

# Contratos administrativos y contratos privados de la Administración

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa*

*Profesor del CEF.-*

## Enunciado

En un ayuntamiento de 2.550 habitantes, donde los recursos ordinarios del presupuesto se elevan a la cantidad de un millón de euros, en el mes de febrero del año XXX, se ha decidido contratar directamente a un letrado para que acuda a la vía jurisdiccional, a fin de que ejerza la pretensión de desahucio contra el que había venido siendo el inquilino de una vivienda perteneciente al ayuntamiento, toda vez que llevaba varios meses sin abonar las rentas debida. El abogado cobró 7.000 euros por sus servicios.

En el mismo año, el ayuntamiento se decide a contratar, otra vez, directamente, los servicios del mismo letrado, por importe de 4.000 euros, para que le defienda en un procedimiento contencioso-administrativo interpuesto contra la corporación por un vecino que, como consecuencia de una caída en una acera, por la existencia de un bache sin señalizar, debido a unas obras de acondicionamiento que se estaban llevando a cabo en la vía pública, le había producido la rotura de un reloj Rolex que no eran posible reparar. El importe del reloj y la reclamación se eleva a la cantidad de 13.000 euros. La reclamación va dirigida al alcalde directamente.

Por otra parte, el ayuntamiento es propietario de un local que arrendó directamente a una empresa, SA, siendo utilizado como cochera para guardar los camiones que utiliza en el cumplimiento de su objeto social, que es el de las mudanzas. En un momento dado, realiza el alcalde, previo el oportuno procedimiento, la venta directa del local a la misma sociedad por un importe de 130.000 euros. Esta sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva y que forma parte de la junta de gobierno local.

Además, el ayuntamiento pretende alterar el itinerario de un camino que va a discurrir por terrenos diferentes a los que actualmente discurre. Desea poder permutar los terrenos antiguos por los nuevos.

El alcalde pregunta al secretario si es posible tramitar en un único expediente la desahucio de unos terrenos y a la vez su permuta y, en todo caso, los trámites precisos para hacer realidad lo que pretende.

Finalmente, el alcalde pregunta al secretario sobre:

1. Las consecuencias de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de la ordenanza municipal.
2. Un vecino ha solicitado que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del letrado? Con independencia de la respuesta a esta cuestión, determine otras alternativas posibles para la adjudicación de los contratos.
2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?
3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento.
4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?
5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal.
6. Si un vecino solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

## Solución

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del Letrado? Con independencia de la respuesta a esta cuestión, determine otras alternativas posibles para la adjudicación de los contratos.

Según el artículo 17 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), se trataría de dos contratos de servicios que son aquellos contratos de servicios cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Está regulado en los artículos 308 y siguientes de la LCSP.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de la Ley 9/2017 establezcan.

Los contratos menores han sido sometidos, en las últimas reformas legislativas en materia de contratación del sector público, a un cerco en cuanto a su ámbito de aplicación; lo que se ha visto consumado en la LCSP, reduciendo las cuantías y los tipos de contratos en los que se puede utilizar esta figura y suprimiéndose una limitación subjetiva de adjudicaciones mediante contrato menor que establecía el artículo 118.3, consistente en que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cantidad de 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios (art. 118.3). La modificación y eliminación de este límite se produjo por la disposición final primera del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Por tanto, se puede utilizar el contrato menor para un segundo o sucesivo encargo al mismo letrado a través de un contrato de servicios.

Es cierto que el artículo 99.2 de la LCSP señala que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan». Pero no estamos ante este supuesto, porque el objeto de cada contrato es diferente, los motivos son distintos y no existe esa unidad funcional exigible para impedir su fraccionamiento. El primero fue para ejercitar una acción de desahucio y, el segundo, para asumir la defensa del ayuntamiento en un proceso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución de aquel, ostentando, por tanto, la condición de demandado.

Otros procedimientos posibles a utilizar se determinarán entre los regulados en la ley y aplicables a este caso. A saber: abiertos, donde se ha creado una variante abreviada; restringidos; y objeto de negociación, coincidentes con los anteriormente denominados negociados, donde ha desaparecido el negociado por razón de la cuantía.

Descartando los dos últimos, respecto al procedimiento negociado, al desaparecer la posibilidad de su recurso por razón de la cuantía, resulta necesario acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias referidas en los artículos 167 y 168, sin que ninguna de ellas tenga cabida en este específico.

Ahora bien, el artículo 167 c) permite el procedimiento con negociación cuando «el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la pres-

tación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma». Por tanto, podrían tener cabida en esta modalidad los dos contratos de servicios, aunque habría que justificarlo en el expediente de contratación.

Podría considerarse la posibilidad de acudir al negociado sin publicidad, al amparo del artículo 168 b) 1.º:

Una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119

—sobre todo, en el segundo contrato en el que el ayuntamiento es el demandado—, o bien la del 168 d), cuando el objeto del contrato consista

en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial;

pero la previa adjudicación de un contrato menor excluye este supuesto por la falta de previa publicación del correspondiente anuncio de licitación en el contrato menor.

En el procedimiento abierto sería posible recurrir al de carácter simplificado en los supuestos del artículo 159.1 de la LCSP, que, en referencia al importe, lo permite para los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.

Pero, además, el artículo 159.6 regula un procedimiento que está siendo acuñado por la doctrina como supersimplificado o simplificado sumarisimo, aplicable a los contratos de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.

La disposición adicional 41.<sup>a</sup> de la LCSP reconoce las prestaciones de carácter intelectual en los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo. Este precepto no realiza una lista tasada de servicios. Por ello, otros contratos pueden ser considerados de esta misma manera y contener prestaciones de carácter intelectual como, por ejemplo, la impartición de formación, los servicios jurídicos, tecnológicos, de consultoría y, en general, científicos (particularmente en sus fases de I+D).

Pero es discutible porque son contrataciones aisladas que no tienen el carácter de continuidad que parece exigir el contrato de «servicios jurídicos» y, por parte de la doctrina y jurisprudencia se ha admitido este procedimiento en algunos supuestos.

De llevarse a cabo este procedimiento, que es el más adecuado, respecto a su rapidez en la adjudicación, son sus principales notas características:

- a) El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. No obstante lo anterior, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.
  - b) Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
  - c) La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
  - d) La valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.
- Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas.
- e) Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.
  - f) No se requerirá la constitución de garantía definitiva.
  - g) La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

En todo lo no previsto en este apartado se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado prevista en este artículo.

2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?

La respuesta dependerá de varias circunstancias.

- a) Que se reclame en el plazo de un año computado desde que ocurrió el hecho, puesto que se trata de daños exclusivamente.

- b) Que no haya existido culpa de la víctima, de un tercero o fuerza mayor, que rompen el nexo de culpabilidad.
- c) Que fuera responsable la Administración, porque gestionara directamente el servicio de limpieza que es una competencia suya. Pero si hubiera existido un contrato de concesión de servicios o de servicios, en principio, a tenor del artículo 196 de la LCSP, sería responsable la concesionaria, que, en principio, responde de todos los daños causados durante la ejecución del contrato, salvo que hubiere existido negligencia en la actuación municipal, al controlar la ejecución del contrato (porque, por ejemplo, la existencia del bache sin señalar desde hacía bastante tiempo, lo conociera y no hubiera exigido la limpieza de la acera).
- d) Que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, o sea, daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado, antijurídico –que no se tenga el deber de soportar– y que exista relación de causalidad entre la actuación o no de la Administración y el daño, sin existencia, como se ha dicho con anterioridad, de causa alguna que rompa aquella (culpa de la víctima o de un tercero).

Respecto a la competencia para resolver, el artículo 21.2 s) de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, señala que son de competencia del alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales» (llamada cláusula residual de competencia).

Si observamos el artículo 22, que se refiere a las competencias del pleno, no contempla la de resolver cuestiones referentes a la responsabilidad patrimonial de la Administración, de forma expresa.

Por otra parte, el artículo 41.17 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 señala como competencia del alcalde «disponer gastos dentro de los límites de su competencia y los expresamente previstos en las bases de ejecución del Presupuesto, ordenar todos los pagos que se efectúen con fondos municipales y autorizar los documentos que impliquen formalización de ingresos en Depositaria».

En conclusión, en principio es competencia del alcalde.

3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento.

**A)** Respecto a la forma directa de adjudicación del arrendamiento, como es sabido, los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2

de la LCSP. Teniendo carácter y naturaleza de contratos privados y que van a regirse por la legislación patrimonial.

Sin embargo, si acudimos al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, no vemos regulación alguna sobre el arrendamiento de un bien inmueble cuando la entidad local es arrendataria. Pues su artículo 92 regula exclusivamente el supuesto en el que la entidad local es arrendadora.

Por ello, entendemos que, pese a no tener consideración de legislación básica, puede aplicarse supletoriamente lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 33/2003, del patrimonio de las Administraciones públicas, en donde se contienen una serie de criterios que pueden resultar aplicables.

En lo que a nosotros aquí interesa, el artículo 124 establece el procedimiento para llevar a cabo ese arrendamiento, disponiendo que:

Los arrendamientos se concertarán mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta, salvo que, de forma justificada y por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la contratación debida a acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien, se considere necesario o conveniente concertarlos de modo directo.

Las propuestas de arrendamiento, así como las de novación y prórroga, serán sometidas a informe técnico, que recogerá el correspondiente estudio de mercado, y de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

De dicho precepto podemos extraer las siguientes consecuencias, en relación con el arrendamiento de inmuebles por parte de las entidades locales:

- Cuando existan varios inmuebles que puedan cumplir con los requisitos que debe reunir el local a juicio de la corporación (número de metros cuadrados, accesibilidad, situación, etc.), se solicitará oferta a todos los posibles arrendadores. Esto puede realizarse bien por un procedimiento abierto mediante anuncio de convocatoria o bien, si la oferta es limitada, mediante invitación para que presenten la oferta.
- Sin embargo, cuando se justifique en el expediente que solo un inmueble cumple los requisitos exigidos, podrá procederse a concertarlo de forma directa.

En cualquier caso, sería necesario un informe jurídico del secretario y un informe técnico en el que se recoja el correspondiente estudio de mercado, que tiene por objeto constatar que el precio que solicita el arrendador no está por encima del precio del mercado.

**B)** Respecto a que la venta la haya celebrado y acordado el alcalde, no es ajustado a derecho, porque, según la disposición adicional segunda, punto 9, de la LCSP, si la cantidad excede del 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, la competencia es del pleno. Por tanto, se trata de un acto nulo de pleno derecho por incompetencia material, a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común.

Ahora bien, al no estar prohibida la delegación por el artículo 22. 4, si el pleno delegó en el alcalde, no existiría vicio alguno.

**C)** Respecto a la venta directa del inmueble, el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, en su artículo 112.2 exige la subasta, salvo permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 % del que lo tenga mayor.

Pero el artículo 137 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, que no tienen la consideración de legislación básica, pero que podría aplicarse como legislación supletoria, señala que se podrá acordar la adjudicación directa, entre otros, en los siguientes supuestos:

d) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o estos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.

h) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.

i) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

Por tanto, si se acreditara algunos de estos supuestos, podría ser legal la venta directa.

**D)** La sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva.

El artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, señala que están incurso en incompatibilidad los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. Es obvio que en el caso que analizamos no hay financiación del ayuntamiento, sino que el Ayuntamiento va a ingresar con la venta. Por tanto, en principio no hay causa de incompatibilidad.



Ahora bien, es claro que en la decisión de la venta que, como vimos con anterioridad, no correspondía al alcalde sino al pleno, deberá abstenerse por tener interés en el asunto y, si no lo hace, aparte de la recusación que puede ser planteada por cualquier otro interesado en la adquisición del bien cometerá una infracción grave contemplada en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno contemplada en el artículo 29.2 b), consistente en la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?

Si lo que se pretende es un cambio de trazado de un camino, ello va a originar la necesidad de adquirir los terrenos por los que discurra el nuevo itinerario, así como enajenar los sobrantes por los que hasta ahora venía discurriendo su trayecto, a no ser que se pretenda dejarlos sin uso.

Para la obtención de los terrenos precisos para el nuevo recorrido se podría acudir a la expropiación; en donde cabría el pago en metálico o incluso en especie con los terrenos del camino que quedan en desuso. También sería posible la permuta, como parece ser la solución buscada para el presente supuesto.

En cualquiera de los casos, lo cierto es que se precisaría la alteración de la calificación jurídica del suelo que antes venía siendo destinado a ese camino. Exigiendo, ello, el correspondiente expediente de desafectación en el que se acredite la conveniencia, oportunidad y legalidad de dicha alteración, conforme el procedimiento previsto en el Real Decreto 1372/1986, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, y según lo expuesto en el artículo 81.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local.

En cuanto a la posibilidad de tramitar, en un único expediente, la desafectación de los terrenos del camino fuera de uso y, a la vez, su permuta, debemos dar una respuesta negativa.

En primer lugar, no debemos olvidar que la permuta es una forma de enajenación directa de los bienes, solo pudiendo hacerse con respecto a los calificados como patrimoniales. De esta forma, solo una vez desafectados los terrenos, habiendo perdido su condición de dominio público, sería posible su enajenación o permuta.

En este sentido, incluso la normativa que regula las haciendas locales apoya la tramitación previa del expediente de desafectación al de permuta. Así, el artículo 3.4 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, que, al definir lo que se entiende como ingresos de derecho privado, recoge el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las entidades locales como consecuencia de su desafectación como bienes de dominio público y posterior venta.

A su vez, es claro la nulidad de la permuta de unos terrenos en relación con un camino perteneciente al dominio público y con uso público, al no observar la exigencia legal de que la alteración de la calificación jurídica de sus bienes fuera hecha previo expediente acreditativo de su oportunidad, necesidad y conforme a la legislación vigente.

En cuanto al procedimiento para alterar el trazado de este camino, consideramos que pasa por la redacción de un proyecto técnico que deberá ser aprobado inicialmente por el pleno, y tras su exposición al público, aprobarse de una forma definitiva.

A este respecto, debemos tener en cuenta que, conforme el artículo 8.4 a), hay determinados supuestos en que la alteración de la calificación jurídica se produce automáticamente, como con la aprobación definitiva de planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios. Ello quiere decir que si el nuevo trazado del camino es fruto de un proyecto legalmente aprobado, no sería necesario tramitar expediente de desafectación, sino que esta se produciría de una forma tácita. Así, tras la aprobación del proyecto del nuevo trazado se podría tramitar directamente el correspondiente expediente de permuta.

5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal.

De partida consideramos oportuno subrayar que las medidas de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos son aplicables al proceso de aprobación de las ordenanzas municipales, cuyo procedimiento administrativo se regula en el artículo 49 de la Ley 7/1985, LRBRL. Este procedimiento incluye las siguientes actuaciones:

a) Aprobación inicial por el Pleno; b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias; c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado durante el acuerdo hasta entonces provisional.

Con base en la previsión del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), vendría ahora a adicionarse una previa consulta pública, incardinada en el seno de las medidas implementadas dentro de la denominada «regulación inteligente» o «*better regulation*».

Por tanto, con el objetivo final de mejorar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, encontramos tres trámites de pública intervención: consulta previa, audiencia e información pública. Con la particularidad de que la consulta se articulará a través del portal web (no sede electrónica, en principio), con el objetivo de recabar aportaciones adicionales por las personas, esto es, físicas o jurídicas.

Se indica en el precepto, y en lo que interesa especialmente a la consulta, que:

Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Es de destacar que se emplea por el artículo 133 de la LPAC la expresión recabarán, y no la optativa de que podrán recabar u otra forma análoga; lo que confiere a la actuación una naturaleza imperativa y no potestativa para la Administración, salvo que se justifique de modo motivado (art. 35 LPAC), que se trata de algunas de las excepciones contempladas en el precepto.

No es baladí al caso el destacar que la norma hace referencia al sometimiento a consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, tendente con ello a obtener una participación eficaz y real sobre el futuro texto, en el entendimiento de que el mismo aún no ha sido elaborado. Nos atrevemos a manifestar que, en caso contrario, muy probablemente se limitarían seriamente posibles modificaciones o alteraciones al mismo.

Estamos, por tanto, ante un trámite de especial relevancia, el cual debe ser previo al sometimiento del propio borrador de ordenanza, a los efectos de audiencia, cabe entender, consejo sectorial correspondiente, en su caso; dado que son destinatarios privilegiados de la consulta «los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente».

Repárese que el párrafo primero del referido artículo 133 de la LPAC se refiere a los destinatarios de la consulta, y lo hace desde dos concepciones. En primer lugar, una referencia amplia (y muy indeterminada), pues por sujetos debiera o pudiera entenderse, según el Diccionario de la Real Academia Española, aquellos expuestos a la norma, o bien parte obligada (desde una concepción centrada en la cualidad o condición de sujeto pasivo de la misma); y, en segundo término, una más singularizada, pues se centra ya en las organizaciones más representativas desde el punto de vista de la futura normativa (a mero título de ejemplo piénsese en asociaciones de consumidores, o en su caso determinados colectivos, y por qué no las representaciones sindicales).

Ciertamente, la finalidad teleológica del momento temporal donde se inserta la consulta previa denota su clara voluntad de conseguir que los potenciales destinatarios de la norma

y de aquellos que deseen formular opinión puedan manifestarse con carácter previo a que se confeccione el propio borrador o proyecto. Y, ello, en el plazo de 20 días hábiles previstos en el artículo 83 de la LPAC, según la valoración del consejo consultivo en su Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana núm. 752/2017, de 21 de noviembre (al ser la opción más garantista para el ciudadano).

Consecuencia de lo adverbado es que el trámite de consulta deberá efectuarse en todo caso (salvo expresa motivación y justificación de las razones que avalan su no sometimiento) y con carácter previo a la audiencia prevista en el apartado segundo del precepto comentado. Lo que implica que en rigor jurídico debamos advertir de los riesgos que se asumen de continuar con el procedimiento administrativo tendente a la aprobación definitiva de la ordenanza sin haber dado cumplimiento a dicha consulta pública, que pudiera viciar las actuaciones sucesivas en el seno del procedimiento.

Analiza la autora el dictamen del Consell, y entre otros interesantes aspectos, la posibilidad de que a juicio del consejo consultivo se prescindiera del trámite de consulta pública en el seno del procedimiento de aprobación/modificación de las ordenanzas fiscales, sobre la base de la disposición adicional primera de la LPAC. Recordemos que esta disposición regula las especialidades por razón de la materia y establece que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales. Ley especial que, a estos efectos, sería el Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), en cuyos artículos 16 y siguientes contempla el procedimiento para la aprobación y modificación de las ordenanzas fiscales.

Defiende el dictamen que a idéntica conclusión habría que llegar en relación con los instrumentos de planeamiento urbanístico, respecto a los que habrá que estar a lo que disponga la normativa sectorial.

Sería, por tanto, una posibilidad el que se analizara si se está en presencia de un procedimiento administrativo regulado en leyes especiales, y que permitiría excepcionar del trámite de consulta previa.

Recordemos que con base en el propio artículo 133 de la LPAC solo cabe prescindir de los supuestos de consulta, audiencia e información pública, en los tasados supuestos contemplados, con carácter excepcional, en la norma. A saber: elaboración de normas presupuestarias, elaboración de disposiciones organizativas de las Administraciones públicas y sus órganos dependientes, y cuando concurren razones de interés general.

Puede prescindirse además cuando concurren una serie de conceptos jurídicos indeterminados, cuales son: que no tenga un impacto significativo en la actividad económica, cuando no imponga obligaciones relevantes a los ciudadanos, o cuando únicamente regule aspectos parciales de una materia.

Recae en el área o departamento a quien compete la elaboración del borrador de la norma la valoración justificada de la concurrencia de tales circunstancias. Debiendo quedar reflejado de modo ilustrativo en la memoria confeccionada; pues es regla general en el ámbito de procesos participativos.

Que sepamos, no existe jurisprudencia respecto de la aplicación del nuevo precepto de una también reciente ley; pero aplicando al supuesto la doctrina del Tribunal Supremo con relación a la ausencia de audiencia (no consulta) en el trámite de aprobación/modificación de una ordenanza municipal, nos parece de interés traer a colación la STS de 28 de marzo de 2007, la cual destacaba el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de ordenanzas fiscales. Se indicaba que:

Dicho trámite o requisito de la «exposición», por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo. Imperatividad que se confirma, asimismo, atendiendo a otros dos criterios complementarios: el de que la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar «la legalidad, el acierto y la oportunidad» de las mismas y, bajo este prisma, la «exposición» cuestionada es un elemento esencial, a la hora de asegurar tales objetivos; y el principio de que la interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución exige, a tenor de su artículo 9.2, la concesión de la posibilidad de la participación ciudadana en la forma y en los supuestos establecidos en el subsiguiente artículo 105 a).

Hemos analizado que la consulta previa (al igual que el trámite de audiencia) tiene naturaleza reglada, y comparte como elemento común con dicho trámite (audiencia), el ser manifestación de la participación ciudadana prevista en la Carta Magna (art. 105 a), sin obviar que la propia LRBRL, en su artículo 69, contempla como deber de las corporaciones locales facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

En consecuencia, estando en presencia de un requisito esencial y obligatorio (salvo justificación adecuada y motivada de su no aplicación al supuesto, su ausencia provocaría un vicio de nulidad con base en el artículo 47.1 e) de la LPAC.

A pesar de no estar en puridad ante un trámite de audiencia sino de consulta, creemos que la intención del legislador es clara en cuanto a través del mismo se pretende ampliar las posibilidades de participación de la ciudadanía en el seno del procedimiento. Contribuyendo, con ello, a la participación en los asuntos públicos. Lo que implicaría el carácter

invalidante de una actuación municipal que sin la debida justificación y motivación al expediente (art. 70 LPAC) avale el prescindir de un trámite preceptivo con carácter general.

Por tanto, si se ha omitido la meritada transparencia y participación ciudadana que se lograría a través del trámite general y preceptivo de consulta previa a la aprobación de una ordenanza municipal, sería aconsejable, fruto del riesgo de concurrencia de una causa de invalidez en el procedimiento administrativo, que, de interponerse recurso sea estimado y, en consecuencia, se acuerde retrotraer las actuaciones administrativas a la fase del procedimiento previa a la formulación de la consulta pública, permitiendo con ello servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho. En otro caso, procedería la revisión de oficio de la ordenanza a tenor del artículo 106.2 de la LPAC.

Para el caso de estimarse oportuno por la corporación continuar con las actuaciones en el procedimiento, entendemos que deberá quedar suficientemente justificado en el expediente administrativo –especialmente en la memoria, así como a través de los informes pertinentes– la innecesariedad del sometimiento a consulta pública previa, exponiéndose las razones o causas que justificarían tal ausencia.

6. Si un vecino solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

La regulación del acceso de los administrados a los expedientes administrativos pivota sobre una doble variante, según la condición que ostente el solicitante de la información: si se trata de un interesado en el procedimiento de que se trate o si no resulta acreditado interés legítimo. Pero también podemos relacionar esta variante con otra distinta: si el expediente está en tramitación o se encuentra concluido.

La Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en su artículo 13 d) reconoce el derecho de todos los ciudadanos «al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico». El concepto de «ciudadano» abarca a un segmento poblacional mucho más amplio que el del interesado en el procedimiento, pues solo tendrán este carácter quienes acrediten la concurrencia de alguno de los tres supuestos del artículo 4.1 de la LPAC.

Es evidente que todo interesado es ciudadano a los efectos regulados en la legislación básica de procedimiento administrativo; pero no todo ciudadano es interesado. Y el concepto de interesado no se identifica exclusivamente con ser promotor del procedimiento de que se trate o titular del derecho u obligación que constituya su objeto; de modo que también será interesado quien «sin haber iniciado el procedimiento, tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte» y aquel «cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Identificado quién puede ostentar la condición de interesado en un procedimiento admitido y que puede tener tal condición un tercero que no sea promotor o no sea titular del derecho u obligación que constituya objeto del procedimiento, debe diferenciarse el ámbito objetivo de la información a la que tengan acceso. El artículo 13 d) de la LPAC, respecto a los ciudadanos, hace referencia a la información pública, archivos y registros; lo que implica que ha de tratarse de expedientes administrativos concluidos, es decir, que no se encuentren en tramitación.

Sin embargo, el artículo 53.1 a) de la LPAC, respecto de los interesados en un procedimiento administrativo, establece que tienen derecho a

conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos; es decir, tienen derecho al acceso de los expedientes en tramitación.

La remisión que el artículo 13 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, nos lleva a su artículo 12, que dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución, desarrollados por esta Ley». La expresión «todas las personas» es equivalente en este caso con el concepto de ciudadanos de la Ley de procedimiento administrativo. Y el artículo 13, de la misma Ley de transparencia, define la información pública como «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

A partir del régimen jurídico transcrito, podemos mantener que un ciudadano, vecino de una calle, tiene derecho al acceso a la información pública constituida por los expedientes de licencias de obra tramitados y concluidos en su misma calle; sin necesidad de acreditar su condición de interesado a los efectos establecidos en el artículo 53.1 a) de la LPAC, pues no está solicitando información de expedientes en tramitación.

Únicamente serán de aplicación al solicitante los límites de acceso a la información pública en aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de transparencia; referidos a los datos personales que obren en los expedientes administrativos y los que resulten de la Ley de propiedad intelectual respecto de los proyectos de obra.

El derecho de acceso a la información pública, o publicidad pasiva, no se identifica con la acción pública en materia de urbanismo, regulada esta en el artículo 62 del Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

de suelo y rehabilitación urbana: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística».

La acción pública constituye una herramienta que atribuye legitimación activa para el reconocimiento y defensa de la legalidad; mientras que la publicidad pasiva constituye solamente derecho al acceso a la información pública.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9 y 105.
- Ley Orgánica 5/1985 (Régimen electoral general), art. 187.2.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 21.2, 22, 49, 69 y 81.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 123, 124 y 137.
- Ley 19/2013 (Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 12, 13, 14, 15 y 29.2 b).
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4.1, 13, 47.1, 53.1, 70, 83, 106 y 133.
- Ley 40/2015 (LRSP), art. 32.
- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 9.2, 17, 99.2, 118.3, 119, 159, 167, 168, 196, 308, disp. adic. 2.<sup>a</sup> y 41.<sup>a</sup>.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), art. 3.4.
- Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana), art. 62.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), arts. 8.4, 92 y 112.2.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), art. 41.17.
- STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 1913/2002.
- Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana núm. 752/2017, de 21 de noviembre.