, Legutio, Salvatierra-Agurain, Pasaia y Astigarraga. La anulación del contrato, en cada caso, se fundamenta tanto en la salvaguarda de las potestades de la Administración Pública, como en la defensa de la seguridad jurídica en el ejercicio de sus funciones, y de los derechos y garantías de los obligados tributarios.

-Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sala 2ª, rec. alz. 1245/2021), de fecha 24 de octubre de 2023:

“(...) Para entender que un procedimiento administrativo -como lo es el procedimiento inspector-, se ha tramitado con todas las garantías exigidas por la Ley, no basta, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia precitada, que los actos administrativos emanados del mismo

(propuesta de regularización, acta o acuerdo de liquidación) hayan sido firmados por funcionarios públicos, puesto que dicha firma no puede obviar que se ha producido la tramitación de un “expediente en la sombra” por sujetos no vinculados a la Administración por una relación funcional. No es posible que la mera firma por parte de un funcionario de un documento que ha sido redactado por una entidad privada, legitime una actuación administrativa que no se ha desarrollado por los cauces legalmente establecidos. Como señala el alto Tribunal nuestro ordenamiento jurídico exige “el monopolio de la actuación” de los funcionarios competentes en el ejercicio de las funciones que implican el ejercicio de potestades públicas por lo que los mismos no pueden ser sustituidos sin más por terceros ajenos a la función pública.

Por otra parte, y siguiendo la argumentación de la sentencia precitada, se ha de tener en cuenta que en el presente supuesto no puede entenderse que la actuación de la entidad privada contratada por el Ayuntamiento sea una prestación de servicios puntual y accesoria sino que por el contrario supone una clara intervención en la actividad administrativa puesto que actúa de forma regular y permanente en el procedimiento desde su inicio hasta la práctica resolución del mismo.

En definitiva y sobre la base de los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 14 de septiembre de 2020, procede estimar las pretensiones de la interesada por considerar que la actuación de la entidad GH, S.L. supuso el ejercicio de funciones reservadas por la ley a los funcionarios públicos.

En consecuencia y dado que las citadas actuaciones constituyeron la base de las modificaciones censales acordadas por Ayuntamiento procede la anulación del acto administrativo impugnado.” (...)

V. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN.

Hay un ejercicio ilegal de la potestad cuando menos reconducible al vicio de incompetencia manifiesta, donde no es ya que la ejerza órgano administrativo a quien no corresponda la misma, sino entidad de puro Derecho privado, a quien se entrega el ejercicio de función pública que compromete el ejercicio de autoridad. Entre otros muchos vicios de grueso calibre que arrastra el anterior: la voladura generalizada de garantías del contribuyente en el procedimiento; la entera llevanza del mismo por entidad completamente ajena a la función pública; o la entrega de datos tributarios confidenciales a aquélla. En suma, la negación misma del Derecho administrativo mediante tramas contractuales con que se vehicula en ilegalidad flagrante el ejercicio de funciones inspectoras (y sancionadoras) irrenunciables, e indelegables por la organización administrativa en sentido estricto.

LA REPRESENTACIÓN Y DEFENSA JURÍDICA DE LOS MUNICIPIOS: ESPECIAL INCIDENCIA EN LA PROBLEMÁTICA DE LA EXTERNALIZACIÓN DE ESTE SERVICIO

THE REPRESENTATION AND DEFENSE IN COURT OF MUNICIPALITIES: SPECIAL IMPACT ON THE PROBLEM OF OUTSOURCING THIS SERVICE.

JOSÉ MARÍA PASTOR GARCÍA.

Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Secretario General del Ayuntamiento de Zamora.

SUMARIO:

- I.- El régimen legal aplicable y requisitos exigidos.
- II.- La defensa en juicio de las entidades locales por funcionarios municipales.
- III.- La externalización del servicio.
- IV.- La defensa de los miembros de las corporaciones locales.

RESUMEN:

La defensa en juicio de los municipios (a diferencia de la Administración de la Administración del Estado y de las Administraciones de las distintas Comunidades Autónomas que se lleva a cabo por la Abogacía del Estado y por los letrados de sus servicios, respectivamente) se caracteriza por su heterogeneidad y diversidad, pues varía según el municipio de que se trate: no es la misma en un municipio de gran población (donde los letrados tienen encomendadas funciones de asistencia jurídica propias de la Secretaría General del Ayuntamiento) que la de un municipio de régimen común que dependerá de su población y de la estructura organizativa propia de cada uno de ellos.

De ahí que las posibilidades que se puedan dar son variadas: puede que estas funciones se presten por los servicios jurídicos propios del municipio; que se asuman por los servicios jurídicos de otras Administraciones Públicas (Diputaciones, Comunidades Autónomas e, incluso, del estado); y en muchas ocasiones que se externalice este servicio, contratando a un abogado para la defensa en juicio del municipio, dando lugar, en este último caso, a la problemática en cuanto al procedimiento de adjudicación de este contrato.

ABSTRACT:

The defense in court of the municipalities (unlike the Administration of the State Administration and the Administrations of the different Autonomous Communities which is carried out by the State Attorney's Office and by the lawyers of its services, respectively) is characterized by its

heterogeneity and diversity, as it varies depending on the municipality in question: it is not the same in a municipality with a large population (where lawyers are entrusted with legal assistance functions of the General Secretariat of the City Council) as that of a municipality with a regime common that will depend on its population and the organizational structure of each of them.

Hence, the possibilities that may arise are varied: these functions may be provided by the municipality's own legal services; that are assumed by the legal services of other Public Administrations (Diputations, Autonomous Communities and even the state); and on many occasions this service is outsourced, hiring a lawyer to defend the municipality in court, giving rise, in the latter case, to the problem regarding the procedure for awarding this contract.

PALABRAS CLAVE:

Ejercicio de acciones, defensa en juicio, municipio, letrados, contrato público.

KEYWORDS:

Exercise of actions, defense in court, municipality, lawyers, public contract.

I.- RÉGIMEN LEGAL APLICABLE Y REQUISITOS EXIGIDOS.

Por lo que se refiere a la normativa en materia de régimen local, el artículo 54.4 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante TRRL), dispone que la representación y defensa en juicio de las entidades locales se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por remisión, el artículo 551.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), recoge las distintas alternativas que se pueden dar para la representación y defensa en juicio de las entidades locales: puede corresponder a los letrados que sirven en los servicios jurídicos de las entidades locales; también, pueden designar abogado colegiado que les represente y defienda; e, incluso, cabe su representación y defensa por la Abogacía del Estado en los términos contenidos en el artículo 1.3, párrafo segundo de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo (que se remite a un desarrollo reglamentario o a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado y las respectivas Corporaciones o las Federaciones de las mismas, si bien dicho instrumento no ha sido puesto en práctica hasta la fecha).

En parecidos términos se expresa el artículo 221.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF), al señalar que la representación y defensa en juicio de los entes locales corresponderán a los Letrados que sirvan en los Servicios Jurídicos de los mismos, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda.

En cuanto al requisito exigible para el ejercicio de acciones en defensa de los bienes y derechos de las entidades locales, el artículo 54.3 del TRRL dispone que será necesario adoptar acuerdo *“previo dictamen del Secretario, o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado”*, en concordancia, con lo dispuesto en el artículo 45.2, letra d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) que exige acompañar al escrito iniciador del recurso contencioso-administrativo: *“El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”*.

Resulta preciso, no obstante, matizar esta regulación abierta acerca del legitimado para emitir el dictamen, según el tenor literal del artículo 54.3 del TRRL y considerar que esta función debe ser ejercida en exclusiva por los Secretarios de los Ayuntamientos (como funcionarios pertenecientes a la Escala de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en adelante FHN), dada la naturaleza jurídica de esta función calificada como pública, necesaria y reservada a esta clase de funcionarios, según señala el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRBRL)¹, teniendo en cuenta que la norma reglamentaria que desarrolla este precepto de carácter básico (el RD 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los FHN, en adelante RD de los FHN), atribuye a la función pública de Secretaría de las Corporaciones Locales, además de la fe pública, la función de asesoramiento legal preceptivo, consistente en la emisión de informe previo en la adopción de acuerdos de ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales, entre otros supuestos.

Así las cosas, la regulación que el TRRL (de 1986) sobre el dictamen previo para el ejercicio de acciones por las entidades locales ha de entenderse superada por la nueva redacción contenida en la LRBRL (tras la reforma operada en el año 2013 en esta materia) (y el RD de los FHN que la desarrolla en este aspecto), según los artículos citados.

Sobre el alcance y significado de esta exigencia prevista en el artículo 54.3 del TRRL hay que entender que tiene esa doble faceta de adopción de acuerdo para recurrir por el órgano competente y sujeción a las normas establecidas para su adopción².

En definitiva, este requisito constituye una garantía para que el órgano que ha de adoptar los acuerdos lo haga con pleno conocimiento de causa.

El órgano competente para solicitar el informe es la Alcaldía (o, en su caso, la Concejalía Delegada), por aplicación del artículo 21.1, letra d) de la LRBRL - (*“Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales”*) y requiere cumplir con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en el sentido de citar el precepto que lo exija o fundamentando,

¹ Dicho precepto califica como funciones “necesarias” en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está “reservada” a esta clase de FHN, entre otras, la de la Secretaría comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

² STSJAR 235/2020, 4 de junio, FJ. 2. ECLI: ES:TSJAR:2020:657.

en su caso, la conveniencia de reclamarlo, concretando el extremo o extremos acerca de lo que se solicita.

En cuanto al contenido del informe se deberá seguir la estructura exigida en el artículo 175 del ROF redactándose en forma de propuesta de resolución con el siguiente contenido: enumeración clara y sucinta de los hechos; disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina; y, pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva.

Sobre su naturaleza jurídica de este informe se puede calificar de preceptivo, pero no vinculante. Esto significa, por tanto, que el informe no puede ser obviado, pero puede ser desoído existiendo un ámbito importante de discrecionalidad, pudiendo, incluso, apartarse del sentido de dicho informe cuando no fuera favorable al ejercicio de las acciones que se pretenden iniciar.

En cuanto a las características principales de este informe o dictamen podemos señalar las siguientes³:

- a).- De un lado, solo será exigible para entablar acciones en primera instancia, no en la apelación o en la interposición del recurso de casación. Ni tampoco cuando la Administración sea sujeto pasivo de la acción procesal interpuesta por un tercero.
- b).- De otro lado, el carácter subsanable de su omisión, no solo retroactiva, sino ratificatorio o convalidante, de tal modo que permite su formal realización posterior, pues lo que se subsana no es la falta de acreditación sino la misma existencia del presupuesto para hacer efectiva la tutela judicial que informa el artículo 138 de la LJCA que ha venido a extender a todas las jurisdicciones el artículo 11.3 de la LOPJ.

Finalmente, una vez evacuado el preceptivo informe o dictamen, el órgano competente para la adopción de las acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de la entidad local será: bien la Alcaldía, en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno (en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación), por aplicación del artículo 21.1 letra k) de la LRBRL; bien el Pleno del Ayuntamiento cuando se trate del ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Corporación en materias de su competencia, por aplicación del artículo 22.2 letra j) de esa misma Ley, por mayoría simple.

II.- LA DEFENSA EN JUICIO DE LAS ENTIDADES LOCALES POR FUNCIONARIOS MUNICIPALES.

Salvo en los municipios de gran población del Título X de la LRBRL, en los que, según señala su artículo 129.1, 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 las funciones reservadas al secretario del Pleno, en los municipios de régimen

³ STSJAS 847/2022, 31 de octubre. FJ.2. ECLI:ES:TSJAS:2022:2901.

común la representación y defensa de las Administraciones Locales será el que se determine en cada caso, permitiéndose a cada una de ellas, en el ejercicio de la potestad de autoorganización y autonomía local, optar por las distintas posibilidades que van desde la creación de unidades administrativas con puestos de trabajo de letrados de los servicios jurídicos; que lo asuman los servicios jurídicos de otras Administraciones Públicas; o, externalizar el servicio mediante la contratación de un abogado colegiado y procurador.

De optar por la primera de las posibilidades, la primera cuestión que surge es determinar si estos servicios deben de ser prestados, exclusivamente, por funcionarios públicos o si se pueden prestarse también por personal laboral.

En el caso de la Administración General del Estado, no hay duda de que la representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos se lleva a cabo por funcionarios públicos pertenecientes al Cuerpo de Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, tal y como, se deduce del artículo 551 de la LOPJ y, más, en concreto, de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, cuando éste último precepto exige que los puestos de trabajo de las Abogacías del Estado que tengan encomendado el desempeño de las funciones descritas en esa Ley se adscriban, con carácter exclusivo, a los funcionarios del citado Cuerpo de Abogados del Estado, en el que se ingresará mediante oposición libre entre licenciados de Derecho.

A la misma conclusión se llega si analizamos la diferente regulación de las distintas Comunidades Autónomas en la que, mayoritariamente, se encomienda, en exclusiva, estas funciones a funcionarios públicos que pertenecen al cuerpo de letrados de sus servicios jurídicos⁴, si bien, también, ocasional y excepcionalmente, se amplía a otros funcionarios públicos habilitados al efecto, a abogados externos e, incluso, a personal laboral⁵.

Pero en lo referente a la Administración Local nada se regula en la normativa aplicable. No obstante, se ha de concluir que esta falta de regulación no impide entender que estas funciones no encajan (salvo excepciones previstas en una norma) en el personal laboral en el que prevalece el carácter tuitivo, siendo más propias de la relación funcionarial, en el que prevalece el interés público, en los términos señalados en el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP)⁶.

Centrándonos en el desempeño de estas funciones por funcionarios públicos, más

4 Véanse, a título de ejemplo, el artículo 4 de la Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público; artículo 5 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; artículo 6 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid; artículo 17 del Decreto 17/1996, de 1 de febrero, de organización y funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Castilla y León; y artículo 32 del Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, entre otros.

5 Por ejemplo, el artículo 7 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

6 Alonso Alonso, I. *Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales*, 1ª Ed., Wolters Kluwer España, 2019.

dudas surgen cuando nos referimos a los puestos de trabajo de los letrados pertenecientes a los servicios jurídicos de las entidades locales, pues no existe ninguna norma que concrete a qué cuerpo o escala deban pertenecer los funcionarios que ocupen dichos puestos: en concreto, si éstos deben pertenecer, necesariamente, a la Escala de la Administración Especial, Subescala Técnica, o, si pueden también desempeñarse por funcionarios locales pertenecientes a esa misma Escala, pero de Administración General.

Para dar una respuesta a esta cuestión es preciso señalar que, ante todo, el establecimiento de escalas, subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos es una competencia que corresponde a los órganos de la Corporación Local según señala el artículo 129.3, letra b) del TRRL, como una manifestación más de su potestad de autoorganización reconocida en el artículo 4.1, letra a) de la LRBRL.

Dicho lo anterior, y respondiendo a la cuestión planteada, teniendo en cuenta, por un lado, que, según señala el artículo 170 del TRRL, tienen la consideración de funcionarios de Administración Especial los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio; y, por otro lado, que, en concreto, pertenecen a la Subescala Técnica de Administración Especial los funcionarios que desarrollen tareas que son objeto de una carrera para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos o profesionales, tal y como podría ser el de la licenciatura o grado en derecho (definición dada en el artículo 171 del TRRL), parece que, lo más lógico es atribuir el ejercicio de estas funciones en el ámbito local a funcionarios pertenecientes a dichas Escala y Subescala y así viene siendo reconocido, frecuentemente en las diferentes relaciones de puestos de trabajo en las que se han creado estas unidades administrativas.

No obstante, en la práctica, también existen ejemplos prácticos de atribución de estas funciones a funcionarios locales pertenecientes a la Subescala Técnica de Administración General (con tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior, en los términos del artículo 169.1, letra a) del TRRL), teniendo en cuenta que el artículo 166.1 de dicho texto normativo permite la asignación a los puestos de trabajo de otras funciones distintas o complementarias, práctica, que de admitirse debería llevar consigo el diseño de los procesos selectivos de acceso a esta escala, mediante pruebas específicas que incluyan conocimientos de estas funciones que requieren una capacitación específica.

Otra cuestión que debe de ser objeto de análisis es la posible asignación de estas funciones a los FHN en los municipios de régimen común (dejando a un lado la peculiaridad de los municipios de gran población, ya comentada). A este respecto, el artículo 3.3 del RD de los FHN, ya reseñado, atribuye a la función pública de la Secretaría de las Corporaciones Locales, el asesoramiento legal preceptivo, figurando, entre otras funciones, algunas que pudieran estar relacionadas con la defensa de la Corporación⁷, pero ninguna sobre la representación y defensa en juicio de la entidad local en la que desempeñan sus servicios.

⁷ Por ejemplo, la comprendida en su art. 3.3, letra d), ya citado anteriormente sobre la adopción de acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades Locales (punto 2º).

Así las cosas, está pacíficamente admitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁸, que esta clase de FHN pueden, también, desempeñar estas funciones, eso sí, cumpliendo el requisito inexcusable de ostentar el título de licenciado o grado en derecho, teniendo en cuenta que para el acceso a las distintas subescalas se requiere, según previene el artículo 18.1 del RD de los FHN, estar en posesión, o en condiciones de obtener el momento en que termine el plazo de presentación de instancias, cualquier titulación universitaria exigida para el ingreso en los Cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1. Además, estas funciones deberían estar expresamente reconocidas en la Relación de Puestos de Trabajo.

Sea cual fuere el funcionario local que lleve a cabo el ejercicio de estas funciones cabe plantearse si requiere la colegiación. A este respecto conviene precisar que el artículo 6 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española en su artículo 4.1 solo conceptúa como profesionales de la abogacía a quienes estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes.

En el mismo sentido, el artículo 1.2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador establece que para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de profesionales de la abogacía se requiere la obtención del título profesional en la forma determinada por esta Ley y la colegiación como ejerciente en el Colegio de Abogados.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 544.2 de la LOPJ, la colegiación de los abogados, procuradores y graduados sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, si bien se reconoce como supuesto excepcional, cuando se actúe al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.

En este mismo sentido, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 34/2006 citada exonera de obtener el título de abogado a los funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del Grupo A en su condición de Licenciados en Derecho, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico.

Por tanto, podemos concluir que no es necesaria la colegiación para el ejercicio de estas funciones por los funcionarios públicos locales.

III.- LA EXTERNALIZACIÓN DEL SERVICIO.

La alternativa de externalizar este servicio jurídico, esto es, la contratación de un abogado para la defensa en juicio de la entidad local plantea diferentes cuestiones que se analizan en los siguientes apartados.

Muchos son los problemas que se suscitan en torno al contrato de servicios jurídicos tales como:

⁸ GARCÍA ASENSIO, J. <<La defensa y representación de las Administraciones locales en procesos judiciales>>, En Diario La Ley, nº 7269, Sección Doctrina, Año XXX, 26 de octubre de 2009.

la determinación de su objeto (que puede ser de muy diversa índole desde un asesoramiento jurídico, hasta la intervención en juicio en sus diferentes fases del procedimiento e instancias en varios órdenes jurisdiccionales); la indeterminación del cálculo del valor estimado del contrato (que variará en función, precisamente, de la indefinición del objeto del contrato teniendo en cuenta que la cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el profesional de la Abogacía con respeto a las normas deontológicas y sobre defensa de la competencia y competencia desleal, pudiendo tomar como referencia, unos criterios orientadores de honorarios elaborados por los Colegios de la Abogacía, según señalan artículos 26 y 29 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española); o la duración de esta clase de contratos (sobre todo desde que ha desaparecido la previsión de derogado artículo 303.3 del 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 que permitía su duración indeterminada por su especialidad en este tipo de prestaciones, además de la dificultad para determinar la duración de estos contratos en función de las vicisitudes de los diferentes procesos e instancias judiciales que pueden intervenir), entre otros muchos aspectos que pudieran ser objeto de análisis y estudio.

Acotaremos el estudio de otros problemas, como es el que se ha generado con la regulación prevista para esta clase de servicio en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Ante todo, hay que tener en cuenta que dentro de esta categoría general de servicios jurídicos se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento Núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías (que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7): la representación en juicio; la asesoría; y la documentación e información jurídicas.

De entre todos ellos, la Directiva 2014/24/UE recoge, en su artículo 10, una relación de “*exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*”, cuyo objeto, entre otros, de entre los servicios jurídicos sea el siguiente (letra d):

“i) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (Considerando 25).

ii) asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE.

(...)

iv) servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la

supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

v) otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹ se ha pronunciado sobre el alcance de este precepto justificando la exclusión de los servicios jurídicos del ámbito de la contratación pública en diferentes motivos, entre otros los siguientes:

1º.- Porque se prestan habitualmente por organismos o personas designados o seleccionados de una manera que no puede someterse a las normas de adjudicación de los contratos públicos en determinados Estados miembros, de tal modo que procedía excluir esos servicios jurídicos del ámbito de aplicación de la citada Directiva. (apartado 34).

2º.- Porque esa relación “intuitu personae” entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse. (apartado 36).

3º.- Porque la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación. (apartado 37).

No obstante lo anterior, la vigente LCSP lejos de transponer la citada Directiva comunitaria en los términos expuestos, excluye de la misma solo a los contratos de servicios jurídicos sometidos a arancel y a los servicios de arbitraje y conciliación (apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LCSP), pero, en cambio sobre el resto se limita a no considerarlos sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado del contrato, en concreto: los servicios jurídicos de representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado; el asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos del anterior supuesto o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado; u otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público, entre otros (Puntos 1º, 2º y 5º del artículo 19.2 de la LCSP).

Siendo esto así, salvo la innecesidad de publicar anuncio en el DOUE (requisito preceptivo solo exigible a los contratos sujetos a regulación armonizada), la adjudicación de la representación y defensa en juicio de las entidades locales se sujetará al procedimiento general de contratación del sector público, apartándose de la regulación prevista en la citada Directiva comunitaria, con todos los problemas prácticos que puedan derivarse.

Esta discrepancia ha generado un fuerte debate con dos posturas encontradas en la doctrina administrativa.

Por un lado, la que legitima y justifica la regulación de estos servicios en los términos recogidos por la LCSP, encabezada, esencialmente, por la Junta Consultiva de Contratación

⁹Sentencia (Sala Quinta) de 6 de junio de 2019. P. M. y otros contra Ministerraad. Asunto C-264/18. ECLI:EU:C:2019:472.

Pública del Estado¹⁰ y arropada por algunos órganos consultivos de contratación de diferentes Comunidades Autónomas¹¹. Así, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que el legislador español actúa correctamente excluyendo estos servicios de la regulación armonizada, porque goza de la potestad de permitir su regulación por la norma contractual pública del Estado miembro en cuestión, a pesar de que por expresa indicación del derecho comunitario no estén sujetos a la Directiva, constituyendo esta una decisión del legislador español que es perfectamente congruente con el texto y el espíritu de la Directiva y que no puede calificarse como una incorrecta transposición de la misma¹².

La otra postura doctrinal, encabezada, fundamentalmente, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón¹³ viene a sostener que estos contratos deben de ser excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, en consonancia con la regulación de la citada Directiva comunitaria, argumentando que si el legislador hubiera querido incluir las actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales en el ámbito de la LCSP debería haberlo justificado, pues son negocios expresamente excluidos de las Directivas de contratación pública.

Esta última postura ha tenido fiel reflejo en el artículo 7.1 letra l) de la Ley Foral de Navarra 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, al excluir de su ámbito de aplicación los servicios jurídicos del artículo 10, letra d) de la Directiva europea. Dicha nueva letra l) ha sido introducida por el artículo único, apartado 2 de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, si bien, en su Exposición de Motivos, no justifica (ni siquiera se menciona esta modificación), obedeciendo a una técnica legislativa manifiestamente mejorable, sin lugar a dudas.

La citada Ley Foral ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por la Abogacía del Estado, alegando como, fundamento de la demanda, en esencia, que la exclusión de estos servicios del ámbito de la contratación pública es contraria a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por el carácter básico de la LCSP. Por el contrario, las representaciones del Parlamento y de la Comunidad Foral de Navarra coinciden en defender que, sin negar ese carácter básico de la LCSP, la exclusión de estos servicios viene amparada por la Directiva, cuyo artículo 10, letra d) la recoge dentro de las exclusiones de servicios.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 65/2024, de 11 de abril de 2024¹⁴ declara la inconstitucionalidad de dicha letra l) del artículo 7.1 de la Ley Foral de Navarra 2/2018, por considerar que los servicios jurídicos están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la LCSP.

10 Informes 4/2019, 52/2020 y 27/2023.

11 Por ejemplo, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Resolución 46/2021), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias (Informe 5/2022), o la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña (Informe 21/2023).

12 Informes citados 52/20 y 27/2023.

13 Informe 1/2023.

14 ECLI:ES:TC:2024:65.

Con ello, se cierre, de una vez por todas, esta polémica doctrinal que ha dado lugar a las diferentes interpretaciones antes mencionadas y, por tanto, consagra la regulación de la LCSP a pesar de su diferente tratamiento con respecto a la Directiva en cuestión.

Otra de las cuestiones que, también, han sido objeto de estudio y discusión se refiere a si se puede adjudicar el servicio de representación y defensa en juicio a través de la contratación de un abogado externo a la entidad local para cada ejercicio concreto de una acción procesal (es decir, por cada pleito que se dirima), siempre que se encuentre dentro del límite cuantitativo que, para este procedimiento extraordinario de contratación, señala el artículo 118.1 de la LCSP (esto es, que el valor estimado del contrato no supere el importe de 15.000 euros).

Para algún sector doctrinal estos servicios se encuentran al margen del contrato menor, por sostener que este negocio jurídico se encuentra excluido de la LCSP, por transposición del Derecho Europeo¹⁵.

En cualquier caso, se ha de concluir que, aun cuando se encuadre este negocio jurídico dentro de los contratos administrativos típicos de la LCSP, resulta inviable su adjudicación bajo la modalidad del contrato menor, por lo siguiente:

1º.- En primer lugar, por el límite temporal aplicable a este procedimiento extraordinario de adjudicación, teniendo en cuenta que este contrato no puede tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (art. 29.8 de la LCSP) y, por tanto, resulta incompatible con la contratación de los servicios de un abogado para la defensa en juicio de la entidad local que puede extenderse, sin duda, más allá de este límite temporal; incluso, aun cuando, circunscribamos el objeto contractual a la defensa en juicio ejerciendo una concreta acción procesal. Cuestión distinta sería si el objeto contractual viene constreñido no ya a la defensa en juicio, sino al asesoramiento jurídico concreto, mediante la emisión de un dictamen o informe, de forma aislada o esporádica.

Este postulado viene así ratificado por la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación¹⁶, pues a nadie se le escapa que en el momento de iniciar la tramitación de esta contratación el órgano de contratación puede tener un conocimiento cierto de la necesidad de contratar una prestación perfectamente definida y que responde a una necesidad continuada en el tiempo.

En segundo lugar, porque tampoco se podrá contratar de manera separada la defensa en juicio según se vaya a ejercer de manera individualizada una acción procesal, ya que de ser así, el órgano de contratación incurriría en la prohibición recogida en el artículo 99.2 de la LCSP de fraccionar el objeto del contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo,

15 GIMENO FELIÚ, José M^a. <<Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota litis>>, En Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 19, abril de 2023, p. 90. Sostiene que “(...) su naturaleza será, como todo contrato vinculado a la propiedad incorporal, contrato privado (lo que significa que se regula por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor”.

16 Por ejemplo, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares 4/2010.

sin perjuicio de que se pueda realizar de forma independiente cada una de las partes del objeto del contrato, mediante su división en lotes (tomando como referencia, por ejemplo, las especialidades procedimentales y procesales de las distintas ramas del Derecho ya sea penal, administrativo, civil, mercantil o laboral).

Así, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹⁷ considera que esta clase de servicios debe de ser objeto de contratación por cualquiera de los procedimientos recogidos en la LCSP en los que se respeten los principios generales de contratación pública de publicidad y libertad de concurrencia, aconsejando que se celebre un único contrato de representación y defensa en juicio (y no uno por cada juicio que se celebre), sin excluir el supuesto en el que, por su especificidad o excepcionalidad propia de determinados casos, se pueda optar por la contratación singular de la defensa jurídica para un pleito determinado, previa justificación de esta peculiaridad en el expediente.

Por tanto, teniendo en cuenta que solo se puede utilizar esta modalidad de contrato menor para cubrir necesidades extraordinarias, imprevisibles y puntuales, no se considera adecuado y conforme con la LCSP, su empleo para la contratación de este servicio, salvo las peculiaridades antes apuntadas.

Descartada la posibilidad de acudir a la modalidad del contrato menor, salvo las excepciones antes señaladas, la posible consideración del carácter intelectual del servicio condicionaría, sin duda, en gran manera, tanto los criterios de adjudicación utilizables y su valoración, como las diferentes modalidades de los procedimientos de adjudicación que se pretendan emplear y que se pueden resumir en las siguientes:

- Así, el artículo 145.3 letra g) LCSP señala que en los contratos de servicios cuyo objeto sean prestaciones de carácter intelectual el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación.
- Para el caso de que se pretenda utilizar la modalidad del procedimiento abierto normal, el simplificado ordinario, o el restringido hay que tener en cuenta la peculiaridad prevista en el artículo 145.4, 2º párrafo de la LCSP, cuando se refiere a que en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.
- De emplear el procedimiento abierto simplificado normal (servicios cuyo valor estimado sea inferior a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de la LCSP) el artículo 159.1, letra b) de la LCSP limita la forma de baremar los criterios de adjudicación mediante juicios de valor hasta un máximo del 45 por ciento del total, cuando el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual.
- Si lo que se pretende es utilizar el procedimiento abierto simplificado sumario o abreviado (servicios cuyo valor estimado no supere los 60.000 euros) el artículo 159.6 de la LCSP excepciona, precisamente, su utilización para prestaciones de carácter intelectual.

¹⁷ Informe 4/2019.

- Por último, el artículo 143 de la LCSP permite emplear la subasta electrónica en los procedimientos abiertos, restringidos y en las licitaciones con negociación, siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa en los pliegos que rigen la licitación y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual.

Consecuentemente, resulta del todo punto esencial dilucidar si este tipo de servicios se encuadra o no en el carácter de intelectualidad, pues eso repercute, en gran medida, en la tramitación y adjudicación de esta clase de contrato.

Hay que aclarar que en la LCSP no existe una definición concreta sobre este concepto. Además, ese carácter intelectual no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que exige una valoración circunstanciada de cada supuesto para alcanzar una conclusión. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP reconoce expresamente esta condición solo a los contratos de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, pero sin que con ello quede acotado el tipo de servicios que reúnen estas características a los efectos de la aplicación de las previsiones legales.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) se ha pronunciado en diferentes resoluciones¹⁸ al respecto, acotando el carácter intelectual de las prestaciones a aquellas en las que predomina el elemento inmaterial no cuantificable asociado a los procesos mentales propiamente humanos, y, además, que impliquen el uso de las más altas facultades intelectivas humanas, sobre todo, aquellas que suponen una innovación o un cierto grado de creatividad.

Sobre estos pilares, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón¹⁹ rechaza, por ejemplo, el carácter de intelectualidad al servicio de asistencia técnica y colaboración en materia de gestión, recaudación e inspección de tributos y demás ingresos de derecho público²⁰, o en los servicios de representación y defensa jurídica en los diversos órdenes jurisdiccionales²¹. Sobre estos últimos dicha Junta Consultiva argumenta que no predomina su carácter innovativo u original, por lo que cabe concluir que el objeto del contrato no tiene el carácter “intelectual”, si bien matiza que no es que los servicios jurídicos no impliquen trabajo intelectual profesional, sino que a los que se refiere el artículo 145.4, 2º párrafo de la LCSP son a los que implican creatividad amparada por propiedad intelectual en los ámbitos de la arquitectura, ingeniería, consultoría técnica y urbanismo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón²² resalta que la clave para la designación o no de una prestación como de carácter intelectual debe estar en la creatividad (concepto cuanto menos abstracto) y en el papel que juegue la propiedad intelectual, es decir, si

¹⁸ Entre otras las Resoluciones 946/2017 y 544/2018.

¹⁹ Informe 6/2019.

²⁰ Resolución 1111/2018.

²¹ Resolución 1148/2018.

²² Informe 6/2019, antes citado.

de los trabajos que se realicen en el marco del contrato se derivaran productos o subproductos que pudieran encuadrarse en este ámbito.

Por ello debemos concluir que este tipo de prestaciones no se encuadra en las de carácter intelectual, con las matizaciones antes referidas.

IV.- LA DEFENSA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES.

Por último, en este último apartado abordaremos, brevemente, la problemática de la defensa en juicio de los corporativos cuando requieran la intervención letrada en procesos judiciales por actuaciones en el ejercicio de su cargo.

A diferencia de los empleados públicos que para cualquier administración pública gozan del derecho a la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos (artículo 14, letra f) del TREBEP), los miembros de las Corporaciones Locales no tienen reconocido un derecho similar, teniendo en cuenta, además, que el artículo 78.1 de la LRBRL los sujeta a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo, exigiendo dicha responsabilidad ante los Tribunales de Justicia competentes.

Eso sí, en todo caso, los miembros de las Corporaciones Locales, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tienen derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental, según las normas de aplicación de las Administraciones Públicas, en los términos que se señalan en el artículo 75.4 de la LRBRL.

Esta situación no se da, en cambio con respecto de las autoridades de la Administración General del Estado, pues el artículo 2 de la Ley 52/1997 ya citada encomienda a los Abogados del Estado asumir la representación y defensa en juicio tanto de las aquellas como de los funcionarios y empleados del Estado, sus Organismos públicos a que se refiere el artículo anterior y Órganos Constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionados con el cargo.

Esta incertidumbre y vacío legal, en el ámbito local, genera no pocos problemas a las entidades locales cuando algún miembro en el ejercicio de su cargo requiere la contratación de los servicios jurídicos para la defensa de sus derechos con relación a la asunción por aquellas del coste de dicho servicio.

Como solución, dado que esta falta de regulación en el ámbito local en cualquier caso no supone una prohibición expresa por la normativa vigente para que se pueda hacer cargo la Corporación Local de los gastos por representación y defensa jurídica, nada obsta para que, en el propio reglamento orgánico municipal (como máxima representación del principio de autoorganización municipal) se pueda reconocer y regular la representación y defensa en juicio de los miembros de la propia Corporación Local en el ejercicio de sus cargos públicos, determinando en el mismo, eso sí, los requisitos, límites y procedimiento aplicables.

A modo de resumen, los requisitos que se vienen considerando aplicables para su admisibilidad y que se pueden concretar en los siguientes²³:

1º.- Deben de tratarse de actuaciones penales debido a acciones u omisiones de los miembros de la Corporación en el ejercicio de sus cargos.

2º.- No puede concurrir conflicto de intereses entre la defensa del propio Ayuntamiento y la del miembro de la Corporación.

3º.- Inexistencia de indicios racionales de que la actuación del corporativo esté hecha con intencionalidad, negligencia, o culpa grave; es decir, que la actuación no sea llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen, susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación.

4º.- Debe declararse la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal. En caso de que el miembro de la Corporación Local sea declarado responsable penalmente por la comisión de un delito con intencionalidad, negligencia, o culpa grave deberá reembolsar a la entidad local los gastos que, previamente, hayan sido abonados por aquella, en el ejercicio de la acción de regreso prevista en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

23 CANDELA TALAVERO, E. << La defensa letrada como servicio al ayuntamiento. Servicios locales. Defensa letrada >>, En La Administración Práctica, núm. 4/2021, Editorial Aranzadi, S.A.U.

EL ETERNO RETORNO DE LA DESVIACIÓN DE PODER. LA DESVIACIÓN DE LA DESVIACIÓN DE PODER

THE ETERNAL RETURN OF THE DIVERSION OF POWER. THE DEVIATION OF THE DEVIATION OF POWER.

Javier Eugenio López Candela
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional.

SUMARIO.

- I. INTRODUCCIÓN
- II.- UN POCO DE HISTORIA SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER.
- III.- EL OBJETO DE LA DESVIACIÓN DE PODER.
- IV.- DOS SUPUESTOS PARADIGMÁTICOS DE GRAN RELEVANCIA: LA STS DE 20 DE MARZO DE 2.023, RECURSO 841/2021, SOBRE CESE DE CORONEL DE LA GUARDIA CIVIL, Y EL NOMBRAMIENTO DE FISCAL DE SALA POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO (STS DE 4 DE JUNIO DE 2.024, RECURSO 723/2023).
- V.- CONCLUSION.

RESUMEN.

El control judicial de la discrecionalidad de la Administración tiene su máximo fundamento en el control del fin perseguido por aquélla. La desviación de poder nació como garantía del ciudadano, como creación jurisprudencial en Francia y en Italia, y posteriormente creación legal en España, frente a la timidez de los Tribunales en su aplicación. Vuelve con savia nueva a raíz de nuevos pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo, pero cabe preguntarse si en el fondo seguimos hablando de la misma figura. ¿Sigue siendo una figura jurídica residual de cuya verdadera naturaleza los Tribunales se han desviado, o debemos darle su justo alcance?. Hoy en día los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa siguen siendo la garantía última del ciudadano en aquellas ocasiones en que el ejercicio de las potestades administrativas incurre en desviación de poder.

ABSTRACT

The judicial control of the Administration's discretion is fundamentally based on monitoring

the intended purpose pursued by the Administration. The concept of abuse of power emerged as a citizen's safeguard, initially as a jurisprudential creation in France and Italy, and later as a legal creation in Spain, in response to the timidity of the Courts in its application. It resurfaces with new vigor following recent rulings by the Supreme Court, but one might wonder if, at its core, we are still talking about the same concept. Is it still a residual legal figure whose true nature has been overlooked by the Courts, or should we recognize its proper scope? Today, the Courts of the contentious-administrative jurisdiction remain the ultimate safeguard for citizens in cases where the exercise of administrative powers constitutes an abuse of power.

PALABRAS CLAVE.

Discrecionalidad administrativa. Control Judicial. Exceso y desviación de poder. Evolución legal y jurisprudencial. Causa y fin del acto administrativo. Ejemplos jurisprudenciales recientes.

KEYWORDS.

Administrative discretion. Judicial Control. Excess and deviation of power. Legal and jurisprudential evolution. Cause and purpose of the administrative act. Recent jurisprudential examples.

I.- INTRODUCCIÓN.

¡Todavía hay Jueces en Berlín!. Sobre esa frase, tan conocida por todos, no se sabe con toda certeza si se atribuye a Federico el Grande de Prusia o al molinero que sufrió su arbitrariedad, cuando se dictó una sentencia por el Tribunal de Berlín sobre los hechos acaecidos en Sans Souci, Potsdam. Dicha sentencia obligaba al Monarca a paralizar la demolición de un molino, así como a indemnizar a un ciudadano alemán dueño de aquél y próximo a Palacio, cuyo funcionamiento molestaba al monarca; y ha sido siempre invocada como el paradigma del control judicial del Poder, cualquiera que sea éste¹.

En este universo del control del Poder, o más bien, habría que decir multiverso, se sitúa la figura de la desviación de poder. Esta institución, característica del Derecho Francés e italiano, y que en España ha tenido poco éxito, se presenta con enorme actualidad a raíz de recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, que han permitido sentar algunas esperanzas en nuestra doctrina científica sobre un posible renacer de este instituto, pero como veremos, todo ha sido verdadera apariencia.

¹ Vid, ESTEVE PARDO J, "Hay Jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder". Ed.Marcial Pons.

Como veremos a continuación, a pesar de valientes decisiones de órganos unipersonales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y de muchos Tribunales Superiores de Justicia, la conclusión a la que llegaremos es la de que, a nivel de doctrina legal, poco ha cambiado sobre la situación existente comparada con la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, a pesar del tiempo transcurrido.

II.- UN POCO DE HISTORIA SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER.

MARTIN-RETORTILLO², y CHINCHILLA MARÍN³ han realizado magníficos estudios sobre este Instituto, sobre su origen histórico y el alcance del mismo.

La doctrina española ya puso de relieve que fue una figura jurídica de creación jurisprudencial, tanto en Francia como en Italia especialmente por parte del Consejo de Estado francés, con su arret Vernes de 19 de mayo de 1858, a diferencia de lo acontecido en España. La profesora CHINCHILLA indica que la figura del exceso de poder nació en el contexto de la Revolución Francesa para controlar los actos judiciales⁴. Sin embargo, después, bajo el concepto de exceso de poder se hablaba de las actuaciones administrativas que se excedían manifiestamente en el ejercicio su competencia, sirviendo para hacer mención a todos los vicios legales que podía tener un acto verificables en un recurso contencioso-administrativo.

Posteriormente, se empieza hablar de desviación de poder como equivalente a abuso de poder, y a su vez como manifestación del abuso de derecho. Por influencia de la doctrina francesa (Hauriou) se empieza a hablar del control de la actuación administrativa que persigue un fin distinto al establecido en el ordenamiento jurídico, bajo una apariencia de legalidad, y todo ello como medio de control de las potestades discrecionales de la Administración.

En España, con la Ley de Santamaría de Paredes de 1888, en la que los actos discrecionales en muchos casos carecen de control judicial alguno, la desviación de poder, en el mejor de los casos se aplicaba en su aspecto competencial, es decir, para controlar un exceso el ejercicio de la competencia, pero nunca como control del fin de la actuación administrativa. Los tribunales, y así lo pone de relieve Martín-Retortillo, hicieron escasa aplicación esta figura⁵, que la llegaron a considerar inútil.

La Ley de Régimen Local de 1935 tampoco la contemplaba. Pero ello cambió, en primer lugar, con la Constitución Republicana de 1931⁶, cuyo art.101 será el antecedente del art.106.1

2 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S “ La desviación de poder en el Derecho Español”, Madrid, 1957, RAP nº22,

3 CHINCHILLA MARIN C, “ La desviación de poder”, Ed.Thompson-Civitas. Madrid, 2004.2ª edición.

4 CHINCHILLA MARIN C, “ La desviación de poder”, ob.cit, p.33.

5 En el mismo sentido, CHINCHILLA MARÍAN, La desviación de poder, ob.cit, p.191 y ss; SÁNCHEZ ISAC, “ La desviación de poder en los Derechos Francés, italiano y español”, IEAL, 1973, CLAVERO ARÉVALO M, La Desviación de poder en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, RAP nº30, 1959, p. 129., SANTAMARÍA PASTOR J.A, “Renovación dogmática en torno a loas desviación de poder como instrumento de control” REDA nº2, 1974, p.304., GONZÁLEZ PÉREZ J:”Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa “, Ed.Civitas, 1978, p.1029.

6 Muy apoyada por la doctrina que comentó ese texto, GARCÍA OVIEDO “El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución española”, Revista de Derecho Público, 1932, p.501 y ss; PÉREZ SERRANO N : La Constitución Espa-

de la CE, y prevé la necesidad de que la actuación de la Administración se sometiese al fin legalmente establecido. Y también con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 se desarrolla esta idea, cuyos art.4 a 6, ponían de relieve la trascendencia que tiene el fin en la actuación de la Administración.

Todo ello explicará en buena medida las razones de la positivización de la desviación de poder, tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que la recogerá como un vicio de anulabilidad en su art.48, como por la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, hasta el punto de ser un motivo para acudir al recurso de apelación (art.83 y 94.2), fomentando así su invocación ante los Tribunales.

Las causas de su inaplicación, como indicaba la profesora CHICHILLA, derivaban de su concepción como figura residual o subsidiaria, del rigor exigido para la prueba de su existencia y del abuso en su invocación para poder acudir a la segunda instancia⁷.

Nuestra Constitución Española positiviza también esta figura en el art. 106.1 al hacer referencia al sometimiento de los fines que justifica la actuación administrativa.

Por otro lado, destaca también la doctrina cómo una norma procesal como el art. 70 de la ley jurisdiccional, contenga una definición sustantiva de lo que es la desviación de poder, lo que pone de relieve el interés del legislador en fomentar la aplicación de este instituto.

Este planteamiento legislativo puede explicarse por diferentes razones. La profesora CHINCHILLA alude a que la Ley jurisdiccional acoge la tesis institucionalista de Santi Romano⁸, lo cual también es defendido por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Pero sobre todo, pone de relieve la importancia que tiene este instituto para el control de las potestades discrecionales, dentro de un nuevo contexto normativo que establece el pleno control de las mismas, y a la desviación de poder como un vicio de anulabilidad, de infracción del ordenamiento jurídico, no obstante, el parecer de algún sector de la doctrina que consideraba que, en ocasiones, podía suponer un verdadero supuesto de nulidad de pleno derecho.

Entiende así la doctrina que cuando la desviación de poder es importada al Derecho Español, desde las aportaciones del Consejo de Estado francés, y ya pasa a ser reconocida en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, en concreto en su Exposición de Motivos, a diferencia de su antecesora, su aplicación por los tribunales fue muy diferente y menor que la efectuada por los Tribunales de Francia e Italia, hasta el punto de llegar a una práctica inaplicación de esta figura en el siglo XX, e incluso durante este siglo.

Varias razones justificarían, en mi opinión, dicha inaplicación por parte de los tribunales, además de las ya indicadas por la doctrina. Así he de destacar el temor tácito existente en las decisiones adoptadas de que su reconocimiento podía suponer una imputación a la Administración de la comisión de un delito. Por otro lado, como se ha dicho, resulta de mayor facilidad la invocación de la existencia una actuación arbitraria de la administración, conforme

ñola, Madrid, 1932, p. 299; y sin olvidar las aportaciones de ALCALÁ-ZAMORA N: “El recurso contra los abusos de poder de la Administración”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1902, p.472 y ss.

7 CHINCHILLA MARIN, “La desviación de poder...”ob.cit, p.193.

8 CHINCHILLA MARIN, “La desviación de poder...”ob.cit, p.50 y ss.

al art.9.3 de la CE, o de una falta de motivación de la misma, o incluso era preferible acudir a la figura del abuso de derecho (art.7.1 del CC), que imputar una desviación de poder a una Administración Pública.

Esta situación también se ha visto favorecida por el hecho de que la valoración de la prueba que han venido realizando los tribunales de justicia sobre su existencia, pese a exigir de forma reiterada la doctrina del Tribunal Supremo de que dicha prueba había de ser indiciaria, de facto, se ha venido exigiendo una prueba más que concluyente sobre los hechos indiciarios que debiera justificar su concurrencia. Frente a una Jurisprudencia reducida que indicaba que bastaba la convicción moral del Tribunal (STS de 1.10.1982, 13.6.1984, 6.12.1984)⁹, se alzaba otra mayoritaria mucho más rigurosa. En efecto, una cosa es que los indicios deban estar suficientemente acreditados y otra muy diferente es que se exija una prueba plena, habiéndose manifestado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido contrario; baste citar, por todas, las sentencias de fecha (STS de 16.7.1985, 10.10.1987, 10.1.1997, 13.6.1997, 11.2.2003, recurso 101/2000, por todas,). Pero entiendo, en todo caso, que no constituye la prueba de un hecho negativo como se ha dicho¹⁰, sino la prueba de un hecho positivo: que se ha perseguido un fin distinto al establecido por el ordenamiento jurídico.

Y por otro lado, dentro de una construcción desviada de la desviación de poder, desposeyendo a los mencionados hechos indiciarios de la suficiente conexión, es decir, interpretándolos de forma separada y sesgada, y no relacionando los mismos. Por consiguiente la prueba de la existencia de desviación de poder resultaba difícil y compleja, cuando no imposible.

Y por último; a este fracaso de la desviación de poder ha contribuido una concepción, no solo jurisprudencial sino defendida por un cierto sector doctrinal, que entiende que la desviación de poder presupone una actuación ilegal de la administración, como es el caso de la opinión de Álvarez Gendín¹¹, muy contrario, además, a la invocación de la desviación de poder como medio para sustituir la discrecionalidad de la Administración por la de los Tribunales.

En ese sentido, no dudamos de la consideración de la desviación de poder como un vicio del acto, más allá que un juicio sobre el comportamiento ético de la Administración. Esta tesis ya está más que superada, porque así lo indicó la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional de 1956. Pero lo característico de la desviación de poder es, ante todo, la existencia de una actuación administrativa que goza formalmente de una apariencia de legalidad, y que por la averiguación del fin verdaderamente pretendido por administración, nos acerca a la figura del “abuso de poder”, que no es ni más ni menos que el abuso de una potestad legalmente encomendada la Administración, pero que se ha utilizado en exceso, por lo que no nos hallaríamos muy lejos del artículo 7.1 del Código Civil, y de la figura del abuso de derecho.

⁹ Tampoco entiendo que “convicción moral” puede ser equivalente a no exigir una mínima y suficiente prueba indiciaria.

¹⁰ Así, CHINCHILLA MARÍN, Ob. Cit, p. 207.

¹¹ ALVAREZ GENDÍN, Teoría Práctica de lo contencioso-administrativo”, Barcelona 1960, p.114. En contra, STS de 29.9.1992, 18.7.1992, 10.10.1991, 22.1.1988, por todas.

III.- EL OBJETO DE LA DESVIACIÓN DE PODER.

La desviación de poder no es ni más ni menos que la consecución de un fin distinto del establecido en el ordenamiento jurídico, tal como se deduce del artículo 48.1 de la ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común, o del art. 70.2 de la ley jurisdiccional. Una declaración de estas características no supone, en modo alguno, la imputación de la comisión de un ilícito penal, sino simplemente que la Administración demandada no se ha ajustado al fin establecido por el ordenamiento jurídico, lo que constituye una exigencia prevista en el art.34.2 de aquella Ley 39/2015, el cual dispone que:

“2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos...”

Y es así que el fin de la potestad administrativa no es otra cosa que la causa del ejercicio de la misma¹². Aunque para otro sector de la doctrina la causa son los hechos que justifican su concurrencia y aplicación¹³, distinguiendo así, entre una y otro¹⁴.

La tesis de SANTAMARÍA PASTOR¹⁵, cuando indica que el fin es difícilmente identificable en el acto administrativo, e incluso que un acto puede perseguir a la vez varios fines no es, en mi opinión, defendible, y menos aún, ello puede suponer que se origine desconfianza a la hora de proceder a la búsqueda del concreto fin del acto administrativo. En primer lugar, porque la búsqueda de ese fin es decisivo para el control judicial de cualquier acto. Se tendrá que conocer sí o sí. Y en segundo si concurren varios fines, habrá que valorar el preponderante. Si se abre un expediente disciplinario a quien ha sido “molesto” con la Administración, porque ha obtenido una sentencia favorable y contraria a los intereses de la Administración está claro que con tal proceder, más que aplicar el ordenamiento jurídico, lo que quiere ante todo, es sancionar al “molesto”, al “rebelde”, que ha llevado la decisión de un superior ante los Tribunales.

A partir de ahí pasaremos a analizar recientes casos de arbitrariedad de la administración que se han considerado como de desviación de poder, no obstante, la timidez de los pronunciamientos realizados por los Tribunales de justicia.

12 En este sentido, MARTIN-RETORTILLO, S, “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, p.166 y ss.

13 Por otro lado, identificando causa y fin de la actuación administrativa se encuentran otros autores como GARRIDO FALLA, F: Tratado de Derecho Administrativo, Vol I, p.433, que identifican la causa con los hechos determinantes o presupuestos fácticos del acto. Y finalmente, hay quienes distinguen entre causa y fin normativo concreto, es decir, la causa técnica del acto, como GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ T.R, Curso de Derecho Administrativo, Vol I, Ed.Civitas, Madrid, 1997, p.544, siguiendo a HAURIUO, que distingue entre causa y causa jurídica del acto, así en “Principios de Derecho Administrativo y del Derecho Público”, París 1933, p.451. En sentido análogo, SANCHEZ ISAC, ob.cit. p.169 y ss.

14 BOQUERA OLIVER, J.M “ Estudios sobre el acto administrativo”, Ed.Civitas, 5ª edición, Madrid, 1988, p.78.

15 SANTAMARÍA PASTOR J.A, “ Muerte y Transfiguración de la Desviación de Poder. Sobre las sentencias anulatorias de Planes Urbanísticos”, RAP nº195, 2014, p.201.

IV.- DOS SUPUESTOS PARADIGMÁTICOS DE GRAN RELEVANCIA: LA STS DE 20 DE MARZO DE 2.023, RECURSO 841/2021, SOBRE CESE DE CORONEL DE LA GUARDIA CIVIL, Y EL NOMBRAMIENTO DE FISCAL DE SALA POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO (STS DE 4 DE JUNIO DE 2.024, RECURSO 723/2023).

Recientemente el Tribunal Supremo en dos sentencias ha examinado el alcance de la desviación de poder con motivo de dos supuestos de hecho de bastante trascendencia social.

A)El primero de ellos se refiere al cese de un Coronel de la Guardia Civil, como consecuencia de la pérdida de confianza del Ministro del Interior. La decisión derivaba de la filtración a la prensa de informes de los que conocía un Juzgado de Instrucción, y el fundamento del cese era la falta de necesidad de motivar los ceses en los nombramientos de libre designación cuando se ha producido una pérdida sobrevenida de la confianza. Se indica en la sentencia que dicha pérdida de confianza derivaba de la falta de información dispensada por dicho militar al Ministro, como consecuencia del cumplimiento de una orden judicial, en virtud de la cual, dicho militar no podía informar, por orden judicial, a nadie que no fuese la propia autoridad judicial sobre los avances una concreta investigación, pese a haberlo hecho con anterioridad.

Recurrido dicho cese ante el Juzgado Central de lo contencioso- administrativo nº8, el Juzgado, en una encomiable sentencia de fecha 31 de marzo de 2.021, además de apreciar que, por un lado no ha habido justificación alguna de la pérdida de confianza, entiende que el cumplimiento de una orden judicial nunca puede ser motivo de un cese, aunque se tratase de un puesto de libre designación. Aprecia en este sentido, desviación de poder, y por tanto, restituye al militar en el puesto que tenía anteriormente asignado. La sentencia destaca, por la búsqueda última de la realidad material de los hechos, lo que alcanza a la causa o fin del acto, algo que muchos Tribunales deberían tomar como ejemplo.

Recurrida dicha decisión ante la Sala de lo contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ésta dicta sentencia de fecha 15 de septiembre de 2.021, RA 59/2021, estimando la apelación formulada por el Ministerio del Interior, revocando la sentencia de instancia y considerando que en modo alguno existía desviación de poder. Bastaría con acudir al art.80.4 del EBEB para justificar la decisión adoptada. El Coronel de la Guardia Civil recurre ante el Tribunal Supremo, y éste dicta sentencia de fecha 29 de marzo de 2023, que revoca la sentencia de la Audiencia Nacional, confirma la de instancia y entiende que la sentencia de instancia no se basó en la existencia de desviación de poder, sino en que el cese se produjo por causas distintas a las establecidas en el acto impugnado.

La sentencia del Tribunal Supremo, además de sostener que a los actos de cese del personal de la Guardia Civil le es de aplicación el régimen de control de los actos de libre designación”, no da el paso que quedaba por dar con lo que había expuesto, para terminad de apreciar la existencia de desviación de poder, sobre todo, cuando dice la misma ”sin que sea admisible interferencia gubernativa alguna, y menos si la Magistrada había ordenado absoluta reserva” (FJ 7º).

Como puede observarse, en la sentencia de instancia se apreció claramente la existencia de desviación de poder lo cual debe ponerse en valor para revocar una decisión que provenía del Ministro del interior.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que la argumentación del Tribunal Supremo a la hora de confirmar la sentencia de instancia, no decide acudir a la figura del desviación de poder, pues entiende que ello no resulta necesario en la medida en que dicha arbitrariedad venía acompañada de la falta de motivación del cese de un puesto de libre designación. Por consiguiente, de nuevo la desviación de poder pasa a ser una figura jurídica residual, que bien puede entenderse sustituida por la aplicación de otros institutos de menor complejidad, y problemática jurídica. Lo cierto es que la sentencia de apelación entendió que sí se aplicó dicho instituto, cuando indicó;

“Así las cosas, los argumentos de la sentencia apelada sobre la desviación de poder y sobre el resultado de las pruebas practicadas, incluido el argumento sobre los efectos o eficacia de la «última palabra» en el acto de la vista oral, no es que resulten superfluas, sino que no tienen la trascendencia, a los efectos declarados, dados los límites que acotan el ámbito de la revisión del cese en estos supuestos”.

La sentencia de instancia, sin embargó, resolvió el motivo reproduciendo lo que había indicado el Tribunal Constitucional:

“Como complemento de lo expuesto en el anterior Fundamento Jurídico, debemos reconocer que la desviación de poder ha resultado de escasa aplicación por los órganos jurisdiccionales, por las dificultades que entraña este instituto. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha alertado de que la dificultad probatoria no debe disuadir del esfuerzo procesal: “...dicho control jurisdiccional es posible tanto si la desviación es burda o grosera como si intenta disfrazarse de forma más sutil, sin perjuicio de que, en este último caso, la dificultad probatoria sea mayor. De ahí precisamente, como está subrayado en la jurisprudencia, que no sea exigible una prueba plena del ejercicio desviado por parte del órgano administrativo y, en su lugar, quepa acudir a la prueba de presunciones” (STC 97/2003).

Así, la sentencia de instancia parece acudir al examen de la falta de motivación con carácter previo al de la desviación de poder, resaltando tácitamente el carácter subsidiario de ésta. Sin embargo, sí hay que poner en valor el riguroso examen de los hechos determinantes del acto, las razones del cese, y en cierta medida el fin del acto, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, conteniendo un cierto juicio de reproche a un cese basado en la decisión de no atender una orden judicial.

Sólo se puede decir que también hay Jueces en Madrid. Y en todos aquellos lugares de España en los que la finalidad del acto administrativo sea objeto de un examen ponderado y real en las sentencias de los Tribunales de Justicia, especialmente, cada vez más, en los TSJ.

B)En el segundo de los supuestos de hecho el Tribunal Supremo, en STS de 4 de junio de 2024, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el nombramiento efectuado por el Fiscal General del Estado de la Fiscal de Sala de Derechos Humanos y Memoria Histórica, al entender que incurría en falta de motivación. Dicha decisión había sido adoptada en contra del parecer del Consejo fiscal. Tampoco aquí el Tribunal Supremo

acude la figura de la desviación de poder, la cual la rechaza, y se echa en falta, por tanto, y sin perjuicio de lo acertado de dicha decisión, un pronunciamiento proclive al reconocimiento de la desviación de poder como figura no subsidiaria, y que no se limite a la mera reproducción de otro precedente anterior, como fue la STS de 21 de noviembre de 2.023, recurso 634/2022.

Dice así el FJ 9º en su parte final:

“C) No hay desviación del poder

Por último, hemos de excluir que concurra desviación de poder en la actuación recurrida.

Tal como explica nuestra sentencia n.º 1499/2023, de 21 de noviembre (recurso n.º 934/2022):

“Según la definición canónica hoy recogida en el inciso final del art. 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es algo tradicionalmente aceptado, tanto en sede jurisprudencial como doctrinal, que esos fines distintos de los que son propios de la correspondiente potestad no tienen que ser forzosamente privados o personales, ni tampoco necesariamente ilícitos. Basta que sean fines distintos de los que la legalidad encomienda a la potestad de que se trate. Véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de esta Sala de 24 de mayo de 2001 (rec. n.º 7/1998), 18 de marzo de 2011 (rec. n.º 1643/2007), 24 de enero de 2012 (rec. n.º 505/2011) y 4 de mayo de 2016 (rec. n.º 226/2015). Es más: la propia Constitución así lo ordena expresamente cuando, en su art. 106, habla del sometimiento de la actuación administrativa “a los fines que la justifican”. Las potestades administrativas, incluida la de resolver los concursos para la provisión de plazas en el sector público, consisten por su propia naturaleza en facultades exorbitantes, que permiten incidir de manera unilateral y autoritativa sobre los derechos e intereses de las personas; y, precisamente por esta razón, está prohibido -incluso a nivel constitucional- que puedan ser utilizadas para fines diferentes de los que les son propios.

Es verdad que la desviación de poder es una técnica jurídica que, como observa la Abogada del Estado, consiste en detectar una finalidad impropia en una actuación exteriormente correcta. Es bien sabido que la alegación de desviación de poder tropieza a menudo con una no desdeñable dificultad probatoria, porque los “fines desviados” o la “intencionalidad torcida” suelen permanecer ocultos. De aquí que la prueba de la desviación de poder haya de realizarse normalmente con base en indicios, cuya apreciación puede ser incierta u opinable. Ello explica que, en la actualidad, el ejercicio desviado de potestades administrativas tienda a combatirse mediante la invocación de principios generales, especialmente de rango constitucional o convencional; y ello porque se trata de una técnica más flexible. Pero esto no significa que la desviación de poder haya perdido virtualidad cuando la finalidad impropia es clara”.

Al contrario de lo que sugieren las conclusiones de la recurrida, la desviación de poder sigue siendo, como dijimos en esa anterior sentencia, un medio útil para hacer valer el imperio de la ley. Es verdad que se invoca con relativa frecuencia, pero es igualmente cierto que no suele ser apreciada por los tribunales y, en particular, por esta Sala salvo en contadísimas ocasiones. La presente no es una de ellas. Aquí no ha habido ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de aquellos para cuya satisfacción el legislador las concede a los poderes

públicos. Simplemente, como vamos.” a ver, se han incumplido unos preceptos legales en el procedimiento de provisión de una Fiscalía de Sala”

Se sigue considerando así, a la desviación de poder como una figura residual; si concurren otros motivos de infracción del ordenamiento jurídico no será necesaria su apreciación, ni siquiera su examen, bastando con apreciar que se han incumplido otros preceptos legales sobre el procedimiento de cobertura de plaza.

En todo caso, puede sentarse una conclusión positiva; y es la de que frente a actos de elevada dosis de discrecionalidad como los antes examinados, el Tribunal Supremo se posiciona hasta el punto de anular dichos actos sobre la base de un tácito examen del fin de la actuación administrativa perseguida.

Lo cierto es que tal planteamiento no produce un efecto neutro, puesto que imputar a la administración la existencia de desviación de poder contiene una valoración peyorativa que debe ser asumida por el órgano responsable. Y hemos defendido en este trabajo que la desviación de poder no constituyó un juicio ético de la actuación de la administración, pese a la tesis defendida por HAURIUO¹⁶. Pero si la anulación de la actuación administrativa por apreciar desviación de poder, viene acompañada de un juicio de reproche implícito en el reconocimiento de la existencia de desviación de poder es evidente que ello ha de contribuir a la mejora del funcionamiento de las instituciones, a la existencia de una mayor transparencia, así como a la garantía de la responsabilidad en la actuación de los poderes públicos¹⁷.

V.- CONCLUSION.

Presupuesto todo lo anterior, habremos de aceptar la escasa aplicación que han hecho los tribunales de lo contencioso- administrativo de la figura de la desviación de poder. Y haciendo examen de conciencia, debemos aceptar, no sólo que la aplicación de este instituto ha sido excepcional, sino que siguiendo las aportaciones de la doctrina y especialmente de la profesora Carmen Chinchilla, los límites y condicionantes continuos que los tribunales han establecido para la aplicación de este instituto, la han hecho prácticamente inservible. Olvidamos que nació con la finalidad de limitar las potestades discrecionales de la Administración –aunque también pueda aplicarse a las regladas-, que bajo la apariencia de legalidad encubrían la persecución de un fin distinto al establecido por el ordenamiento jurídico. Las últimas sentencias del Tribunal Supremo, pueden ser ráfagas de aire fresco, pero que requieren renovarse con criterios más avanzados y consolidados.

Ya desde la Constitución de 1931 como hemos indicado, art.101, como con el art.106.1 de la Constitución actual, se ha querido llamar la atención a los Tribunales de Justicia para que procedan a una mayor aplicación de este instituto. El cambio de conciencia sobre su verdadera naturaleza jurídica debería pasar, en primer lugar, por considerar que imputar a la

16 HAURIUO, M: Prècis...ob. Cit. P.452.

17 SORIANO GARCÍA J.E, “Hacia el control de la desviación de poder por omisión”, REDA n°40-41, 1984, p.176. sobre el reproche de inmoralidad que conlleva la desviación de poder.

administración un vicio de desviación de poder no significa, per se, la imputación de delito alguno. Y es que ha de dejarse a un lado la vieja concepción a la que se refería García de Enterría, cuando hablaba de que “Juzgar a la administración equivale a administrar”, lo que respondía a la vieja concepción de los revolucionarios franceses.

Es necesario, por otro lado, un cambio en la concepción de la valoración de la prueba de la desviación de poder para evitar su inaplicación. Por ello debe exigirse, evidentemente, la existencia de la prueba del elemento teleológico, insito en una actuación con abuso de poder. Pero lo que en modo alguno debe tener lugar es una interpretación de los hechos de forma aislada y sesgada, y que por esa vía de interpretación, justifique la actuación administrativa, tratando, por otro lado, de averiguar la realidad material de los hechos. Nunca existirán pruebas plenas de la existencia de desviación de poder, pero si deben indagarse los fines últimos perseguidos por las Administraciones Públicas para descubrir la legalidad de la actuación administrativa. Y en todo caso, partiendo de todos los datos que puedan concurrir, no sólo los que se deduzcan del propio acto o expediente, debiendo destacar en este punto la modélica sentencia del Tribunal Supremo de 23.2.2012, recurso 2921/2008, en materia de urbanismo, que ha constituido un pequeño avance sobre la desviación de poder, pero también un gran paso hacia la Justicia material, cuando defiende la existencia de una desviación de poder de carácter objetivo a examinar con carácter preferente.

La persecución de fines privados como de fines públicos que no sean los legalmente exigidos, es una realidad en la actuación de la Administración, que no sólo afecta a la esfera del Personal de las Administraciones Públicas, o al ámbito sancionador. Supuestos de desviación de poder sobre los que no hemos dado la suficiente importancia pueden ser más frecuentes de lo que parece. Así, en el ámbito urbanístico lo ha puesto de relieve la doctrina¹⁸, reconociendo el apoyo que brinda el art.103.4 de la Ley jurisdiccional, que configura un supuesto de desviación de poder como causa de nulidad de pleno derecho, no de anulabilidad¹⁹, como es el de los actos y disposiciones generales dictadas para eludir lo declarado en sentencia. Dicha doctrina ha puesto de relieve que las modificaciones del Planeamiento en el ejercicio del ius variandi, cuando se producen en interés de los particulares, generalmente recogidos en convenios urbanísticos, son supuestos de desviación de poder, tal como ha reconocido una extensa Jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰.

Tampoco debemos olvidar las conocidas *represalias*, y los supuestos de *acoso*, y sobre las que la jurisdicción laboral tiene conocimiento suficiente y actúa con criterios mucho más decididos y determinantes, siempre en búsqueda de la verdad material. Así v.g sobre la conocida “garantía de la indemnidad laboral”, frente a las represalias por ejercicio de derechos fundamentales (STS de 5.7.2013, recurso 1683/2012, de la Sala 4ª), calificando a dichas conductas como

18 Así, MARGARIT CABALLE J, “ La desviación en el ámbito urbanístico”, nº131, junio de 2.010

19 Como pone ee relieve SANTAMARÍA PASTOR J.M, Muerte y Transfiguración..., ob cit, p.205.

20 Por todas, STS de 24 de abril de 2.014, recurso 5639/2011, 26.3.2014, recurso 3790/2011, 9.7.2013, recurso 1050/2010, 28.9.2012, recurso 2092/21, 11.5.2012, recurso 4365/2008, 23 de febrero de 2.012, recurso 2921/2008, por todas. Otra cuestión es si concurren intereses privados y públicos debiéndose dar preferencia siempre a los segundos, STS 8.5.2000, recurso 656/1994.

nulas de pleno derecho.

Y es así que cuando verdaderamente intentemos alcanzar y descubrir la realidad material de las cosas –de los hechos determinantes, que no es otra cosa que el fin o causa de la actuación administrativa en el ámbito de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa- nos acercaremos, de forma más perfecta, al verdadero conocimiento de ese instituto, de aplicación tan desviada, como es la desviación de poder. Y, por último, estaremos muy próximos de hacer efectivo el valor Justicia a que hace referencia el art.1.1 de nuestra Constitución Española. Este es nuestro verdadero compromiso con la Justicia, con el respeto al principio de legalidad y con los derechos de los ciudadanos.