

Contratos menores y procedimiento de elaboración de ordenanza en la Administración local

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Gira el presente supuesto sobre distintas cuestiones planteadas en una entidad local pero que, en cuanto al fondo, pertenecen, como regla general, al ámbito del Derecho administrativo. Así, en primer lugar, se plantea la cuestión de la posible adjudicación, en el mismo año, de dos contratos menores de servicios para la defensa en juicio del ayuntamiento al mismo abogado. A continuación se afrontan las consecuencias jurídicas de la omisión del trámite de consulta pública en la elaboración de una ordenanza municipal. Finalmente, se plantea la licitud o no de facilitar a un vecino copia de los expedientes de licencia de obras concedidas en la vía pública donde reside. Desde el punto de vista patrimonial se plantea la legalidad de la enajenación directa de un inmueble y de una posible permuta.

Palabras clave: Administración local; contrato administrativo de servicios; elaboración de ordenanza; enajenación directa del inmueble patrimonial.

Fecha de entrada: 30-01-2020 / Fecha de aceptación: 17-02-2020

Enunciado

En un ayuntamiento de 2.550 habitantes, donde los recursos ordinarios del presupuesto se elevan a la cantidad de 1.000.000 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 debidas. El abogado cobró 7.000 euros por sus servicios.

En el mismo año, el ayuntamiento decide 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 de la misma a la citada 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 desafectación 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? ¿Qué otras alternativas de adjudicación serían posibles?
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. ¿Se ha de acceder a la petición del vecino que solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle?

Solución

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del letrado? ¿Qué otras alternativas de adjudicación serían posibles?

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 aquellos 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 esta ley 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 e imponiendo una limitación subjetiva de adjudicaciones mediante contrato menor: 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).

En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168 a), que son:

- Que no se haya recibido oferta en procedimiento abierto o restringido; cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del patrimonio histórico español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Contratos declarados secretos o reservados.

De este modo, hay que dilucidar sobre dos posibles interpretaciones en cuanto a los contratos menores en la nueva LCSP; por un lado, si esta expresión opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, con independencia de que se trate de objetos diferentes. O por el contrario, si debe entenderse que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con la Administración diversos contratos menores, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nitidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas.

De esta problemática se ocupó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), y fue objeto de estudio en su informe 41/2017.

La cuestión se concreta acerca del inciso del precepto que exige que el contratista no haya «suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo», ya que en su interpretación literal, se llegaría a la conclusión de que una vez realizado un contrato menor por un contratista, este ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto, ya que la ley no limita expresamente el periodo o tipo de contrato a que se refiere la citada limitación.

No parece, en una primera aproximación, que la finalidad del precepto sea hacer imposible que un operador económico ejecute sucesivos contratos menores, sin mayores factores.

Como señala la JCCA, cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor, mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos.

Resulta, por tanto, que el objetivo de la norma es impedir que se celebren sucesivos contratos menores cuyas prestaciones constituyan una unidad, es decir, la ya conocida «fragmentación» o división de la prestación, que tantos problemas ha venido ocasionando en orden a la vulneración del procedimiento de licitación aplicable.

Con tal fundamentación, la interpretación correcta sobre contratos menores en la nueva LCSP es la siguiente.

El apartado 3 del artículo 118 de la LCSP tiene como finalidad impedir que en la formalización de diversos contratos menores con un mismo contratista no se encuentre la justificación sobre que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato. De este modo, como señala la Junta, «la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad», por lo que, según la nueva LCSP, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

En relación con ello, el Informe de la JCCA 42/2017 analiza las mismas cuestiones ya reseñadas, y examina otra duda interpretativa, esta vez sobre el informe de necesidad del órgano de contratación, a que se refiere el apartado 1 en su segundo párrafo, del artículo 118 de la LCSP, dilucidando si tal informe debe ser suscrito, en el caso de los municipios, por el alcalde.

El párrafo citado establece que:

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 esta ley establezcan.

Para la Junta Consultiva, no puede realizarse una interpretación extensiva del precepto para los contratos menores de la nueva LCSP, de modo que, aun en el ámbito local, tal informe debe ser emitido por el órgano de contratación, y no por el órgano proponente del contrato. Aunque conlleve que, en el ámbito local, sea al alcalde al que corresponda tal función, no cabe otra interpretación sin perjuicio de la posibilidad de delegación.

La JCCA considera (como también mencionó en su Informe 41/2017), que la prohibición del apartado 3 del precepto citado no puede ser absoluta, pues no tendría justificación, dado que se trata únicamente de evitar la utilización fraudulenta del contrato menor.

De este modo, entiende que la justificación reforzada es exigible dentro del límite temporal del contrato menor (es decir, un año por aplicación del artículo 29 de la LCSP, que establece la duración de los contratos menores), de manera que, cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Tal previsión resulta exigible aun cuando uno de los contratos se haya celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Esta limitación subjetiva, que ha de entenderse referida al año presupuestario, sin embargo, no impide que a un mismo letrado se le puedan encargar, mediante distintos contratos menores de servicios, encargos de asistencia letrada, porque al tratarse de objetos diferentes y supuestos distintos surgidos de necesidades independientes no incurre en la prohibición antes indicada, al no existir ninguna intención fraudulenta por parte del órgano de contratación. Sí que tendrá que motivarse e incluso consultarse, previamente, con otros letrados que puedan llevar a cabo el objeto del contrato. Es de significar también la especial naturaleza de esta modalidad de servicios que conlleva la exigencia de una formación y experiencia determinada.

Por tanto, aunque se pueda utilizar el contrato menor para un segundo o sucesivo encargo al mismo letrado a través de un contrato de servicios, se plantea qué otros procedimientos de contratación pueden utilizarse. Éste se determinará entre uno de los cinco regulados en la ley. A saber: abiertos, donde se ha creado una variante abreviada; restringidos; objeto de negociación, coincidentes con los anteriormente denominados negociados, donde ha desaparecido el negociado por razón de la cuantía; diálogo competitivo; y asociación para la innovación.

Descartados los dos últimos, aun no pudiendo utilizar el procedimiento negociado por razón de la cuantía, la escasa cuantía de los contratos y su inmediatez exigen utilizar un procedimiento ágil y rápido; lo que nos lleva al abierto simplificado y al objeto de negociación.

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 de la LCSP 2017, sin que ninguna de ellas tenga cabida en el específico supuesto de la consulta. Podría considerarse la posibilidad de acudir al negociado sin publicidad 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 (art. 168.d LCSP 2017).

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 cabe recurrir al de carácter simplificado en los supuestos del artículo 159 de la LCSP 2017, 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 de la LCSP 2017 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. No sería aplicable porque el objeto del contrato implica la prestación de servicio intelectual.

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 rompa 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, en principio, a tenor del artículo 196 de la LCSP, sería responsable la concesionaria, que, en principio, responde de todos los daños causado durante la ejecución del contrato, salvo que hubiere existido negligencia en la actuación municipal al controlar la ejecución del contrato (porque, por ejemplo, conociera la existencia del bache sin señalar desde hacía bastante tiempo 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: daños individualizados en relación con una persona o grupo de personas; antijuricidad del mismo, es decir, que el perjudicado no tengan el deber de soportar, y relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso sin que concurra causa de ruptura de la misma, tales como fuerza mayor, 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 (LRBRL), 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 punto 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».

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 2017, 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, y que entran en vigor el 9 de marzo 2020.

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 (en adelante, RB), 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, de 3 de noviembre (BOE del 4), del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en donde se contienen una serie de criterios que pueden resultar aplicables.

En lo que a nosotros aquí interesa, el artículo 124 de la LPAP 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 de las Administraciones Públicas (LPACAP).

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 RB, 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 (LPAP), que no tiene la consideración de legislación básica, podría aplicarse como legislación supletoria, señalándose que se podrá acordar la adjudicación directa, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) 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.
- b) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.
- c) 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, del 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 pretendan dejarlo 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 RB, y según lo expuesto en el artículo 81.1 de la LRBRL.

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 del RB 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 LRBL. 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 el acuerdo hasta entonces provisional.

Con base en la previsión del artículo 133 de la LPACAP, 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 LPACAP 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 LPACAP) 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 LPACAP se refiere a los destinatarios de la consulta, y lo hace desde dos concepciones. En primer lugar, una refe-

rencia 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 LPACAP, según la valoración del Consejo Consultivo en su Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en Dictamen n.º 752/2017, de 21 de noviembre de 2017 (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 debemos 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 LPACAP. 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 texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, 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 al propio artículo 133 de la LPACAP 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 Sentencia 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 apartado 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), consideramos procedente la estimación del recurso interpuesto fruto del vicio procedimental en el que *a priori* (siempre según los datos generales obtenidos), se ha podido incurrir por la omisión de la consulta pública.

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 LPACAP) avale el prescindir de un trámite preceptivo con carácter general.

Por tanto, habiéndose 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, y a tenor de los datos e información de que se dispone, se aconseja, desde nuestro punto de vista fruto del riesgo de concurrencia de una causa de invalidez en el procedimiento administrativo, que sea estimado el recurso interpuesto 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.

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.

6. ¿Se ha de acceder a la petición del vecino que solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle?

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 LPACAP, 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 LPACAP.

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, tengan 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 LPACAP, 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 LPACAP, 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 d) realiza a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, 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 Española, 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, cualquie-

ra 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 LPACAP, 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, art. 105.
- Ley Orgánica 5/1985 (Régimen Electoral General), art. 178.
- La Ley 7/1985 (Reguladora de las Bases de Régimen Local), arts. 21, 22 y 81.
- Ley 33/2003 (Patrimonio de las Administraciones Públicas), arts. 83, 123, 124 y 137.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 13.
- Ley 39/2015 (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), arts. 4, 13, 16 y 133.
- Ley 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público), art. 32.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 29, 107, 159, 168, 196 y disp. adic. segunda.

- Real Decreto Legislativo 7/2015 (texto refundido de Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), art. 62.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 junio (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), arts. 8, 92 y 112.
- STS, Sala Tercera, de 28 marzo de 2007.
- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 41/2017 y 42/2017.