TITOL PORTADA: **Anàlisi dels elements del bon govern local**
Annex: Codi de bon govern local

DIRECCIÓ
Ramon-Jordi Moles Plaza
COORDINACIÓ
Endrius Cocciolo

Ignacio Alamillo i Domigo
Carlos Alonso
Joan Amenós Álamo
Rafel Audivert Arau
Montserrat Bonastre Bertran
Josep Ramon Fuentes Gasó
Judith Gifreu Font
Salvador Milà Solsona
Montserrat Peretó García
Joan Lluis Pérez Francesch
Alessandra Serio
Marina Ramos Solé
Javier Requejo García

(TEXT PER A LA CONTRACOBERTA)

L'article 30 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya consagra el dret a una bona administració en la seva projecció més àmplia, això és, el dret dels poders públics a exigir la construcció d'un sistema d'alta qualitat de vida per a tothom. En l'esmentat procés de construcció, en paraules de Miquel Roca, les administracions locals hi tenen un paper essencial ja que "a partir d'elles cal construir un país". Un sistema institucional de qualitat que vulgui ser competitiu en l'esfera internacional, ambiciós en els seus objectius col·lectius i eficient en la utilització dels seus recursos públics necessita una administració responsable, íntegra, transparent i lleial amb els interessos públics.

En aquesta obra, que no pot ser ni és exhaustiva, s'analitzen alguns dels elements del bon govern local i els factors de desviació dels interessos generals. Aquesta perspectiva abraça, més enllà de les qüestions inherents a l'*accountability* i a la transparència, la consideració de temes estructurals, com són les institucions i els procediments de presa de decisions públiques, sense oblidar l'examen i la reflexió sobre els principis ètics que tracen les coordenades de l'acció pública. Aquesta aproximació analítica als sectors i a les activitats administratives ens han proporcionat els fonaments teòrics i els elements diagnòstics a partir dels quals s'ha redactat un *Codi de bon govern local* que pugui servir com a base per a l'adopció dels oportuns instruments normatius locals.

PRÒLEG: PRESIDENT ACM

(TEXT A LA SOLAPA)

Ramon-Jordi Moles i Plaza (Sabadell 1962). Doctor en Dret per la Universitat Autònoma de Barcelona. Professor titular de Dret Administratiu de la UAB. Director del Centre de Recerca en Governança del Risc (UAB)

Endrius Cocciolo **(**Lecce –Italia- 1976). Doctor en Dret per la Universitat Autònoma de Barcelona. Professor Lector de Dret Administratiu a la Universitat Rovira i Virgili. Autor de diverses publicacions sobre corrupció pública.

ÍNDEX

— **Introducció** **4**

— **Capítol I. El règim jurídic administratiu dels conflictes i registres d'interessos dels membres i directius de les corporacions locals** **7**

— **Capítol II. L'ocupació pública, les bones pràctiques i l'ètica a les administracions locals: la difícil relació entre principis i praxi** **29**

— **Capítol III. Ètica i policia local. La regulació de la seguretat pública i de la deontologia policial** **64**

— **Capítol IV. L'opció de l'Administració electrònica com a eina per al bon govern local** **85**

— **Capítol V. Bon govern en l'àmbit dels serveis públics locals: diagnosi de la situació** **105**

— **Capítol VI. Règim de la bona contractació de les entitats locals** **125**

— **Capítol VII. La transparència i les bones pràctiques en dret urbanístic** **168**

— **Capítol VIII. Municipalisme i sostenibilitat. Els fonaments de les bones pràctiques administratives locals en l'àmbit del medi ambient** **194**

— **Capítol IX. Bon govern local i comerç** **208**

— **Capítol X. El bon govern de les hisendes locals** **230**

— **Capítol XI. Els controls i la bona administració** **245**

— **Annex:** ***Codi del bon govern local*** **296**

INTRODUCCIÓ

Aquesta obra respon als continguts d'un projecte de recerca que, amb el mateix títol, va realitzar el GRISC (Centre de Recerca en Governança del Risc de la Universitat Autònoma de Barcelona) i que tenia com a objectiu general l'estudi del fenomen de la corrupció al sector politicoadministratiu –un àmbit considerat en moltes ocasions com a "corruptegènic"–, i de les fórmules adreçades a implementar i garantir la bona administració al sector públic.

Més enllà de qualsevol dubte, la corrupció, en tots els seus estats i nivells, suposa el menysteniment de la integritat de les institucions socials i polítiques. Això afecta de manera especial el patrimoni, la seguretat, el benestar i fins i tot la salut del col·lectiu social com demostren dades econòmiques aclaparadores que confirmen que hi ha una important connexió entre corrupció i crisi econòmica[1]. Efectivament, la crisi econòmica inclou en la seva etologia la fallida de les institucions públiques coneguda com a "captura del regulador pel regulat", és a dir, quan el primer s'identifica amb el segon i afavoreix els seus interessos[2]. La "captura de l'Estat" és una manifestació sofisticada i molt nociva de corrupció, pròpia de les actuals societats del risc. Aquesta recent crisi econòmica ha descobert una gestió pública (i privada) greument damnosa per als interessos generals, que està causant estralls en el sistema financer. Així, és inevitable i necessari que la regulació de la governança pública (i privada) es transformi en un dels temes fonamentals a tractar pel dret del segle XXI[3].

Avui dia, la batalla pel lliure comerç, el desenvolupament i la democràcia és també una lluita contra la corrupció i un intent de fer efectiu el dret a la bona administració. S'ha assumit aquest tipus d'aproximació com a hipòtesi del treball d'investigació, de tal manera que n'ha resultat palesa la importància del marc jurídic públic administratiu per al correcte funcionament, no només de les institucions, sinó de l'economia, així com per a la prevenció d'abusos per part dels càrrecs i treballadors públics.

---

[1] Recentment sobre el tema: ALONSO TIMÓN, A.J., "Inacción, intervención o regulación: una aproximación a la crisis económica de 2008 desde la perspectiva del derecho administrativo", a *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 42, 2009, pp. 39-60; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., "Crisis económica y crisis de legalidad", a *Jueces para la democracia*, núm. 62, pp. 27-30.

[2] STIGLER, G.J, "The Teory of Economic Regulation", a *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1, pp. 3-21

[3] Per aquest motiu ens sembla especialment encertat que el llibre homenatge al professor Brewer Carías sobre la "morfologia" del dret públic d'aquest segle es tanqui amb un escrit sobre els desafiaments de la lluita contra la corrupció: vid. PICADO, S., "Ética pública y corrupción" a AA.VV., *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, III, p. 3377 i ss. En aquest sentit, observa MESEGUER YEBRA que «el impulso reciente de los estudios sobre la dimensión ética de la actividad pública no hace sino avanzar el desarrollo que este campo alcanzará en los próximos años de una forma semejante a lo que ocurrió con la nuevas tecnologías aplicadas al ámbito de la actividad administrativa, la administración electrónica o la calidad de los servicios», vid. MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración. Estudio comparado de las normativas estatal, autonómica y local*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 44.

Des d'aquesta perspectiva general, l'obra estudia la bona administració local mitjançant l'anàlisi d'alguns aspectes crítics d'aquesta, de manera que sigui possible diagnosticar problemes i errors la consideració dels quals permeti finalment proposar unes recomanacions de bones pràctiques.

"Bona administració" no és una mera locució, sinó un dret propi dels ciutadans vers les institucions públiques. Si hom analitza la redacció de l'art. 41 de la *Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea*, entendrà que l'Administració mereix aquesta qualificació quan es tracta d'un assumpte que afecta les persones de manera imparcial i equitativa, i dins d'un termini raonable; quan les resolucions públiques estan motivades es realitza l'audiència dels interessats i aquests poden fer efectiu el dret d'accés al seu expedient. Dit d'una altra manera, "bona administració" equivaldria a "bona decisió administrativa". Tanmateix, no podem realment acceptar un plantejament restrictiu en què l'Administració quedi reduïda a la decisió administrativa, perquè la "bondat" de l'Administració hauria de manifestar-se també en l'enteniment i el respecte de les raons dels particulars; així mateix, hauria d'impulsar la col·laboració amb els ciutadans i la seva participació en un entorn d'actuacions que es regeixin per un principi de bona fe. El significat de "bona administració" assoleix la seva màxima expressió si es considera com el millor instrument per a construir un sistema d'alta qualitat de vida per al conjunt de la ciutadania. Perquè, en realitat, l'essència de tota administració pública és la seva missió institucional instrumental, de servei neutral als interessos generals seleccionats segons les regles constitucionals pròpies d'un Estat democràtic de dret.

Els governs locals són l'expressió bàsica de l'organització democràtica de la comunitat ciutadana. Una bona administració de les competències que se li reconeixen reforça la cohesió entre els seus membres i contribueix a la formació d'un teixit social més equilibrat i més just.

Les exigències relatives a la qualitat de vida reclamen que una bona administració sigui també una administració simple atès que les complicacions burocràtiques tenen un impacte molt negatiu sobre la qualitat de vida dels ciutadans. La senzillesa administrativa concorda més amb el principi de legalitat, en la mesura en què no carrega al ciutadà d'obligacions innecessàries.

Alhora ha de ser una administració transparent, ja que la transparència és una condició essencial de la bona administració en tots els seus àmbits. A més, avui dia, la digitalització permet la més àmplia realització d'aquesta fórmula de control generalitzat de les estructures i processos públics. Finalment, cal una administració participada que no s'exhaureixi en la democràcia dels processos de selecció dels seus representants, sinó que ha de comptar amb fórmules de participació que permetin assolir el consens social en relació amb les grans eleccions que afecten a les seves comunitats (per exemple, qüestions relatives al medi ambient o a la immigració).

L'obra està estructuralment dividida en onze capítols i un annex. Així, s'inicia amb tres capítols dedicats al personal de les administracions locals. El primer aborda el règim jurídic administratiu dels conflictes i els registres d'interessos dels membres i directius de les corporacions locals; el segon, l'ocupació pública, les bones pràctiques i l'ètica a les administracions locals, i el tercer un àmbit tan específic i rellevant com la policia local i la deontologia policial. El capítol IV aborda el bon govern local des de la perspectiva de l'Administració electrònica i els sis següents se centren en àmbits específics de la gestió local, com ara els serveis públics, la contractació pública, l'urbanisme, el medi ambient, el comerç i les hisendes locals. El Capítol XI es dedica als controls i a la bona administració. Finalment es proposa en l'annex el *Codi del bon govern local*.

Els autors volen expressar públicament el seu agraïment a l'Associació Catalana de Municipis i Comarques i a la Càtedra Enric Prat de la Riba d'Estudis Jurídics Locals de la Universitat Autònoma de Barcelona per l'impuls decisiu que han atorgat a la realització d'aquesta obra, així com per les facilitats prestades per poder desenvolupar-la amb total independència.

Barcelona, gener de 2011.

Capítol I

EL RÈGIM JURÍDIC ADMINISTRATIU DELS CONFLICTES I REGISTRES D'INTERESSOS DELS MEMBRES I DIRECTIUS DE LES CORPORACIONS LOCALS

Endrius Cocciolo
Professor Lector de Dret Administratiu (URV)

«Eren, aquells, honestos, sense cap raó especial (no s'inspiraven en grans principis, ni patriòtics, ni socials, ni religiosos, que havien deixat de tenir valor); eren honestos per costum mental, condicionament del caràcter, tic nerviós, per tant no podien fer res per ser d'aquella manera.»

CALVINO, Italo, *Apologo sull'onestà nel Paese dei corrotti*, a *La Repubblica*, 15 de març de 1980.

SUMARI: **1. Introducció. Corrupció i desviament de l'interès general –2. Les incompatibilitats** –2.1. Els règims de les incompatibilitats: la dualitat entre càrrecs i treballadors públics –2.2. Les incompatibilitats dels membres de la corporació local. Primera aproximació **–3. L'impuls regulatiu: de l'ètica pública nacional a la local** –3.1. La regulació dels conflictes d'interès **–4. El nou "estatut de la integritat" dels membres i directius de les corporacions locals entres llums i ombres –Bibliografia.**

1. Introducció. Corrupció i desviament de l'interès general

La corrupció pública està tenint un protagonisme mediàtic ininterromput en els darrers anys, atès que representa una matèria que preocupa a la ciutadania, i amb raó, a causa dels greus i inevitables costos socials que suposa. Els casos de Santa Coloma de Gramenet o de la xarxa implicada a l'"Operació Gürtel" que afecta diversos edils dels ajuntaments madrilenys de Pozuelo de Alarcón, Arganda del Rey, Boadilla del Monte i Majadahonda, a més d'alguns aforats autonòmics de València i Madrid, només són els exemples més recents de corrupteles acabades en delictes de suborn, prevaricació, malversació, tràfic d'influències, frau, blanqueig de capital, etcètera, que tenen el seu prototip més simbòlic en l'escàndol de Marbella descobert a l' "Operación Malaya" ja que Marbella ostenta l'únic i infaust precedent a la història de l'Espanya constitucional de dissolució d'una corporació recollit a l'art. 61.1 de la LBRL en el cas de «gestión

gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de obligaciones constitucionales»[4].

No obstant això, és Espanya un país corrupte? Són corruptes els seus ajuntaments? Si ens remetem a les dades de l'Índex de Percepció de la Corrupció (IPC)[5] elaborat anualment per la prestigiosa ONG Transparència Internacional, podríem concloure que no, perquè Espanya ocupa, l'any 2010, el 30è lloc d'una llista de 178 països, amb una puntuació de 6.1 (on 10 equival a "altament transparent" i 1 a "altament corrupte"); en altres paraules, Espanya seria un país moderadament honrat. Malgrat tot, si examinéssim l'IPC des de l'any 2000, constataríem un deteriorament aritmètic en la llista dels països menys corruptes que ha dut Espanya a perdre 10 posicions des de llavors fins avui dia[6].

Aquest any s'ha produït una inversió de tendència i s'han guanyat dues posicions a l'IPC. Segons els experts aquesta nova situació es deu a la crisi immobiliària i al seu reflex en el món local: «En el cas d'Espanya, l'urbanisme era l'element fonamental […] Gairebé tots els casos de corrupció han tingut relació amb l'urbanisme i els governs locals. […] En l'urbanisme es donaven totes les condicions perquè hi hagués corrupció: hi havia un monopoli dels ajuntaments, hi havia discrecionalitat, pocs controls i molts diners»; a més, segons VILLORIA[7], l'autonomia dels governs locals a Espanya fa que sigui molt difícil controlar la corrupció urbanística. LIZCANO[8] ha assenyalat que l'estancament de la corrupció ha estat degut també a l'augment de les investigacions, que són "un instrument de dissuasió per als potencials corruptes". En aquest sentit VILLORIA, que ha indicat que a Espanya hi ha 750 investigacions obertes amb 1.000 persones implicades, entre les quals hi trobem polítics, i 3.000 milions d'euros confiscats, ha demanat inversió en la formació de policies i fiscals especialitzats».

---

[4] Vid. PÉREZ FRANCESCH, J.L., COCCIOLO, E.E. i EYRE DE LORENZO, J.A., "Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica", a *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, setembre-desembre 2007, pp. 299-324.

[5] L'Índex de Percepció de la Corrupció (IPC) de Transparency International classifica països segons el grau de corrupció percebut com a existent entre els funcionaris públics i polítics. És un índex compost, és a dir, una enquesta d'enquestes. Les dades relacionades amb la corrupció s'obtenen de sondejos a experts i empreses, duts a terme per diverses institucions independents i acreditades. L'IPC reflecteix opinions de tot el món, incloses aquelles d'experts que resideixen als països avaluats. Transparency International encarrega l'elaboració de l'IPC a Johann Graf Lambsdorff, Catedràtic de Teoria Econòmica de la Universitat de Passau i Assessor d'Investigacions Senior per a TI. L'IPC se centra en la corrupció en el sector públic i la defineix com l'abús del servei públic per al benefici particular. Les enquestes emprades per a la composició de l'IPC plantegen preguntes relacionades amb aquest fenomen i inclouen, per exemple: freqüència i magnitud dels suborns a funcionaris públics, pagaments irregulars a les contractacions públiques, malversació de fons públics o aspectes que demostren la solidesa i l'efectivitat de les iniciatives anticorrupció, abraçant d'aquesta manera els aspectes administratius i polítics de la corrupció. Per a més informació vid. www.transparency.org.

[6] Les dades de l'IPC són les següents (any: ranking, puntuació): 2009:32,6.1; 2008:28,6.5; 2007:25,6.7; 2006:23,6.8; 2005:23,7.0; 2004:22,7.1; 2003:23,6.9; 2002:20,7.1; 2001:7.0; 2000:20,7.0

[7] VILLORIA MENDIETA, M., Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa, Tecnos, Madrid, 2000

[8] LIZCANO ALVAREZ; Jesus és President de Transparencia Internacional España

Sigui com sigui, es pot dir que els esdeveniments de corrupció local manifesten, parafrasejant ALBERT CALSAMIGLIA, la vulnerabilitat de les democràcies locals, que no acaben de generar en els seus membres prou lleialtat vers les institucions[9]. Així, ha estat correctament observat que «el concepte de corrupció va íntimament unit al concepte de crisi, ja que com en aquesta, el mal funcionament és imputable a disfuncions internes del sistema»[10]. Llavors, la corrupció no coincideix només amb les conductes delictives tipificades pel títol XIX del Codi Penal (delictes contra l'Administració Pública), sinó que comença a les esferes administratives en les quals es posen en evidència els errors del sistema. Una política anticorrupció que es proposi ésser eficaç ha de desplegar mesures de prevenció la dimensió de les quals és precisament la correcció de les disfuncions i la implantació de les precaucions necessàries per evitar la desviació de l'interès general. Des d'una perspectiva econòmica institucional, el fenomen de la corrupció està relacionat amb el marc jurídic regulador, que conté tots els elements determinants de les regulacions de les institucions de control i supervisió, dels incentius i desincentius adreçats a garantir el correcte funcionament dels mercats i llur actors, i del règim jurídic dels sectors econòmics. Per aquests motius, compartim la tesi de RIVERO ORTEGA, segons el qual «la prevención de la corrupción va a ser, en gran medida, una cuestión de Derecho Administrativo, una cuestión de instituciones jurídico-administrativas»[11].

Des d'aquesta perspectiva, els dos problemes (relacionats entre si) que ens preocupen són: la "captura del regulador" i els conflictes d'interessos. Ambdós expressen una forma sofisticada i nociva de corrupció. El primer té lloc quan el regulador s'identifica amb el regulat i afavoreix els seus interessos, mentre que el segon fa referència a aquelles conductes de risc abstracte en les quals la conducta corrupta «nace en el instante en que el agente público incurre en el riesgo de abusar de su poder en aras de un lucro privado, siendo perfectamente irrelevante que ese lucro llegue o no a producirse en realidad»[12], subordinant l'interès general a interessos particulars. Aquesta idea de conflictes d'interessos «goza de tanta veteranía como importancia»[13] en altres ordenaments[14] i la corresponent regulació té entre els seus pilars bàsics l'anomenat "principi de la dona del Cèsar", segons el qual «exige que el cargo o funcionario público evite, no solo situaciones de conflicto de intereses, sino también situaciones que simplemente aparenten serlo[15]. Las posibles soluciones a esta "crisis institucional"

[9] Vid. CALSAMIGLIA I BLANCAFORT, A., "Corrupción y lealtad", a *Cuestiones de lealtad*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 23.
[10] CUGAT MAURI, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 50.
[11] RIVERO ORTEGA, R., *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, UIM, 2006, pp. 24-25.
[12] GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 69.
[13] Ibídem, p. 68.
[14] L'ordenament nord-americà compta amb cent quaranta anys d'elaboració normativa, jurisprudencial i doctrinal.
[15] PERKINS, R., "The New Federal Conflict-of-Interest Law", a *Harvard Law Review*, 76, 1963, p. 1118.

llevan inevitablemente a la cuestión de la ética pública, es decir, aquella « ética aplicada a la función pública [que] tiene su eje central en la idea de servicio [la finalitat del qual] es la actuación al servicio de la colectividad y, por tanto, la conducta imparcial, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos»[16]. Tanmateix, no n'hi ha prou amb una crida als valors, atès que aquesta pot quedar en una simple i estèril aspiració, sinó que cal plantejar regulacions efectives i eines d'implementació i organismes de control que es facin càrrec del problema.

A Espanya aquests àmbits trobaven (i encara avui ho fan parcialment) el seu referent legal en el règim d'incompatibilitats que, tot i que compten amb antecedents llunyans, exhibeix una controvertida trajectòria que manifesta una matèria «que ha sido regulada en mayor número de ocasiones, con incontables normativas especiales, fragmentadas, dispersas y casi indescifrables, circunstancia que contrasta con el desconocimiento e inaplicación de dicha normativa. Pocas veces han coincidido tanto los excesos normativos en regular una materia en el pasado y las constantes referencias en torno a su trascendencia, con la ignorancia y falta de respeto a sus predicamentos»[17]. Val la pena recordar que ni la Llei 12/1995, d'11 de maig, de "Incompatibilidades de los Miembros de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado" (LIAC)[18] ni la jurisprudència constitucional esmentaven «de modo más franco, no ya la necesidad de evitar los conflictos de intereses, pero sí al menos la de impedir que los cargos políticos se utilicen en provecho particular. [Així] tampoco en España [parafrasejant a MENY] los conflictos de intereses se perciben como tales»[19].

Efectivament, el nou rumb a la regulació de l'ètica pública procedeix de reformes recents: es va haver d'esperar fins al 2005 per tal que el Govern espanyol aprovés el "Programa de Actuaciones para el Buen Gobierno", amb la finalitat de dotar les administracions no només dels mitjans materials i legals, sinó també dels valors i mecanismes que asseguren el seu compliment i per tal d'introduir «una regulación del funcionamiento ético del propio Gobierno», programa que, a més, impulsava un projecte de llei sobre conflictes d'interessos, aprovat finalment com la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de "regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado" (LCI). Així mateix és recent —del 12 d'abril de 2007— la llei que introdueix l'"Estatuto Básico del Empleado Público" (EBEP) on, com recita l'exposició de motius, «Por primera vez, se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta».

---

[16] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, editorial Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 9-12.
[17] MESEGUER YEBRA, J., *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 33.
[18] Vigent fins l'1 de maig de 2006.
[19] GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses…*, op. cit., p. 124.

La situació no era millor a les corporacions locals, més aviat al contrari, s'havia apuntat que «deja de ser sintomática y empieza, más bien, a ser preocupante la escasez de normas en el ámbito local destinadas al establecimiento de estándares éticos de conductas para los responsables públicos»[20]. Encara amb més força CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO considerava inacceptable que «la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanísticas, que quizás sea la competencia más importante de los municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad para los concejales y los alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de la actuación administrativa en materia de urbanismo»[21]. La situació s'ha collat a través de la Llei 8/2007, de 28 de maig, "del Suelo" (LS), la disposició addicional novena de la qual ha reformat l'estatut dels membres de les corporacions locals pel que fa al règim de les declaracions d'interessos, activitats i causes d'incompatibilitats, i fixant uns límits postmanament que suposa l'aplicació directa de la norma estatal inclosa a la LCI. De la mateixa manera es regula el règim de la "integritat" dels directius locals i dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, a més d'augmentar la transparència en matèria de gestió i ordenació urbanística.

L'objecte principal d'aquest treball serà analitzar aquestes recents reformes inherents als càrrecs i directius locals, però prèviament s'estudiarà l'evolució del marc normatiu rellevant en matèria per la seva transcendència directa en el món local.

2. Les incompatibilitats

L'ètica de la funció pública suposa la materialització i la garantia de la integritat i de la imparcialitat, del respecte a l'ordenament i la realització efectiva dels drets fonamentals[22]. Aquesta funció de garantia és assignada tradicionalment, entre nosaltres, al règim de les incompatibilitats.

2.1. Els règims d'incompatibilitats: la dualitat entre càrrecs i treballadors públics

Qualsevol comentari sobre el règim de les incompatibilitats ha de comptar amb una observació prèvia relativa a la dualitat d'aquesta regulació. Efectivament, no hi ha un únic règim per a tots aquells que ocupen un "lloc públic", sinó que a la història normativa espanyola, després confirmada pel mateix text constitucional de 1978, s'ha considerat per separat el règim de les incompatibilitats dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració, del règim aplicable als treballadors públics en general. Com recorda GARCÍA MEXÍA: «La propia Constitución funda en bases dispares el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de la administración, frente al de

[20] MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración. Estudio comparado de las normativas estatal, autonómica y local*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 61.
[21] CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, *El País*, 6 de desembre de 2000.
[22] Sobre l'ètica dels funcionaris públics, vid. MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 58.

los cargos políticos. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, para el que la fundamentación del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones ha de hallarse en el principio de imparcialidad, en los de eficacia e productividad, y en la política de empleo practicada por la iniciativa pública en la actividad económica. Sin embargo, en el caso de los cargos políticos, el fundamento constitucional debe encontrarse en la separación de funciones y la búsqueda de objetivos propios, así como en el pluralismo político, la defensa y la promoción de la libertad, la justicia y la igualdad, y la transparencia pública en la gestión; principios a los que habría que agregar los aplicables a todo servidor de la Administración, es decir, dedicación, eficacia e imparcialidad. [En definitiva] las incompatibilidades de los altos cargos no son pues simplemente la "versión" del régimen de incompatibilidades específicamente aplicable a los mismos, sin más variación sustancial que la de sus destinatarios. Son mucho más que eso. Son el plus de responsabilidad que se ha de exigir a quien disfruta de un plus de poder»[23].

El règim d'incompatibilitats dels funcionaris és coetani de l'Estatut de Bravo Murillo, i es trobava a la Llei de 9 de juliol de 1855. Aquesta Llei, amb altres normatives sectorials, va ser vigent fins al Reglament de Funcionaris de 7 de setembre de 1918, i afirmava el principi de dedicació exclusiva al servei públic. Després de la Guerra Civil, serà la Llei de 15 de juliol de 1954, sobre situacions funcionarials, qui regularà les incompatibilitats al sector públic, mentre que el Decret llei de 13 de maig de 1955 establirà el règim aplicable a l'exercici de les activitats privades. Aquesta normativa subsisteix fins a l'aprovació de la Llei de bases de 20 de juliol de 1963[24] i el seu posterior text articulat, aprovat pel Decret núm. 315/1964, de 7 de febrer sobre "Funcionarios Civiles del Estado", després sotmès a la reforma pel Reial decret llei 22/1977. Aquesta darrera normativa, malgrat configurar un règim complet, distava molt de ser satisfactòria, «dado que sus mismos preceptos arbitraban los suficientes mecanismos para permitir eludir la efectividad de las incompatibilidades que en ellos se establecían»[25].

Amb la Constitució democràtica de 1978 s'estableix expressament, a l' art. 103.3, que la Llei regularà el sistema d'incompatibilitats. Així, respectant l'ordre constitucional de reserva de llei, es va dictar en un primer moment la Llei 20/1982, «esta Ley sería duramente criticada por el primer Gobierno socialista, elegido este mismo año, que la calificó como una ley de compatibilidades más que de incompatibilidades, en especial por la posibilidad de compatibilizar dos sueldos cuando existiera autorización legal o los servicios se prestasen en jornada reducida, lo que llevó al Ministro de la Presidencia, Javier Moscoso, a afirmar que párrafos como este convertirían en inútil el propósito inicial de la Ley»[26].

---

[23] GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses…*, op. cit., p. 123, 124 i 125.
[24] Vid. GIL IBÁÑEZ, J.L., "La evolución histórica de la regulación de las incompatibilidades de los funcionarios públicos", a *Actualidad administrativa*, núm. 14, 1994, p. 221 i ss.
[25] MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y deberes…*, op. cit., p. 481.
[26] MESEGUER YEBRA, J., *El régimen de las incompatibilidades…*, op. cit., p. 41.

El Govern del PSOE, per tal de complir el seu programa en matèria de millora del funcionament dels serveis públics, de la credibilitat i la imparcialitat de l'Administració, va elaborar sengles projectes de llei sobre incompatibilitats dels alts càrrecs i dels funcionaris públics; aquest darrer fou aprovat com la Llei 53/1984, de 20 de desembre, és a dir, l'encara vigent "Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI)". La doctrina ha destacat el "component ètic" propi d'aquesta normativa que «ofrece distintas manifestaciones, que arrancan de lo que se ha llamado honestidad profesional o relación de lealtad del funcionario, en cuanto debe salvaguardar los supremos intereses de los poderes públicos»[27].

La garantia del principi d'imparcialitat, la intenció d'evitar la col·lusió d'interessos entre les activitats públiques i privades del treballador públic i la necessitat d'entregar tota la capacitat a la funció que es desenvolupa, constitueixen la *ratio* essencial de la LI, encara que també cal veure, com a finalitat secundària, el repartiment de treball com a fonament econòmic laboral[28]. Les normes generals de la LI són les següents:

1. El personal contingut al seu àmbit d'aplicació no pot compatibilitzar les seves activitats professionals amb el desenvolupament d'un segon lloc de treball, càrrec o activitat al sector públic, per si mateix o mitjançant substitució, tret de les excepcions contemplades a la mateixa Llei.

2. La Llei estableix, també dins del sector públic, una incompatibilitat econòmica que prohibeix percebre, tret de les excepcions contemplades per la norma, més d'una remuneració econòmica dels pressupostos del sector públic.

3. En tercer lloc, la Llei protegeix la imparcialitat i la independència del treballador públic i l'efectivitat de les seves obligacions, disposa que són incompatibles amb el desenvolupament d'un lloc de treball en el sector públic, l'exercici de càrrecs, professionals o activitats, públiques o privades, que puguin impedir o menyscabar el compliment estricte dels seus deures o comprometre la seva imparcialitat o independència[29].

No s'entenen els motius pels quals el projecte de llei de l'"Estatuto Básico del Empleado Público" no seguí la proposta formulada per la Comissió per a l'estudi i la preparació de l'EBEP que en el seu informe va assenyalar la conveniència que, per raons d'igualtat, major transparència i seguretat jurídica, la Llei d'incompatibilitats fos derogada i que es refonguessin els seus continguts al text de l'Estatut[30]. Un cop la nova

[27] MESEGUER YEBRA, J., *El régimen de las incompatibilidades…*, op. cit., p. 46.
[28] Vid. també sobre el tema, GIL IBÁÑEZ, J.L., "El fundamento de las incompatibilidades de los funcionarios públicos", a *Actualidad y Derecho*, 1993, 2, p. 285.
[29] Per a un ampli comentari sobre la Llei, vid. MESEGUER YEBRA, J., *El régimen de las incompatibilidades…*, op. cit.
[30] «El Estatuto Básico del Empleado Público debe recoger la regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en garantía de la igualdad de todos ellos, y con

normativa, en el seu esforç de regulació global i bàsica de l'ocupació a les administracions, introdueix un catàleg sistemàtic de deures dels treballadors públics que constitueix un codi de conducta, no es comprèn per què es descarta l'opció d'integrar al text una regulació com la d'incompatibilitats ineludiblement vinculada als principis ètics i funcionals. A més, la Comissió havia destacat que, malgrat que la LI fos prou explícita respecte a la preocupació d'assegurar els principis d'imparcialitat, neutralitat, objectivitat, honestedat i integritat arran de les cada vegada més freqüents relacions d'interdependència entre les activitats públiques i el sector privat, la legislació vigent necessitava actualitzar-se, «desarrollada o completada adecuadamente, en ámbitos y sectores determinados del empleo público. Entre ellos debemos mencionar el de aquellos funcionarios o, en su caso, otros empleados, que realizan sus funciones en los órganos de unidades administrativas o de cualesquiera entidades públicas y privadas del sector público que tienen atribuidos "poderes de adjudicación", no solo de contratos públicos sino también de otros derechos a particulares, como autorizaciones, licencias o subvenciones. Debe asegurarse que estos funcionarios o empleados, en particular quienes tengan facultades de decisión o de informe, no puedan compatibilizarlas incluso con posterioridad a su ejercicio, con el servicio a aquellos intereses o entidades privadas que se relacionen con sus funciones públicas. Un criterio semejante debe establecerse para los funcionarios o empleados públicos de determinado nivel que desempeñan sus funciones al servicio de las autoridades independientes de regulación. Por último, quienes realizan funciones inspectoras o de instrucción o resolución de expedientes sancionadores deben quedar afectados también por un régimen más estricto de incompatibilidad, inclusive *ex post*, con personas o entidades que tengan relación con el ejercicio de dichas funciones en la Administración, departamento, organismo o agencia correspondiente. La salvaguarda de la neutralidad de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones económicas, así como de su función de supervisión y control de las mismas, ha de quedar reforzado con estas normas más estrictas de incompatibilidad»[31]. Finalment el legislador va triar deixar intacta la LI de manera que les incompatibilitats constitueixen l'única matèria de la legislació general bàsica sobre funció pública no afectada per la important reforma estatutària del 2007.

La regulació de les incompatibilitats dels alts càrrecs i membres del Govern es remunta a l'aprovació de l'Acord de les Corts de 29 de setembre de 1810[32], però la història normativa més significativa en matèria s'inicia amb l'aprovació del Drecret llei de 12 d'octubre de 1923 durant la dictadura de Primo de Rivera[33], continua amb les lleis de 8

---

mayor ámbito posible de aplicación. […] No cabe duda de que debe ser regulada por el Estatuto básico del Empleado público, incluso con cierto grado de detalle, para garantizar la igualdad de los empleados en este aspecto clave de la regulación de servicio». Informe de la Comissió d'experts, abril 2005, p. 207, disponible a:
http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/estatuto_funcion_publica/proceso/parrafo/0/document_es/Informe_de_la_comision_de_expe.pdf.

[31] Ibídem, p. 210.

[32] Vid. MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 35.

[33] Malgrat que la doctrina ha observat que aquesta normativa «no puede estrictamente considerarse como consecuencia de un régimen inaugurado por la dictadura. Es producto de la dictadura en un sentido

d'abril de 1933 i la de 7 de desembre de 1934 aprovades amb la Segona República[34], després amb la Llei sobre la situació dels funcionaris de 15 de juliol de 1954, que afectava les incompatibilitats públiques i el Decret llei de 13 de maig de 1955 d'incompatibilitats de ministres, ambaixadors, subsecretaris, directors generals i similars[35] i que introduïa un sistema general de compatibilitat amb activitats privades, articulat mitjançant les anomenades clàusules de derogació parcial; ambdues normatives van ser després refoses al text articulat de la Llei de "Funcionarios Civiles del Estado" (LFCE) aprovat per Decret 315/1964, l'article 82 del qual obria una clara porta a la compatibilització en establir que el desenvolupament de la funció pública només seria incompatible amb els càrrecs, professions o activitats que menyscabessin "el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario". En qualsevol cas, l'absència de democràcia desvirtuava el sentit d'aquesta legislació i, malgrat que alguns van intentar cercar valors afegits a la normativa sobre incompatibilitats com el de "defensa y garantía del interés público" no es pot no coincidir amb l'opinió que aquestes virtuts preteses «en un régimen carente de la fundamentación democrática y de respeto de las libertades imprescindibles para poder reclamarse su legítimo defensor, no resultan sinceras»[36]. Una millora real del sistema només va poder-se donar amb el Reial decret llei 22/1977 de 30 de març[37].

La Constitució democràtica de 1978 consagra la doble distinció entre "estatut jurídic" i règim de les incompatibilitats tant pel que fa als treballadors com als alts càrrecs públics [38]. El 9 de juny de 1982 es va aprovar la Llei 20/1982 d'"Incompatibilidades en el Sector Público", de la qual cal dir que les normes contingudes en els seus arts. 2.1. i 3 sobre incompatibilitat amb activitats públiques i privades, no tenien realment cap altre efecte que no fos permetre un ampli marge de compatibilitat. Després va venir la Llei 25/1983 sobre incompatibilitats d'alts càrrecs[39], modificada per la Llei 9/1991, la qual tampoc fou lliure de crítiques, mentre s'aprovava la Llei 12/1995 d'"Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado" (LIAC) – l'última sobre la matèria que ens ocupa abans de la gran

---

diferente. En la medida que el general había asumido públicamente la regeneración del país y sustancialmente de su vida pública y justificaba su mandato por el servicio que a tal causa podría prestar, se veía emplazado a poner límites a la escandalosa acumulación de mandatos, cargos y actividades, públicas y privadas, en los altos cargos de la nación. Fenómeno considerado como moneda de curso corriente en la fracasada monarquía», vid. OLÍAS DE LIMA GETE, B., "Las incompatibilidades de los altos cargos", a *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm., 40-41, 1984, p. 127.

[34] Observa OLÍAS DE LIMA que «El ejemplo de la Segunda República es característico de lo que en nuestro país ha venido aconteciendo con el régimen de incompatibilidades, ya que, en términos generales, puede afirmarse que ha habido una tendencia más pronunciada hacia el rigor o la benignidad, según accediese al Gobierno partidos de los traddicionalmente denominados de izquierda o de derechas, respectivamente», Ibídem, p. 127-128.

[35] «[…] cuya eficacia fue casi nula», segons MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses…*, op. cit., p. 35

[36] GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses…*, op. cit., p. 113.

[37] Que establia una incompatibilitat absoluta, amb activitats públiques y privades, per als funcionaris que ocupessin el seu lloc en règim de dedicació exclusiva.

[38] Vid. arts. 98.4 i 103.3 CE.

[39] Per a un comentari, vid. OLÍAS DE LIMA GETE, B., "Las incompatibilidades…", op. cit., pp. 125-144.

onada de reformes iniciades al 2005 – que fou «tachada de suave y "facilona" […]. El propio grupo socialista reconoció en el debate de la Ley en 1995 que la anterior regulación presentaba importantes deficiencias, como la falta de datos en el registro de intereses, la inexistencia de mecanismos sancionadores más contundentes y de control eficaz a disposición de la Inspección General de Servicios»[40]. La LIAC va suposar en aquest sentit una notable millora des de diversos punts de vista: s'introdueix una regulació d'incompatibilitats posttreball, es creen els registres d'activitats i de béns i drets, en els quals els alts càrrecs formulen les corresponents declaracions d'interès, es perfecciona el règim sancionador i es reforcen les funcions de control dutes a terme per la Inspecció General de Serveis de l'Administració. S'enregistra en general un major compromís cap a la lleialtat al servei públic.

Abans de comentar les reformes més recents, convé recordar que les normes a que ens estem referim fixaven la norma general de la inhibició, és a dir, el deure d'inhibir-se dels membres del Govern i alts càrrecs davant el coneixement d'assumptes, interessos, empreses o societats en què haguessin intervingut ells mateixos, , els seus cònjuges o persones de la seva família dins del segon grau civil. El remei de la inhibició s'ha de distingir, malgrat assemblar-s'hi, de l'abstenció[41] i de l'instrument de recusació[42], ambdós regulats per la Llei de Règim Jurídic i Procediment Administratiu Comú (LRJPAC). L'abstenció, tal com l'explica la doctrina, representa una tècnica d'eliminació de situacions residuals en les quals la compatibilitat existeix teòricament[43]. En altres paraules, «el propósito de las normas sobre abstención y recusación consiste en garantizar un capital procesal y procedimental: que nadie sea juez en su propia causa. Por el contrario, este propósito es solo uno más de los que orientan la legislación sobre conflictos de intereses, uno de cuyos expedientes es el deber de inhibición. […]. Dos consecuencias se desprenden de esta diferencia entre los deberes de inhibición y las normas de abstención y recusación: primera, la aplicabilidad simultánea de la normativa sobre abstención y recusación, y de la de conflictos de intereses; segunda, la normativa sobre abstención y recusación resulta aplicable en un "trato sucesivo", es decir, en supuestos concretos y aislados, mientras que la normativa sobre conflictos de intereses resulta aplicable en un "trato continuo", al no limitarse a gobernar supuestos específicos que así lo requieran y desplegar sus efectos de modo tácito y dilatado en el tiempo»[44].

---

[40] MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses…*, op. cit., p. 35.
[41] Art. 28 LRJPAC.
[42] Art. 29 LRJPAC.
[43] Vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., "Las incompatibilidades de los funcionarios públicos (1810-1893)", a *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 21, 1984, p. 117.
[44] GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses…*, op. cit., p. 151. Així com MESEGUER YEBRA, J., *El régimen de las incompatibilidades…*, op. cit., p. 47, explica que: «La resolución autorizando o denegando la compatibilidad no es la que genera el deber de abstención sin perjuicio de que ésta quede reforzada al haberse producido aquella por los efectos inherentes a la relación especial de sujeción existente entre la Administración y el funcionario (STS de 15 de octubre de 1994). Es más el hecho que se haya reconocido o autorizado la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada o segunda actividad pública no excluye la posibilidad de que en un caso concreto concurra un supuesto de tacha legal de los enumerados en el art. 28.2 de la ley 30/1992 [LRJPAC]. La resolución estimatoria de compatibilidad implica un juicio abstracto o en hipótesis, que considera una actividad compatible porque parece no impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes de aquel que ocupa un puesto en

2.2. Les incompatibilitats dels membres de la corporació local. Primera aproximació

Com hem observat anteriorment, la regulació de les incompatibilitats dels càrrecs electes de les corporacions locals, fins a dates molt properes, destacava per ser molt deficitària. A banda, la norma en matèria continguda a l'art. 178 de la LOREG[45], segons la primera redacció de la LBRL (art. 75.1), el règim d'incompatibilitats s'entenia només com incompatibilitat entre les retribucions per l'exercici dels càrrecs amb dedicació (indiferentment parcial o exclusiva) amb qualsevol altra retribució amb càrrec als pressupostos de les administracions públiques. Alguna limitació s'introduí amb la Llei 14/2000 que reformava l'art. 75, en primer lloc perquè distingia els supòsits de dedicació; després perquè regulava les retribucions dels membres que presten serveis a les corporacions en règim de dedicació parcial; i finalment, perquè disposava la incompatibilitat de les retribucions rebudes en concepte d'exercici dels càrrecs amb dedicació exclusiva amb altres retribucions públiques, així com pel desenvolupament d'altres activitats en els termes de la Llei 53/1984 (LI).

Tanmateix, el Reglament 2568/1986 d'"Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales" (ROF), estableix al seu art. 13.3 que «El reconocimiento de la dedicación exclusiva a un miembro de la Corporación exigirá la dedicación preferente del mismo a las tareas propias de su cargo, sin perjuicio de otras ocupaciones marginales que, en cualquier caso, no podrán causar detrimento a su dedicación a la Corporación. En el caso de que tales ocupaciones sean remuneradas, se requerirá una declaración formal de compatibilidad por parte del Pleno de la entidad local»; dit d'una altra manera: l'exclusivitat no exclouria l'exercici marginal d'altres

---

el sector público, sin comprometer su independencia y objetividad. El deber de abstención surge en la práctica cotidiana, el ejercicio ordinario de las funciones asignadas al puesto que desempeña, cuando la imparcialidad puede verse comprometida en un supuesto concreto y determinado».

[45] LOREG, Art. 178:

"1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de concejal.

2. Son también incompatibles:

a. Los abogados y procuradores que dirijan o representantes a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.
b. Los directores de servicios, funcionarios o restante personal activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él.
c. Los directores generales o asimilados de las cajas de ahorro provinciales y locales que actúen en el término municipal.
d. Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado que optare por el cargo de concejal pasará a la situación de servicios especiales o subsidiariamente a la prevista en sus respectivos convenios que en todo caso ha de suponer reserva de su puesto de trabajo.

5. Los ciudadanos que sean elegibles, de acuerdo con el artículo 177, apartado 1, de esta Ley, estarán sujetos a las causas de incompatibilidades a que se refiere el presente artículo."

activitats retribuïdes sempre que no fos en detriment de la dedicació a la corporació. Per tant, el problema es desplaça del camp normatiu a l'àmbit del control de compatibilitat que exerceix el ple.

3. L'impuls regulatori: de l'ètica pública nacional a la local

La promoció d'una nova regulació de l'ètica pública a nivell espanyol es deu al Programa d'Actuació per al Bon Govern. Adoptat el 18 de febrer de 2005 per consell de ministres mitjançant acord, es proposava dotar les administracions no només dels mitjans materials i legals, sinó també dels valors i mecanismes que asseguressin el seu compliment per tal d'aconseguir l'objectiu final general que la societat disposés dels instruments per tal que els ciutadans poguessin controlar els seus responsables públics[46]. En aquest sentit el Ministre d'Administracions Públiques del moment, Jordi Sevilla, va evidenciar que la reforma legal prioritària en matèria de bon govern es traduïa en «la regulación del funcionamiento ético del propio gobierno». És a dir, en una "*regulation-inside-government*", adreçada als membres del govern i als alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat que concretament inclou: 1. Un codi del bon govern amb els principis ètics i de conducta als quals aquells han d'ajustar les seves actuacions; 2. Una llei de regulació dels conflictes d'interès.

Després d'això, el 2007, va venir l'EBEP que, com afirma la seva Exposició de Motius, estableix per primer cop a la legislació una regulació general dels deures bàsics dels treballadors públics. Aquests deures generals s'aplicaran a tots els treballadors públics, funcionaris de carrera i interins, personal laboral i eventual, inclosos els treballadors de les entitats del sector públic estatal, autonòmic i local que no estiguin compresos a l'àmbit d'aplicació d'aquest estatut[47].

L'onada de la regulació ètica va arribar amb més força a les administracions locals -que, com hem vist, semblaven patir més que les altres entitats la proximitat al fenomen de la corrupció– gràcies a la Llei 8/2007 del Sòl. La nova normativa no afecta només a l'estatut dels membres de la corporació (representants electes i membres de la Junta de Govern Local no electes) sinó que s'estén fins als directius i funcionaris amb habilitació de caràcter estatal.

[46]Vid. Programa d'Actuacions per al Bon Govern, p. 7, a http://www.map.es/iniciativas/mejora_de_la_administracion_general_del_estado/funcion_publica/codigo_buen_gobierno/codigo_pdf/document_es/Codigo_Buen_Gobierno.pdf

[47] Disposició addicional Primera EBEP.

3.1. La regulació dels conflictes d'interès

Mentre que als Estats Units la regulació dels conflictes d'interès compta, des del segle XIX, amb una àmplia elaboració legal i una igualment llarga reflexió doctrinal[48], i es considera un tipus sofisticat de corrupció pública, a Europa el concepte de conflictes d'interès ha trigat molt a integrar-se entre les normes i els estudiosos del dret públic[49].

Com hem vist, els remeis equivalents a l'ordenament espanyol es trobaven a la normativa en matèria d'incompatibilitats, però és amb la reforma introduïda per la Llei 5/2006, en actuació del Programa per al Bon Govern, quan finalment Espanya es dota d'una regulació més avançada en la qual, més enllà de les formes més grolleres de corrupció, la prevenció dels conflictes d'interès es planteja com una política de bon govern i de lluita contra totes les formes i variables de corrupció pública[50]. En el preàmbul de la nova LCI s'estableix: «El objetivo de la Ley es establecer las obligaciones que incumben a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de la Administración General del Estado para prevenir situaciones que puedan originar conflictos de intereses. No se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de *constituir un nuevo régimen* relativo a la actuación de los altos cargos en el que perfeccionando el anterior de incompatibilidades se introducen *nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo*»[51]. En aquest sentit, la LCI suposa un avançament respecte de la LIAC, primer perquè se centra en la prevenció i la resolució dels conflictes d'interès, fenomen del qual a l'articulat se'n recull la següent definició: «A los efectos de esta Ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas»[52]. És a dir, la conducta il·lícita consistex en la simple intervenció en un assumpte en el qual coexisteixin interessos antagònics, sense cap necessitat que es produeixi una desviació de l'interès públic ni danys per a l'interès general. Es tracta, doncs, de prevenir un comportament de risc objectivat però abstracte i, per tant, la nova regulació es proposa detectar i solucionar qualsevol conflicte d'interès malgrat sigui senzillament aparent[53]. La normativa vincula l'objectiu de la

[48] CANY, *Conflict of Interest and Federal Service*, Cambridge, Harvard University Press, 1960, p. 3 i ss., PERKINS, R., "The New Federal Conflict-of-Interest Law", a *Harvard Law Review*, 76, 1963, pp. 1113-1169; MANNING, "The Purity Potlatch: Conflict of Interest and Moral Escalation", a *Federal Bar Journal XXIV*, núm. 3, 1964, pp. 243-249.
[49] MENY, Y., *La Corruption de la République*, París, Fayard, 1992, p. 60.
[50] Sobre la regulació dels conflictes d'interès com a artilugi de luxe de les societats modernes, vid. GARCÍA MEXÍA, P., *Los Conflictos de Intereses…*, op. cit., p. 76-77.
[51] Cursiva nostra.
[52] Art. 4.1 LCI.
[53] La definició normativa de la LCI sembla inspirada en el concepte de conflictes d'interès contingut a la Recomanació núm. R (2000) 10, de l'11 de maig de 2000, aprovada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en la qual el seu art. 13.1 afirma que «un conflicto de intereses nace de una situación en la que un agente público tiene un interés personal que influya o aparente influir sobre el ejercicio imparcial y objetivo de sus funciones públicas».

prevenció amb el llindar de risc de l'aparença, «ya que la regulación de los conflictos de intereses intenta explícitamente conseguir que esa anticipación en la definición del clima de integridad vigente en la adopción de decisiones públicas se perciba, con ostensibilidad, por la sociedad civil, con el fin de garantizar que, a los ojos de esta e *ictu oculi*, resulte evidente el predominio del interés público sobre el interés particular, lo que no equivale a deducir, sino en una interpretación desviada, una evaluación peyorativa de la legitimidad de los intereses privados»[54]. Nosaltres diríem que la titularitat d'un alt càrrec suposa una *major publificació* de la conducta personal que es reflecteix no només en una administració correcta i eficaç dels assumptes encarregats, sinó també en una aparença de bona gestió i d'integritat.

La Llei estableix que els candidats a ocupar alts càrrecs hauran de comparèixer amb caràcter previ al nomenament davant una comissió del Congrés dels Diputats que els examinarà i establirà si hi veu existència o no de conflictes d'interès[55]. LA LCI consagra el principi de la dedicació exclusiva de l'alt càrrec al seu lloc públic, restringint totes aquelles activitats que puguin pertorbar el desenvolupament de les seves funcions; en aquest sentit, s'elimina per als alts càrrecs la percepció de qualsevol retribució o assistència per participació als òrgans rectors o consells d'administració de les empreses amb capital públic[56] i es delimita la compatibilitat amb activitats privades[57]. La Llei reforça el control sobre interessos patrimonials[58] i preveu el recurs al *blind trust* com a fórmula de gestió dels actius financers dels càrrecs públics[59]. L'art. 7 regula i coordina els deures d'inhibició i d'abstenció. L'art. 8 estableix un període de "refredament" postlaboral de dos anys, acompanyat per l'obligació de realitzar una declaració d'activitats prèvia a l'inici de les esmentades activitats; a més, durant aquest període els alts càrrecs afectats «no podrán celebrar por sí mismos o a través de sociedades o empresas participadas por ellos directa o indirectamente en más del 10 % contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas»[60]. Tanmateix

[54] Consell Consultiu de Galícia, dictàmen núm. 121/2001, de 8 de juny.
[55] Art. 2 LCI.
[56] Art. 9 LCI.
[57] Art. 10 LCI.
[58] Art. 6 LCI: «Los titulares de los cargos […] no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o mediante persona que conviva en análoga relación de afectividad, así como a través de otros miembros de su unidad familiar, participaciones directas o indirectas superiores a 10% en empresas que tengan conciertos o contratos, de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación. En el supuesto de que la persona que sea nombrada […], poseyera una participación en los términos citados, tendrá que desprenderse de ella en el plazo de seis meses. Dicha participación y posterior transmisión tendrán que declararse en los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales»
[59] Art. 13 LCI. Malgrat que no tots els alts càrrecs compresos en l'àmbit subjectiu de la llei estan obligats a realitzar un "fideïcomís cec", sinó que aquesta obligació recau, a més dels membres del Govern i els secretaris d'Estat, a aquells alts càrrecs que ostentin competències reguladores, de supervisió o de control, sobre societats mercantils que emetin valors i altres actius financers negociables en un mercat organitzat.
[60] Art. 8.3 LCI.

s'ha de coincidir amb la doctrina que apunta que la redacció d'aquest article és força insatisfactori: «según la formulación [del art. 8] ningún alto cargo estaría impedido, por ejemplo, para prestar sus servicios en cualquier empresa que operase en mismo ámbito sectorial en el que ejerció su responsabilidad, siempre que esta se constituyera después de su cese en el cargo. […]. También quedarían fuera de la prohibición aquellos casos en los que el ex alto cargo hubiera adoptado decisiones que, aunque no hubieran tenido como destinataria concreta la empresa o sociedad que contratará sus servicios una vez cesado, hubieran podido afectar a sus competidoras (subvenciones, ayudas, resoluciones sancionadoras, etc.)»[61].

Igualment dubtós sembla l'apartat segon del mateix art. 8, en permetre a l'alt càrrec la reincorporació a l'empresa privada en la qual ha exercit la seva activitat professional, quan l'activitat a desenvolupar en aquesta no estigui relacionada amb les competències del càrrec públic ocupat, i quan el lloc de treball no hagi pogut resultar afectat per les decisions que s'hagin pogut prendre durant l'exercici del càrrec. Aquesta norma rebaixa per als alts càrrecs el nivell d'exigència imposat pel règim de la LI als treballadors públics: «Mientras que para cualquier empleado público resulta decisivo, para conocer las posibilidades que tiene de simultanear su puesto con una actividad privada, el Departamento al que figura adscrito y las competencias que este gestiona, para un alto cargo, al que se le presupone mayor vínculo, dedicación, compromiso y responsabilidad con la organización pública a la que sirve, es suficiente que no haya dictado resolución respecto de la entidad privada en la que va a prestar sus servicios o que, habiéndolo hecho, ocupe un puesto en ella que no esté relacionado con las competencias del cargo público»[62].

La gestió d'aquesta regulació de la "integritat" dels alts càrrecs es realitza per l'Oficina de Conflictes d'Interès (OCI) adscrita orgànicament al Ministeri d'Administracions Públiques i que exerceix les seves competències amb plena autonomia funcional[63]. Tampoc sembla convèncer el disseny institucional d'aquest nou òrgan per dues raons: en primer lloc, hagués estat preferible crear un organisme realment independent dotat de personalitat jurídica pròpia i adscrit al Congrés dels Diputats[64], que ja segons la pròpia Llei ha d'intervenir en el procés de nomenament de certs alts càrrecs per tal d'avaluar l'existència o no de conflictes d'interès; i, en segon lloc, l'OCI es configura com a òrgan instructor i de gestió, però les competències aplicadores de sancions s'assignen al Consell de Ministres, al Ministre d'Administracions públiques i al Secretari General per a l'Administració Pública.

[61] MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses…*, op. cit., p. 143.
[62] Ibídem, 146.
[63] Art. 15 LCI.
[64] És a dir, el model que ha estat adoptat per la Llei 14/2008, del 5 de novembre, que institueix l'Oficina Antifrau de Catalunya.

4. El nou "estatut de la integritat" dels membres i directius de les corporacions locals entre (poques) llums i (moltes) ombres

La LS ha incidit profundament en la regulació de l'estatut dels membres de les corporacions locals, tal com resulta de la nova redacció de l'art. 75, apartats 7 i 8 de la LBRL, i de la disposició addicional catorzena que amplia l'esfera de la garantia de la integritat als directius i a una part dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal. Tanmateix la normativa, malgrat enfortir les mesures adreçades a prevenir els possibles casos de conflictes d'interès, no deixa de ser una mica confusa i presenta alguna mancança que hauria de millorar-se *de lege ferenda*. Però encara més insatisfactori ens sembla l'estat de la regulació catalana dels registres d'interès continguda a l'art. 163 del "Texto Refundido de la Ley Municipal y del Régimen Local de Catalunya" (TRLMRLC). L'art. 75.7 de la LBRL estableix que:

> «Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.
> Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.
> Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho».

Mentrestant, la formulació de l'art. 163.1 del TRLMRLC[65] és més sintètica i fa referència a un únic registre d'interès en el qual s'inscriuran les declaracions de béns i activitats dels membres de la corporació que els proporcionen o poden proporcionar ingressos econòmics o que afecten a l'àmbit de les competències de les corporacions, però no diu res sobre les informacions relatives a les participacions socials i a la liquidació d'impostos.

Per altra banda, s'aprecia no simple omissió, sinó discrepància pel que fa a la determinació de l'òrgan responsable del registre. Segons l'art. 30 del ROF «la custodia y dirección del Registro corresponde al Secretario», però el 163.3 del TRLMRLC diu en canvi que «el registro de intereses está bajo la responsabilidad directa del presidente de la corporación o del miembro en que delegue». Pot considerar-se el precepte

[65] 163.1 TRLMRLC: «Todos los miembros de las corporaciones locales están obligados a formular, antes de tomar posesión del cargo y cuando se produzcan variaciones en el curso del mandato y con ocasión de cesamiento, una declaración de los bienes y de las actividades privadas que les proporcionan o pueden proporcionarles ingresos económicos o que afectan al ámbito de las competencias de las corporaciones. Las declaraciones tienen que inscribirse en un registro de intereses que tiene que constituir cada corporación local».

reglamentari com a normativa bàsica de l'Estat, d'acord amb la doctrina del Tribunal Constitucional que estableix que la normativa bàsica de l'Estat ho és quan regula aquestes qüestions, independentment del rang normatiu del precepte que conté aquesta regulació[66], ja que encara que les bases es trobin dins normes legals, això no exclou que estiguin contingudes en normes reglamentàries, en aquells supòsits en els quals el desenvolupament normatiu amb eficàcia a tota la nació s'exigeixi per a la vigència efectiva de les bases establertes per llei[67]. Aquesta diferència (i d'altres semblants) queden resoltes en aquest sentit, a més, la del mateix TRLMRLC afirma que els seus preceptes són automàticament modificats en el moment en el qual es produeixi la revisió de la legislació bàsica estatal[68].

Certament no seria cap garantia que l'instrument del control dels conflictes d'interès dels càrrecs electes locals fos en primer lloc el president de la corporació. Ja ho diu la dita castellana: "no se puede pedir al zorro que sea responsable del gallinero…". Tot i això, s'hauria de veure si l'òrgan idoni per a gestionar el registre d'interessos és realment el secretari, a causa de les relacions (a vegades) difícils entre polítics i funcionaris habilitats, per bé que és cert que aquesta atribució, dins de l'Administració Local, no podria ser d'algú diferent del secretari[69], qui exerceix les funcions de control i fiscalització del funcionament municipal.

Segons l'art. 75.7 de la LBRL, els subjectes obligats a declarar hauran d'aportar anualment, per a publicar-les, les declaracions de renda, patrimoni i societats; això és el que s'entén interpretant la Llei, malgrat en aquest punt no sigui clara, però si hom assumeix que les declaracions d'incompatiblilitat, activitats, béns i participacions «se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho» i mirem paral·lelament el text de la LIAC, no podem interpretar cap altra cosa. Per bé que serà al reglament orgànic on s'haurà de regular aquesta qüestió.

És interessant observar el que a continuació estableix la norma: les declaracions de possibles incompatibilitats, activitats, béns i drets patrimonials, que han d'inscriure's als corresponents registres d'interessos, que tindran caràcter públic (*sic*!). És això possible? Recordant allò establert a la LIAC, on es deia que el registre d'activitats té caràcter públic mentre que el de béns i drets patrimonials és reservat, la disposició pot semblar estranya. O bé es tracta d'un *lapsus calami* del legislador, o efectivament el nou règim dels registres d'interessos locals és més sever que el corresponent al dels membres del Govern i alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, la qual cosa bé podria ser (i així es llegeix a la LBRJ) si es considera que els escàndols de corrupció local poden haver dut a "collar" els càrrecs de les entitats locals.

---

[66] STC 35/1982, de 14 de juny.
[67] STC 42/1983, de 20 de maig.
[68] Vid. disposició addicional primera del TRLMRLC.
[69] Als municipis de gran població la competència correspón al Secretario General del Ple segons la disposició addicional vuitena, lletra c, de la LBRL.

Una novetat important introduïda a la LBRL per la LS és la norma continguda a l'apartat 8 de l'art. 75, on es regulen les incompatibilitats postcàrrec que estableixen un "període de refredament", en els següents termes:

> «Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado».

La tècnica legislativa emprada no és del tot adient, perquè deixar caure una norma des de dalt sense adaptació no és un bon exercici legislatiu; en qualsevol cas, sembla gairebé dibuixar-se un "dret únic de la integritat pública". Al capdavall, amb el límit de l'àmbit territorial propi de cada corporació local, s'aplicaran als membres de l'entitat les limitacions a l'exercici d'activitats privades amb caràcter posterior al cessament, previst per la LCI, que després de ser adaptades al nou context, serien les següents:

1. No podran desenvolupar els seus serveis a empreses o societats privades relacionades directament amb les competències del càrrec desenvolupat. A aquests efectes, es considera que existeix relació directa quan es doni qualsevol dels següents supòsits de fet:
    a) Que els membres de les corporacions locals o els titulars dels seus òrgans dependents, per delegació o substitució, haguessin dictat resolucions en relació amb les esmentades empreses o societats.
    b) Que haguessin intervingut en sessions d'òrgans col·legiats en les quals s'hagués adoptat algun acord o resolució en relació amb aquestes entitats.
2. Els representants locals, que amb caràcter anterior a l'ocupació dels seus càrrecs haguessin exercit la seva activitat professional en empreses privades, a les quals volguessin reincorporar-se, no incorreran en la incompatibilitat prevista a l'apartat anterior quan l'activitat que desenvolupin sigui en llocs de treball que no estiguin directament relacionats amb les competències del càrrec públic ocupat, ni puguin adoptar decisions que l'afectin.
3. Durant aquest període de "refredament" de dos anys, no podran celebrar per si mateixos, o a través de societats o empreses participades per ells directament o indirecta més del 10% dels contractes d'assistència tècnica, de serveis o similars, amb la corporació local en la qual havien estat escollits directament o mitjançant empreses contractistes o subcontractistes.
4. Els membres de la corporació hauran d'efectuar, durant el mateix període de dos anys, davant el secretari, declaració sobre les activitats que realitzin, amb caràcter previ al seu començament. En el termini d'un mes, el ple es

pronunciarà sobre la compatibilitat de l'activitat a realitzar i se li comunicarà a la persona interessada, i a l'empresa o societat a la qual hagués anat a prestar els seus serveis.

5. Quan el ple estimi que l'activitat privada que volgués dur a terme una persona que hagués ocupat un alt càrrec vulnera allò previst a l'apartat 1, se li comunicarà a ell i a l'empresa o societat a la qual hagués anat a prestar els seus serveis, els qui formularan les al·legacions que creguin convenients. Analitzades les al·legacions, el ple declararà el que estimi procedent.
6. Durant els dos anys posteriors a la data d'acabament del govern, aquells que reingressin a la funció pública i prestin serveis retribuïts mitjançant honoraris, aranzels o qualsevol altra forma de contraprestació econòmica a persones físiques o jurídiques de caràcter privat, s'inhibiran en totes aquelles actuacions privades que guardin relació amb les competències del càrrec exercit.

Aquestes limitacions pateixen els problemes ja esmentats en comentar la norma de la LCI[70]:

1. Immediatament després de deixar el càrrec, un representant local podria sense cap impediment prestar serveis per a una empresa constituïda després del seu govern que operés en el mateix àmbit en el qual exercia les seves responsabilitats executives.
2. Quedarien formalment fora dels límits de les prohibicions els casos de participació a decisions que afectin, no ja a l'empresa a la qual volgués prestar els seus serveis, sinó a les seves competidores.

A més, la pròpia normativa estatal per a adaptar-se al context local comporta un esforç de regulació que té el seu focus en el reglament orgànic de l'entitat on, per exemple, s'haurà d'establir com es produeixen els diversos pronunciaments i els controls que suposa la LCI.

Finalment, cal comentar que la disposició addicional número 15 de la LBRL, sempre per impuls de la LS[71], amplia l'esfera de les garanties contra els conflictes d'interès a altres dues categories de subjectes: el personal directiu local i els funcionaris amb habilitació de caràcter estatal. La solució triada es caracteritza un cop més per no tallar un estatuts a mesura sinó més aviat un vestit d'arlequí. Així, els directius locals[72] estaran sotsmesos, generalment, al règim de les incompatibilitats dels treballadors públics establerts per la Llei 53/1984 (LI), però pel que fa a les limitacions a l'exercici d'activitats privades successives, sí s'aplicarà la normativa dels alts càrrecs prevista a

[70] Vid. epígraf 3.1.
[71] Vid. disposició addicional 9ª.5 de la LS.
[72]Definits com «los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales».

l'art. 8 de la LCI, a banda d'haver de realitzar les mateixes declaracions d'activitats, béns i participacions a les quals estan obligats els membres de les corporacions locals per l'art. 75.7 de la LBRL.

De la mateixa manera, estaran obligats a formular aquestes declaracions «los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman». Per bé que pot justificar-se que aquests funcionaris, a causa de la transcendència de les competències que tenen assignades, hauran d'estar subjectes també a un règim de controls i transparència, no sembla que la norma sigui massa encertada: els secretaris nomenats per lliure designació declararan en el mateix registre que haurien de dirigir i guardar, i llavors: *Quis custodiet ipsos custodes*?

Bé, el nou estatut de la integritat dels membres de les corporacions locals persegueix finalitats importants i intenta prevenir les situacions de conflicte d'interès, però sense tenir en compte l'especificitat de les situacions locals; a més, el seu disseny pot conduir a un curtcircuit intern final. Com que no està del tot (o gens) ben acabada la definició dels òrgans de gestió, vigilància i control, les entitats locals hauran d'encarregar-se en el seu reglament orgànic d'una profunda regulació sobre la matèria.

Bibliografia

BALLBÉ, M., "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización", a *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2007.

BALLBÉ, M., MARTÍNEZ, R., *Soberanía dual y constitución integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, Barcelona, 2003.

CANY, *Conflict of Interest and Federal Service*, Cambridge, Harvard University Press, 1960.

CASSESE, S., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma, 2002.

CUENCA CERVERA, J.J., "El Desempeño profesional en la Función Pública Local: una aproximación desde el Derecho Disciplinario y la Gestión Pública" a *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*,, núm. 19, 3, 2003.

DEL SAZ CORDERO, S., "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", a *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999.

FERNÁNDEZ PEREIRA, J.P., *La seguridad humana*, Ariel, Barcelona, 2006.

GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., "Las incompatibilidades de los funcionarios públicos (1810-1893)", a *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 21, 1984.

GIL IBÁÑEZ, J.L., "La evolución histórica de la regulación de las incompatibilidades de los funcionarios públicos", a *Actualidad administrativa*, núm. 14, 1994.

HARDEN, I., "Regulating Government", a *The Political Quartely*, Vol. 66, Issue 4, octuber 1995.

HOOD, C. ET AL., *Regulation Inside Government.* Waste Watchers, *Quality Police, and Sleaze-busters*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

LUTTWAK, E., *Turbocapitalismo. Quiénes ganan y quiénes pierden en la globalización*, Editorial Crítica, 2000.

MAJONE, G., LA SPINA, A., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

MANNING, "The Purity Potlatch: Conflict of Interest and Moral Escalation", a *Federal Bar Journal XXIV*, núm. 3, 1964.

MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y deberes del Funcionario Público*, Tirant lo Blanch, València, 1996.

MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", a *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996.

MATTARELLA, B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, polita, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007.

MENY, Y., *La Corruption de la République*, París, Fayard, 1992, p. 60.

MESEGUER YEBRA, J., *Régimen de los conflictos de intereses e incompatibilidades de los miembros del gobierno y altos cargos de la administración. Estudio comparado de las normativas estatal, autonómica y local*, Bosch, Barcelona.

MULGAN, R., *Holding power to account: accountability in modern democracies*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003.

OLÍAS DE LIMA GETE, B., "Las incompatibilidades de los altos cargos", a *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 40-41, 1984.

PERKINS, R., "The New Federal Conflict-of-Interest Law", a *Harvard Law Review*, 76, 1963.

PICADO, S., "Ética pública y corrupción" en AA.VV., *El derecho público a comienzos del siglo XXI*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

PONCE SOLÉ J., "Good Administration and Administrative Procedures" a *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, issue 2, 2005.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo e del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

RIVERO ORTEGA, R., "Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano", UIM, 2006.

ROBERTS, R.N., DOSS, M.T. JR., *From Watergate to Whitewater: The Public Integrity War*, Wespot, 1997.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?*, editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, V ed. Tecnos, Madrid, 2008.

SCOTT, C., "Accountability in the Regulatory State", a *Journal of Law and Society*, Vol. 27, Issue 1, March 2000.

STIGLER, G.J., "The Teory of Economic Regulation", a *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, 1, pp. 3-21.

TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004;

VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos, Madrid, 2000.

Capítol II

L'OCUPACIÓ PÚBLICA A LES ADMINISTRACIONS LOCALS: LA DIFÍCIL RELACIÓ ENTRE PRINCIPIS I PRAXI

Endrius Cocciolo
Professor Lector de Dret Administratiu (URV)

Javier Requejo García
Interventor de l'Administració Local
Doctorand en Prevenció i Seguretat (UAB)

SUMARI: **1. Introducció. Els principis d'accés a l'ocupació pública en l'Administració Local –2. Principis d'igualtat, mèrit i capacitat** –2.1. Principi de legalitat –2.2. Principi d'igualtat –2.3. Principi de mèrit i capacitat –2.4. Principi (complementari) de publicitat –2.5. EBEP: Un nou paradigma? **–3. Aplicació dels criteris de selecció al personal eventual i directiu –4. Deures i codis de conducta dels treballadors públics** –4.1. Els deures dels treballadors públics –4.2. Els codis ètics i de conducta **–5. Els càrrecs electes i la seva relació amb els treballadors públics en l'Administració Local –6. Recomanacions - Annex: Taula comparativa de codis de conducta –Bibliografia.**

1. Introducció. Els principis d'accés a l'ocupació pública en l'Administració Local

Abans de començar a analitzar els principis que regeixen l'accés a l'ocupació pública en l'Administració Local, cal una anàlisi de la importància que tenen els treballadors públics locals dins del personal que presta servei en el conjunt de les administracions públiques.

Per a una major comprensió de la realitat que estudiarem, resulten molt il·lustratives les següents dades de gener de 2008: el nombre de treballadors públics locals ascendeix a 623.214, la qual cosa suposa un 26.5% del total de treballadors públics, per tant els ens locals es col·loquen per davant de l'Administració Estatal que ocupa al 23.8% d'aquests treballadors, essent superades només per les comunitats autònomes que n'ocupen a més de la meitat, concretament al 55.2%.

Un cop coneguda la importància quantitativa dels treballadors locals en el panorama general, convé anar més enllà i analitzar quin és el règim jurídic que vincula aquests treballadors. En aquest sentit, les xifres són aclaparadores, ja que dins l'Administració Local el nombre de funcionaris de carrera és gairebé la meitat que el de personal laboral. Concretament, existeixen 212.705 funcionaris de carrera, la qual cosa suposa el 34.1% dels treballadors públics locals, mentre que el nombre de persones vinculades a

l'Administració Local en virtut d'una relació de naturalesa laboral és de 371.453, és a dir, el 59.6% del total. Això suposa una singularitat de l'Administració Local enfront de la resta d'administracions, en les quals el personal laboral ni tan sols s'acosta a la meitat del personal funcionari (23.2% a l'Administració Estatal i 11.6% a l'Autonòmica[73]).

De manera que la realitat reflecteix que l'Administració Local ha recorregut en moltes ocasions al dret laboral per a satisfer les seves necessitats de personal, sia de caràcter temporal o sia permanent. La flexibilitat que ofereix aquesta normativa sota la forma de nombrosos tipus de contractes, així com la recerca de millors maneres de gestió de recursos humans, han estat pretextos vàlids que justificaven aquesta fugida del dret administratiu. Autors com SÁNCHEZ MORÓN o SOSA WAGNER argumenten que no aturar aquesta situació suposaria un greu atemptat als principis sobre els quals es fonamenta la funció pública, com poden ser els d'igualtat, mèrit i capacitat en la selecció dels treballadors públics. Aquests principis seran desenvolupats en el següent punt, on veurem que miren de garantir que en el procés selectiu aconsegueixi l'aspirant de millor qualitat; per això han de ser valorats, ja que la seva no observança suposaria allunyar-se del camí que un dia va marcar la Constitució.

2. Principis d'igualtat, mèrit i capacitat

La Constitució marca uns principis que han de regir l'accés al servei públic; NIETO GARCÍA considera que els principis generals del dret són "unos granos de oro que introducen orden en el caos y dan sentido a cada uno de los elementos del ordenamiento jurídico. El Derecho se encuentra en los principios generales del Derecho, que son su verbo" [74]. Els principis generals del dret són essencials en qualsevol ordenament jurídic atès que són l'arrel d'aquest. Conseqüentment, han de tenir-se en compte ja que són els fonaments del sistema jurídic, de manera que l'ideal de l'Estat de dret ha de desenvolupar i aplicar contínuament els principis generals del dret.

Passem a centrar-nos ara en aquells principis que es refereixen concretament a l'Administració, i que es troben inclosos als articles 103 a 107 i estableixen els principis bàsics d'organització i funcionament de l'Administració Pública. Aquests principis són una manifestació de les modernes administracions nascudes de la Revolució Francesa i que, posteriorment, van modificar-se a causa de les exigències de l'Estat social de Dret. Sense oblidar la famosa màxima de WERNER, de la segona meitat del segle XX, segons la qual el dret administratiu és el dret constitucional concretat[75].

---

[73] Aquestes dades han estat recollides per PLANA GIL, J., "La selección de personal laboral de las Administraciones locales" a *Revista de estudios locales. Aplicación de la normativa laboral en el ámbito local*, ed. Thomson, núm. 112, pp. 11-12.

[74]NIETO GARCIA,A., *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces,* ed. Ariel,1998, p.13

[75] WERNER, F., "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungrecht", a *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, p. 527.

L'acció administrativa es regeix per uns principis generals que han de guiar la seva actuació. Entre ells destaquen els de legalitat (art. 9), d'objectivitat (art. 103.1) i d'interès general (art. 103.1). Dins d'aquesta actuació, es troba la selecció del personal, també regida per principis més específics. Ens trobem ací amb els principis d'igualtat en l'accés a les funcions i càrrecs públics (art. 23.2) i el de mèrit i capacitat dels aspirants als llocs de treball (art. 103.3); a més, han de complementar-los, entre altres, els principis de seguretat jurídica (art. 9.3) i el d'eficàcia (art. 103.1).

La següent reflexió de SÁNCHEZ MORÓN resulta il·lustrativa: "como ya sabemos, los poderes públicos no pueden reclutar el personal que necesitan para el ejercicio de sus funciones a la manera de una empresa privada, es decir, por la simple y directa voluntad de los responsables de la selección de empleados. La selección de los empleados públicos ha de hacerse en virtud de criterios objetivos, pues todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que la Administración no puede expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichos criterios objetivos deben basarse en criterios de mérito y capacidad, puesto que la Administración está obligada a gestionar los intereses públicos con eficacia. Estas ideas elementales constituyen pilares fundamentales del Estado de derecho. Como tal figuran en la mayoría de las constituciones vigentes y en los textos internacionales de derechos fundamentales. No obstante lo cual, la experiencia demuestra la facilidad con que el favoritismo, el amiguismo y otras prácticas permiten desvirtuarla. En realidad el grado de vigencia práctica y el de vulneración de estos principios –difícil de medir pero fácil de intuir- constituyen un test importante acerca del respeto que una sociedad y una administración tienen por el Estado de derecho. También constituyen un condicionante del buen funcionamiento de la Administración pues raramente será eficaz la que no sea capaz de seleccionar para su servicio a los mejores aspirantes[76]".

Com diu l'autor, l'Administració ha de posar èmfasi en una selecció de qualitat, ja que per tal que una màquina funcioni de manera eficaç és necessari que ho facin totes les peces del seu engranatge. A més, quin sentit tindrien totes les polítiques de formació i perfeccionament dels treballadors públics desenvolupades els darrers temps si partíssim de la idea que l'error està en la selecció d'aquests?

Per tant, té una gran importància el compromís personal que, en relació als valors constitucionals, tinguin els titulars dels diferents organismes públics. Així, d'aquest compromís en sorgeix la selecció del millor.

2.1. Principi de legalitat

La subjecció de l'Administració a la llei i al dret es troba expressament recollida a l'article 103.1. de la Constitució Espanyola. Aquest article suposa una concreció del principi general de l'art. 9.1., que estableix la submissió dels poders públics a la

[76] SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, ed. Tecnos S.A., 1996 pp.113 i 114.

Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic. En definitiva, no fa sinó manifestar respecte de l'Administració, el dogma fonamental de l'Estat de Dret. El principi de legalitat és essencial de tot Estat de Dret, perquè a través d'aquest s'aconsegueix el control del poder, la qual cosa suposa garantir als ciutadans la seguretat jurídica davant l'actuació dels poders públics. Això suposa el següent:

- L'Administració ha d'actuar subjecta a tot el sistema de fonts: Constitució, normes amb força de llei i reglaments.
- La submissió de l'Administració a l'ordenament jurídic ha de ser total, no existeix cap matèria en la qual no es trobi aquesta subordinació. Una qüestió diferent és la major o menor discrecionalitat que hi pugui haver segons la matèria per a cada actuació administrativa. MORELL OCAÑA, fent referència a aquesta submissió diu: "lo que distingue la Administración de los demás sujetos del ordenamiento es, precisamente, el sentido de esa subordinación, de ese sometimiento. Sometimiento pleno quiere significar que los agentes administrativos en el desarrollo de la gestión que les ha sido encomendada, no han de poner una voluntad distinta de la de la ley; su voluntad es, únicamente, el marco de recepción de aquella otra voluntad[77]."
- I, finalment, aquesta subordinació de l'Administració implica que la seva actuació podrà ser controlada pels jutges.

GONZÁLEZ PÉREZ ha afirmat "que el principio de legalidad, en su concepción clásica, constituye una de las garantías esenciales del administrado que es necesario mantener intangible y conservar como una de las más preciosas conquistas de la lucha frente a las arbitrariedades de los gobernantes" [78].

Ja que del que es tracta ací és de veure l'aplicació d'aquest principi en la selecció de personal, una de les manifestacions més rellevants de l'actuació administrativa, interessa referir-nos a la següent sentència del 19 de juny de 1992, del Tribunal Suprem, pel seu caràcter il·lustratiu:

> "La selección del personal al servicio de las Administraciones públicas no puede realizarse por estas libremente. La Administración ha de someterse a la legalidad a través de los sistemas de concurso o de oposición, tras la correspondiente oferta pública de empleo por vacante o vacantes existentes. Se trata de poder determinar, a través de aquellos sistemas, la calidad de los candidatos, en función de sus conocimientos generales de educación general y de sus conocimientos específicos que la función a desempeñar requiere. Se trata de determinar, en definitiva, los méritos de los aspirantes[79]."

---

[77] MORELL OCAÑA, L., *El principio de objetividad de la Administración Pública. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez.* Tom I, ed. Civitas, Madrid, 1993, pp.147 i 148

[78] GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El administrado.* Publicaciones Abella. *El Consultor de los Ayuntamientos* y de los Juzgados, 1966, p. 31

[79] Sentència extreta de PÉREZ LUQUE,A., *La selección del personal permanente de las corporaciones locales, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2001, p. 54.

La STC 73/1998 de 31 de març de 1998, respecte al principi de legalitat diu el següent en el seu fonament jurídic 4t apartat a):

> "en primer lugar, nos encontramos ante un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas: *«con los requisitos que señalen las leyes» (art. 23.2 C.E.).* Como ha declarado la reciente STC 48/1998, *«la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad). Una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 C.E., lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez -- que lo es de la legalidad-- tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas (arts. 106.2 y 24.1 C.E.), sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración --la calificación técnica del órgano calificador-- por la judicial».*

Com afirmava més amunt MORELL OCAÑA, els agents administratius no han de manifestar una voluntat diferent a la llei, sinó que "su voluntad es únicamente el marco de recepción de aquella otra voluntad". És a dir, que l'òrgan administratiu, a l'hora de valorar els candidats, ha de seguir escrupolosament la norma. Si bé és cert que aquesta afirmació, com diu aquesta sentència, s'ha de matisar en el sentit que no es pot eliminar la discrecionalitat tècnica de l'Administració.

Continua la Sentència dient que "desde esta perspectiva, por otra parte, se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso (arts. 23.2 y 103.3 C.E., SSTC 67/1996, entre otras), aunque no pueda ser cuestionada autónomamente en este proceso, forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad; todo ello sin perjuicio, de que este derecho a la ley no puede confundirse con una reserva de ley absoluta, de tal modo que *«la ley formal puede recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación»*; (fundamento jurídico 7. a). En suma, *«la fijación ex ante de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo»*; (STC 48/1988, fundamento jurídico 7. b)."

Per tant, s'admet la remissió al reglament. La reserva de llei no ha d'entendre's d'una manera tan tancada que impedeixi que el reglament pugui concretar i detallar allò

establert a la Llei, evidentment sense innovar o substituir al legislador. Existeix una reserva de llei per a l'estatut dels funcionaris públics (art 103.3 CE), però això no significa que les disposicions del govern no puguin col·laborar amb la Llei per a complementar-la o particularitzar-la en aspectes de caràcter instrumental, sempre amb la corresponent submissió a l'ordenació legal reservada.

La conclusió lògica de l'estricte compliment del principi de legalitat en el procés selectiu hauria, si més no, d'assegurar l'eliminació de qualsevol tipus d'arbitrarietat o tracte discriminatori en els ciutadans que aspiren a prestar els seus serveis a l'Administració.

2.2. Principi d'igualtat

Aquest principi es propugna com un dels valors superiors de l'ordenament jurídic juntament amb la llibertat, la justícia i el pluralisme jurídic[80], de tal manera que amb aquests valors superiors la finalitat del constituent és fixar les fites més ambicioses que pugui assolir el dret. Aquests valors són els ideals que l'Estat social i democràtic de dret propugna per a ser realitzats per l'ordenament jurídic.

El principi d'igualtat en l'accés als càrrecs públics és una manifestació del principi d'igualtat jurídica que, en termes generals, es consagra a l'art. 14 de la Constitució[81].

Aquesta és la igualtat en sentit genèric, però és necessari atribuir substantivitat pròpia al dret d'accés als càrrecs en funcions públiques, que es troba recollit a l'art. 23.2 de la Constitució[82]. Dret que, com a fonamental, gaudeix de totes les garanties i mitjans de protecció oferts pels articles 53.1 i 53.2 de la Constitució. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha dit en la seva Sentència 302/1993, de 21 d'octubre, que (F. J. 2), "los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública que la Constitución consagra en su art.103.3…. concretan y articulan el genérico juicio de igualdad en esta materia consagrado por el art. 23.2", la qual cosa "garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas... [la qual cosa]… interpretado sistemáticamente… impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad" (TC 365/1993, de 29 de desembre (F.J. 7).

[80] Art. 1.1 de la Constitució Espanyola: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".
[81] Art. 14 de la Constitució Espanyola: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".
[82] Art. 23.2 de la Constitució Espanyola: "Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes".

Analitzem ara una sentència del més alt Tribunal en la qual aplica a un cas concret aquestes afirmacions tan genèriques. La tria d'aquesta sentència no és arbitrària atès que, si en explicar el principi de legalitat vàrem exposar la necessitat de regular l'accés mitjançant norma amb rang de llei, per bé que amb la possibilitat de desenvolupament reglamentari, ara veurem els límits que té aquesta potestat.

La Sentència, que atèn un recurs d'empara, és la 185/1994 de 20 de juny de 1994 i respon a un recurs que es va interposar contra la Sentència del Tribunal Suprem de 14 d'abril de 1992, que va revocar la dictada pel Tribunal Superior de Justícia (Contenciós administratiu) d'Andalusia-Sevilla, de 25 de juny de 1991, contra l' "Orden de la Consejería de Eduación y Ciencia de la Junta de Andalucía" de 25 d'abril de 1991, ja que entenen els recurrents que estableix un sistema d'ingrés contrari a les exigències d'igualtat que es deriven de l'art. 23.2 C. E. A la demanda d'empara s'addueix que l'ordre de convocatòria, l'anul·lació de la qual ara pretén, "establece un sistema de acceso a la función pública docente claramente discriminatorio, en tanto que prima en exceso los servicios previamente prestados en la Administración educativa y, por tanto, a aquellos opositores que anteriormente fueron contratados como profesores interinos, frente a los opositores libres quienes no pueden computar tales méritos (....). Ese trato de favor resultaría del hecho de haberse articulado el acceso mediante dos fases en las que, confundiéndose la prueba de conocimientos y la de méritos alegados, se permite a los opositores que hubiesen sido interinos puntuar dos veces sucesivas, mediante la estrategia de incluir un mecanismo reproductor de la puntuación (el denominado *"efecto mochila"*), hasta el extremo de que la llamada segunda fase de concurso -en la que se puntúa hasta un máximo de seis por servicios previamente prestados- solo existe para los que hubiesen sido con anterioridad profesores interinos. (...)" (F. J. 2)

De tal manera que, tal com s'exposa a la sentència, entenen els recurrents que els interins compten amb un avantatge inicial proper al 60% del total de punts possibles, la qual cosa suposa un criteri que s'allunya de la discrecionalitat de l'Administració a l'hora de valorar certs mèrits i *de facto* priva de l'accés a l'ocupació pública en condicions d'igualtat.

> "(...) No lo entienden así ni la USTEA ni la COAN ni el Ministerio Fiscal, para quienes la base VI de la convocatoria se adecua perfectamente al régimen específico que determina la Disposición transitoria quinta de la LOGSE, por la que el legislador quiso primar transitoriamente y con carácter excepcional -por solo tres convocatorias- los servicios previamente prestados ante la Administración educativa. Criterio de preferencia, a su juicio, plenamente constitucional y que se ajusta en todo a los límites del art. 23.2 C.E., en el que se contempla un derecho de nítida configuración legal que permite al legislador un amplio margen de intervención para regular los modos y formas de acceso a la función pública. (...)" (F. J. 2 *in fine*).

Així doncs, l'ordre qüestionada té el seu fonament en la disposició transitòria cinquena de la LOGSE i, per tant, és ara quan el Tribunal es veu obligat a pronunciar-se sobre quins són els límits que existeixen a la regulació legal de l'accés a la funció pública i el seu desenvolupament reglamentari. En aquest sentit, el Tribunal diu: "el art. 23.2 C.E., invocado en este proceso, reconoce un derecho de configuración legal (SSTC 10/1989 y 217/1992, entre otras muchas) que, como ha declarado este Tribunal, atribuye un derecho reaccional para impugnar toda norma o la aplicación de la misma que quiebre el principio de igualdad (SSTC 50/1986, 148/1986 y 200/1991). Y si bien el art. 23.2 otorga al legislador *«un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la* determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en *consideración»;* el precepto constitucional le obliga no solo a que la regulación no se haga en términos concretos o individualizados sino también a que *«los requisitos establecidos, en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principio de mérito y capacidad»"* (STC 27/1991, Fonament Jurídic 4)

Per tant, la Llei té com a límit el principi constitucional d'igualtat en l'accés a l'ocupació pública, igualtat que s'ha d'aconseguir establint criteris de selecció que únicament es guiïn per criteris de mèrit i capacitat.

Continua la sentència amb l'examen de la LOGSE, per tal de veure si aquestes mesures excepcionals que introdueix es troben dins del marc constitucional. Recorda la sentència que aquesta Llei "instauró excepcionalmente y con carácter temporalmente limitado un sistema de ingreso en el que se favorece el acceso de aquellos aspirantes que previamente hubiesen sido contratados, tras el oportuno proceso de selección, como profesores interinos y, por tanto, pudieran acreditar su aptitud para el desempeño de las funciones". No obstant això, destaca el Tribunal que "el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 C.E. requiere que dicho sistema haya respetado la igualdad que este precepto constitucional concreta, así como los principios contenidos en el art. 103.3 C.E.". Doncs bé, el Tribunal entén que "el trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como funcionarios interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación". I, d'aquesta manera, "ha de estimarse que el tratamiento legal diferenciado que se contiene en la Disposición transitoria quinta, apartado 3., de la LOGSE no está desprovisto de justificación objetiva y razonable; ni de él puede decirse que no sea proporcionado y adecuado a los fines perseguidos por el legislador" (SSTC 22/1981, 59/1982, 50/1991 i 340/1993).

És obvi que, en aquest cas, el Tribunal entén que les mesures excepcionals que estableix la Llei es troben constitucionalment legitimades de tal manera que no pot concloure que s'hagin conculcat els principis d'accés a l'ocupació pública.

Per altra banda, el tribunal també s'atura a examinar si les disposicions reglamentàries que desenvolupen la Llei incrementen la desigualtat més enllà dels límits constitucionals tolerables, atès que està "constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración, por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación, pueda incorporar nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado (SSTC 209/1987, 78/1990 y 4/1991, entre otras muchas)".

Altre cop fa referència als límits de l'Administració a l'hora de desenvolupar una norma legal, que ja vàrem analitzar en estudiar el principi de legalitat. Així doncs, s'observa com tots els principis estan enllaçats, i depenen els uns dels altres.

La conclusió a la qual arriba és que l'Ordre efectivament s'ajusta a la Llei i, atès que el sistema excepcional que regula l'entén ajustat al principi d'igualtat, ho defensa d'aquesta manera:

> "Tanto el legislador como la Administración educativa convocante han actuado dentro de los márgenes constitucionales que se derivan del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que, como concreción del principio general de igualdad, reconoce el art. 23.2, sin que haya existido conculcación alguna del mismo, ni en su vertiente de igualdad en la Ley, ni ante o en aplicación de la Ley, por lo que los presentes recursos de amparo deben ser desestimados"

D'aquesta manera, el Tribunal declara que la Llei i el sistema de selecció que aquesta preveu s'ajusten a la Constitució, perquè entén que les mesures excepcionals que preveu estan justificades i, per tant, es troben dins del marc constitucional.

Però la doctrina que estableix el Tribunal no és gens pacífica; n'hi ha prou amb examinar el vot particular que formula el magistrat JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ:

> "Lamento discrepar del criterio de la Sala en cuanto a la licitud constitucional de la Orden de convocatoria impugnada que, en mi opinión, no se ajusta a la prescripción del art. 23.2 CE en cuanto configura un sistema de selección que, si bien permite el acceso simultáneo de aspirantes libres junto a los interinos, se inclina claramente a favor de estos últimos al otorgarles unas posibilidades de lograr en conjunto mayor puntuación que aquellos, determinante en definitiva de la adjudicación de plazas según la puntuación final".

Igualtat, mèrit i capacitat són principis abstractes i especialment difícils d'aplicar en casos concrets. Aquesta tasca de comprovació correspon a les instàncies jurisdiccionals i ací és on la interpretació dels diferents tribunals pot fer variar la realitat; així, mentre per uns una llei és concreta i el seu contingut compleix estrictament els principis constitucionals, per a uns altres succeeix tot el contrari. Quines conseqüències té aquesta diversitat de lectures d'un mateix precepte? Doncs que ens movem en un terreny insegur, la qual cosa fa que sigui difícil garantir l'objectivitat al cent per cent en la

selecció del personal, ja que la generalitat amb la qual s'enuncien els principis a la Constitució deixa molt obert el terreny al legislador i aquest a l'Administració a l'hora de valorar els múltiples criteris de selecció. Per tant, hi ha un buit que, sia de manera intencionada o sia involutàriament, pot servir per a pervertir la selecció desviant-se dels manaments constitucionals.

A continuació, el Magistrat fa un diagnòstic d'una de les malalties que acostuma a patir el sistema de selecció a Espanya:

> "Como resulta del precepto legal que autoriza esta convocatoria (transitoria quinta de la LOGSE, 1/1990), esta constituye uno de los episodios, recurrentes en la historia de la Administración española, que trata de dar solución al cabo de cierto tiempo al problema que se ha ido generando (en uno u otro de los ramos de aquella) como consecuencia del mantenido sistema de nombramiento discrecional de funcionarios interinos y su permanencia incluso por tiempo superior al previsto en las normas. Práctica que, una y otra vez, ha determinado la absorción del personal así nombrado mediante los más variados sistemas para otorgarle la posibilidad del ingreso en propiedad, incluso en muchas ocasiones de modo claramente privilegiado respecto de los aspirantes libres".

Ras i curt, massa vegades se selecciona ràpidament i malament a l'empara de múltiples motius per tal de, més tard, sia per raons de caràcter social o sia per raons de qualsevol altre tipus, arreglar la situació mitjançant sistemes de selecció de dubtosa objectivitat, sistemes com el del cas examinat, que gaudeixen de tota la cobertura legal necessària i que es reputen com a "legals".

El problema d'aquesta metodologia és fins a quin punt, a l'empara d'aquestes raons, es relaxen les exigències constitucionals, i això comporta el condicionament dels futurs processos de selecció.

Com a conclusió, aquest principi en l'accés i la permanència a l'ocupació pública tracta de garantir que no es produeixin discriminacions en el procés selectiu. Seguint a PUERTA SEGUIDO[83], aquestes són les màximes que es poden obtenir després d'un estudi de l'art. 23 de la Constitució, així com de l'abundant jurisprudència constitucional que aquest ha provocat:

- De l'art. 23 no en neix cap dret subjectiu a l'ocupació o el desenvolupament de funcions específiques, sinó únicament al dret de participar a les proves selectives concretes.
- Tampoc implica que els ciutadans tinguin dret a participar en qualsevol prova selectiva. Es troba dins del camí constitucional l'exigència de requisits objectius

[83] ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2007. Cap. 9.

per a participar en aquestes proves, com per exemple tenir determinada edat, requisits de titulació, etcètera.

- El legislador gaudeix de discrecionalitat per a regular el sistema d'accés ja que el dret s'exerceix *"(...) con los requisitos que señalen las leyes".* L'únic límit que troba el legislador, com hem dit, és el de no exigir cap requisit ni condició que no es pugui referir als principis de mèrit i capacitat. Per tant, els requisits per a participar en les proves han d'establir-se de manera abstracte, ometent-ne referències individualitzades o concretes *ad personam*.

SÁNCHEZ MORÓN afirma que l'art. 23.2: "conecta directamente con los principios de mérito y capacidad que se sancionan en el art. 103.3 de la Constitución y que rigen el acceso a este tipo de funciones" i, en relació amb aquest opina que "la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos en el acceso a los oficios públicos ha sido secularmente burlada o defraudada. Nuestra historia contemporánea compone en este sentido un cuadro muy poco reconfortante, dominado por la discriminación y la arbitrariedad, en forma de caciquismo, clientelismo político, aritocratismo, endogamia, nepotismo y padrinazgos de diferente especie, que han obstruido y distorsionado con alta frecuencia los canales de ingreso en el empleo público, reservándolos a unos pocos privilegiados. Solo de manera paulatina, el incremento de la conciencia, de los hábitos y de las garantías democráticas contribuye a erradicar esos vicios sociales tan consolidados por la historia [84]."

Aquesta reflexió de SÁNCHEZ MORÓN l'any 1997 suposava una dura crítica al funcionament democràtic del nostre país pel que fa a l'accés a l'ocupació pública malgrat que, no obstant això, manifestava una certa esperança en confiar que en el futur els processos selectius garantirien la selecció del millor preparat sense que interferís cap tipus de vici.

És evident que amb el pas dels anys les democràcies s'enforteixen i, per tant, també en aquest camp s'han fet passos importants per tal de concretar el significat i l'aplicació pràctica dels principis constitucionals pel que fa al legislador i a l'ordre jurisprudencial. Això no obstant, les preguntes que ens plantegem són les següents: Quan podrem afirmar que la selecció del treballador públic es realitza de manera totalment objectiva? S'estan duent a terme els passos adients per a fer-ho? Esperem poder respondre a aquestes qüestions en el nostre treball.

2.3 Principi de mèrit i capacitat

Com hem manifestat anteriorment, els principis de mèrit i capacitat es troben directament relacionats amb el principi d'igualtat exposat. L'accés a la funció pública

[84] SÁNCHEZ MORÓN, M., "El derecho a acceder a funciones y cargos públicos" del llibre *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, obra dirigida por ALZAGA VILLAAMIL,O., Tom II. Edesa, 1997, pp. 667, 669 i 677.

d'acord amb aquests principis tendeix a escollir al candidat més preparat atenent a criteris fonamentalment objectius.

Les complexes funcions a les quals avui dia serveix l'Administració Pública justifiquen la necessitat d'una funció pública professional i el més tècnicament capacitada possible. Fidel reflex d'aquesta idea són les paraules de GUTIÉRREZ REÑÓN: "la necesidad de una función pública profesional surge como consecuencia de la enorme complejidad de las tareas a que ha de atender la administración de nuestros días. Para llevar a cabo estas tareas no es suficiente con que los servidores públicos se identifiquen con la ideología política del partido que llega al gobierno tras su victoria electoral. Hacen falta capacidades técnicas y gestoras cada vez más elevadas y el entusiasmo militante no puede suplir a la preparación profesional que da la dedicación profesional al servicio público. Además, la experiencia histórica demuestra que la designación política desemboca fatalmente en el clientelismo y que los puestos públicos acaban considerándose como botín a repartir por los partidos ganadores. De ahí que, gradualmente, se haya ido imponiendo la convicción de que el servicio público tiene que ser una opción profesional abierta a todos los ciudadanos. Hoy la existencia de una función pública profesional se considera uno de los elementos esenciales del estado democrático[85]."

Tornem a veure com una afirmació realitzada divuit anys enrere que manifesta una realitat molt allunyada dels principis de mèrit i capacitat en la selecció de personal, emperò, podria aplicar-se a alguns processos selectius de l'actualitat. Així, ROMÁN RIESCHANN, SÁNCHEZ MORÓN i VELÁZQUEZ LÓPEZ, van presentar una ponència l'any 2004 titulada "Líneas de reforma del empleo" en la qual, pel que fa a la selecció dels treballadors públics, manifestava que "hay procesos selectivos rigurosos que no merecen crítica alguna, pero junto a ello existen otros que por diferentes causas, deben ser enjuiciados muy negativamente porque el proceso en sí deja mucho que desear y abre las puertas a influencias clientelares o a favores personales; y sin olvidar que hay entidades y organismos públicos que ni siquiera llevan a cabo el correspondiente procedimiento de selección, apelando a la designación directa de la autoridad o del gestor competente[86]."

No obstant això, la regulació de la funció pública intenta progressar en el sentit de basar la selecció en els principis de mèrit i capacitat. Això topa amb l'obstacle de trobar quin és el medi més adient que permeti apreciar el mèrit i la capacitat dels aspirants, obstacle agreujat per la despreocupació existent en la doctrina així com en la jurisprudència per delimitar ambdós principis, ja que se citen sempre units. Tanmateix, ambdós principis tenen identitat diferent de tal manera que poden entendre's individualment i com a dos

[85] GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "Función del Cuerpo en un Sistema de Carrera", RVAP, núm. 26, 1990, p. 84.

[86] GONZÁLEZ-HABA GUISADO, V.M., "Diez Propuestas sobre la modernización administrativa", *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 6, 2005, p. N958.

principis. Amb el pas del temps, s'ha defensat la necessitat de separar-los, havent aparegut dues corrents doctrinals:

a) Mentre, per una banda, MORELL OCAÑA senyala que "el mérito tiende a orientarse hacia un contenido que aloja el rasgo diferencial entre quienes aspiren al desempeño de cargos y funciones públicas; es, por ello, el criterio que legitima la opción a favor de un aspirante frente a otro u otros: accederá al cargo o función quien mayor mérito tenga para ello[87]". També indica que "por lo común la capacidad se identifica con los requisitos exigidos a todo aquel que pretenda acceder a la función pública; y, en cuanto tales, se encuentran estampados de modo objetivo en la norma o en la convocatoria abierta a todos los interesados. La noción de capacidad, por ello, aparece en el art. 103.3 ligada a la exigencia impuesta por el art.23.2: el acceso a las funciones y cargos públicos con los requisitos que establezcan las leyes. Tales requisitos, pues, han de ser establecidos de modo abstracto, general, y este ha de ser presupuesto, aunque no sea el único, para la salvaguarda del principio de igualdad[88]".

b) Per l'altra, destaquem ERKOREKA GERVASIO, qui defensa que "la capacidad se refiere a aquellos elementos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas destinadas a contrastar los conocimientos y actitud de los aspirantes. Mientras el mérito abarcaría aquellos otros que, al margen de todo tipo de pruebas, hacen referencia a la cualificación adquirida por los aspirantes a lo largo de su trayectoria humana o profesional, tales como el trabajo desarrollado, la formación de perfeccionamiento recibida, etc. Las pruebas asociadas a la capacidad han de ser superadas, lógicamente, para poder continuar en el proceso selectivo, pero los méritos, en general, no tienen carácter excluyente, de manera que sólo puntúan en la medida en que se dan[89]".

Amb independència d'aquesta discussió doctrinal, el sistema de selecció basat en el mèrit i la capacitat ha de garantir un procediment objectiu, que permeti aconseguir els millors professionals més enllà de qualsevol tipus de clientelisme o partidisme polític, que asseguri una administració objectiva, eficaç i eficient, tal com en el seu moment va pretendre assegurar la nostra *Normal Fonamenta*.

---

[87] MORELL OCAÑA,L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública,* ed. Civitas, 1994, pp. 156 i 164.

[88] MORELL OCAÑA,L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública,* ed. Civitas, 1994, pp. 156 i 157

[89] ERKOREKA GERVASIO, J.I., "Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas", RVAP, núm.44-II, 1996, p. 266 i ss.

Concloent, com apunta PULIDO QUECEDO, "el principio de mérito y capacidad impide una función pública organizada sobre la base de la plena disponibilidad de los empleados públicos[90]".

2.4. Principi (complementari) de publicitat

Malgrat no tenir rang constitucional, es troba íntimament relacionat amb els principis d'igualtat i d'interès general que sí són principis d'aplicació en la nostra Administració Pública. Per això el legislador ordinari ho ha recollit com a necessari en tot procés de selecció de personal. El Tribunal Constitucional ho recull a la Sentència 85/1983, de 25 d'octubre, de la següent manera:

> "La publicación es algo esencial a la convocatoria y que ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección de los que van a integrarse en los cuadros de la Administración y, en definitiva, desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, el servir al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, derecho este incluido en el catálogo de los derechos fundamentales (art.23.2 de la CE) y, desde el lado de la Administración, el satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes" (F.J.5)
> "En cuanto a la publicación, es cierto que constituye requisito esencial de la convocatoria y que debe servir al objetivo de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación. La publicidad es un elemento indispensable de exteriorización de la convocatoria" (F.J.8)

Així i tot, sovint s'al·leguen diferents motius pels quals no pot complir-se amb aquest principi de publicitat: la més comuna és la urgència i la necessitat de proveir els llocs de treball el més ràpidament possible per tal de satisfer els interessos dels ciutadans, però és abundant la jurisprudència que, si bé permet una certa simplificació del procediment, també exigeix el compliment d'uns mínims. A aquest efecte, el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, Sala del Contenciós Administratiu, en la Sentència de 9 de juliol de 1999, raona el següent en un cas en el qual es nomena un funcionari intern per raons d'urgència sense el degut compliment del principi de publicitat:

> "Cuando del nombramiento de un funcionario de urgencia se trata, si bien rigen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, como anteriormente hemos indicado, es preciso conciliar tales principios con la necesidad del nombramiento urgente. En tal sentido no son de aplicación las formalidades que rigen para el nombramiento de funcionarios de carrera, pero sí es necesario que exista un conocimiento público de la necesidad de provisión del puesto, sus características esenciales y los requisitos exigidos para su provisión, de forma que haga posible la

[90] PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 406

concurrencia que permita efectuar la selección de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.
No habiendo existido en el presente caso convocatoria pública alguna, resulta claro que se han infringido los referidos principios, pues la falta de publicidad ha impedido en todo caso la aplicación de los demás, habiéndose producido directamente la propuesta y nombramiento de persona determinada. Consecuentemente procede declarar la nulidad de tal nombramiento"

És doctrina consolidada el fet que l'actuació de l'Administració ha de ser pública i transparent, de manera que pugui sotmetre's contínuament a judici popular; només així es garantirà en tots els àmbits el compliment dels principis d'eficàcia i d'objectivitat. És obvi que una actuació opaca de l'Administració no ajuda a la consecució d'aquestes finalitats.

Per tant, la publicitat és imprescindible per a la consecució de processos de selecció imparcials; queda clar, doncs, que com més competència hi hagi en el procediment i més ulls l'observin, més fàcil serà aconseguir la selecció del més ben preparat, deixant de banda qualsevol altre tipus de consideracions. SÁNCHEZ MORÓN ha dit que "la imparcialidad exige un estricto respeto a las normas jurídicas".[91]

Al capdavall, la publicitat és un instrument necessari que serveix a la resta de principis. Durant l'examen realitzat, veiem que els principis que regeixen l'accés a l'ocupació pública no operen de manera aïllada sinó més aviat conjunta; així doncs, cada principi té valor per si mateix, però tots reforcen el seu valor en unir-se. Això també ha estat destacat pel Tribunal Constitucional a la STC 27/1981, de 20 de juliol en dir que: "No son compartimientos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado Social y Democrático de Derecho" (FJ10).

Observats tots els principis i estudiada la relació existent entre ells, convé fer les següents precisions a l'articulat constitucional. La Carta Magna de 1978 no va iniciar un canvi radical respecte de la situació anterior, atès que se segueix utilitzant l'expressió *Funció Pública*, per bé que en un sentit omnicompresiu referint-se a tot el personal que presta servei a l'Administració. Aquesta deficiència podria haver-se solucionat utilitzant la d'*Ocupació Pública* com a terme més exacte per a referir-se a aquests treballadors.

En el seu moment, PINAZO HERNANDIS va extreure les següents conclusions dels preceptes de la Carta Magna que es refereixen a l'ocupació pública. Esmentarem només aquells que tenen relació amb l'accés a la funció pública:

[91] SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Notas sobre la Función Administrativa"* a "*La Constitución Española de 1978".* Estudi sistemàtic dirigit pels professors ALBERTO PREDIERI i EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, 2.B edición, 1988, p. 676.

- "No define qué es el empleo público o función pública.
- No utiliza expresiones como la de empleado público, ni servidor público, ni empleo público, u otras semejantes.
- De la lectura de la jurisprudencia constitucional se observa que a través de ciertas expresiones más genéricas ("todos", "empleados públicos", "servidores", "sector público") o de forma más precisa ("trabajadores", "empleados laborales", "sometidos al derecho del trabajo") el TC, utilizando expresiones que no se recogen en el texto de la Carta Magna, da por supuesta la posibilidad de coexistencia en el marco actual de la Función Pública de diversos colectivos, de tal manera que en esta sede, ni quita ni pone, simplemente reconoce una situación prexistente establecida por el legislador preconstituyente[92]".

Així, mentre que els principis dels articles 23.2 i 103.3 de la Constitució són reconeguts per als funcionaris públics, en canvi, per al personal laboral només existeix el reconeixement constitucional de principi d'igualtat, i no a l'article 23.2 sinó a l'art. 14. Aquí rau la importància que més endavant veurem que va suposar la publicació del "Estatuto Básico del Empleado Público" (a partir d'ara, EBEP) que cobreix aquest buit després de tants anys.

Fetes aquestes precisions només ens queda avançar en el camí que va iniciar-se el 1978 per a centrar-nos en la realitat actual, que està presidida per la publicació de l'EBEP l'any 2007. Però abans ens aturarem per a referir-nos a un principi relacionat també amb la selecció de personal, el de confiança legítima, que a Espanya ha tingut la seva traducció normativa a l'art. 3.1.B. de la Llei 30/1992 en la redacció feta per l'art. 1.1.B. de la Llei 4/1999, de 13 de gener. Fins i tot abans havia estat recollida en la Ley Foral Navarra 6/1990, de 2 de juliol, de l'Administració Local. Es tractava d'un principi propi del context jurídic comunitari que ja s'aplicava anteriorment a la jurisprudència espanyola.

Aquest principi determina la salvaguarda dels drets dels aspirants a ingressar a la funció pública que "han acomodado su actuación a como legítimamente podía suponerse que iba actuar la Administración ponderando los precedentes, trabajos preparatorios e informaciones al respecto".[93] És a dir, l'Administració no pot variar unilateralment les normes del joc, atès que la seva actuació ha d'estar guiada per unes mínimes exigències de seguretat jurídica.

[92] PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo Público para una Nueva Administración Pública,* Tirant lo Blanch, València, 2007, pp. 91 i 92.

[93] GARCIA GÓMEZ DEL MERCADO, F i altres; *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, en el comentario al art. 3.1.B,* Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 54

2.5. EBEP: Un nou paradigma?

Per Ordre APU/3018/2004 de 16 de setembre, es va constituir la Comissió per a l'estudi i la preparació de l'EBEP amb la finalitat de "llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto" de l'esmentat Estatut.

Aquesta Ordre valora l'Estatut com "un instrumento legislativo necesario para contar con unas Administraciones públicas plenamente adaptadas a las complejas exigencias sociales de nuestro tiempo". També esmenta que l'EBEP ha de respondre a "una nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo esta como el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación, responsabilidad, eficacia y coherencia".

El règim jurídic aplicable als treballadors públics ha de fer possible la selecció dels millors candidats, car, d'una altra manera, no es podrà dir que ens trobem davant d'una bona administració. L'objectiu d'una bona administració requereix que ens enfrontem a cada moment a les reformes organitzatives i legals que siguin necessàries.

La Comissió[94] constata que s'han produït al nostre país transformacions polítiques, econòmiques i socials que han afectat l'ocupació pública, a les quals han intentat donar resposta les administracions públiques des de la legalitat vigent. Enfront d'això, constata una sèrie de problemes, com ara la inexistència de planificació estratègica de recursos humans, l'augment de la temporalitat en l'ocupació pública, la desigualtat de

[94] Informe de la Comissió d'Experts Abril 2005. Membres: PRESIDENT: Miguel Sánchez Morón: Catedràtic de Dret Administratiu a la Universidad d'Alcalà. VOCALS: José Ignacio Cases Méndez: Professor Titular de Ciència Política i de l'Administració a la Universitat Carlos III de Madrid. Federico A. Castillo Blanco: Professor Titular de Dret Administratiu a la Universitat de Granada. Ángel Criado Herrero: Subdirector General de la Inspecció General de Serveis a l'Administració General de l'Estat. Fernando Díaz de Liaño y Argüelles: Vocal Assessor del Secretari General per a l'Administració Pública. Ministeri d'Administracions públiques. Carlos Galindo Meño: Vocal Assessor al Gabinet de la Presidència del Govern. Pedro Guillén Marina: Vocal Assessor del Secretari General per l'Administració Pública. Ministeri d'Administracions públiques. Rafael Jiménez Asensio: Catedràtic de Dret Constitucional a la Universitat Ramon Llull i Director dels Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona. Francisco Longo Martínez: Director de l'Institut de Direcció i Gestió Pública d'ESADE. Julia Marchena Navarro: Directora de la Divisió de Consultoria, Assessorament i Assistència de Recursos Humans. Ministeri de les Administracions Públiques. Aldo Olcese Santoja: Acadèmic Numerari de la Reial Acadèmia de Ciències Econòmiques i Financeres, i President de la Fundació d'Estudis Financers. Luis Ortega Álvarez, Catedràtic de Dret Administratiu i Director del Centre d'Estudis Europeus de la Universitat de Castilla-La Mancha. Salvador del Rey Guanter: Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Pompeu Fabra, i Consell del Consell Econòmic i Social. Tomás Sala Franco: Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València, i President de la Comissió Consultiva Nacional de Convenis Col·lectius. Sara Ugarte Alonso-Vega: Subdirectora General de Costos i Anàlisi de Retribucions del Personal Funcionari. Ministeri d'Economia i Hisenda. Vicente Vigil-Escalera Pacheco: Director de l'Àrea Funcional de Treball i Assumptes Socials de la Delegació del Govern a Andalusia.

condicions de treball de funcionaris públics i personal laboral, l'absència de règim específic per als directius públics, l'excessiva rigidesa d'alguns procediments d'accés i llocs de treball, l'excesiva mobilitat voluntària interadministrativa, etcètera. Tot plegat ha dut, segons la Comissió, al "desbordamiento *de facto* de las previsiones legales de obligado cumplimiento en la práctica administrativa."

Els principis generals d'accés que ofereix la Comissió, malgrat reconèixer que suposen una reiteració dels ja contemplats en la Constitució, són els següents:

- "Publicidad,
- libre concurrencia e igualdad,
- mérito y capacidad,
- transparencia en la gestión del proceso y en el funcionamiento de los órganos de selección,
- especialización y profesionalidad de las personas encargadas de resolver los procedimientos de acceso,
- garantía de la independencia del órgano de selección y de la imparcialidad de cada uno de sus miembros,
- fiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad de los aspirantes,
- eficacia de los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil correspondiente,
- eficiencia y agilidad de los procesos de selección sin prejuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que deben caracterizar el proceso".

Així, es presenta l'EBEP com un instrument jurídic que ha de permetre lluitar contra alguns dels vicis que s'havien instal·lat a la selecció del personal: inexistència o insuficiència de publicitat, falta de garanties per a la igualtat dels aspirants, flexibilització dels principis constitucionals en procediments menors, o bé òrgans mancats de la necessària especialització i professionalitat; així com el fet de recórrer a formes laborals de contractació que serveixin de pretext per a fugir del dret administratiu. Per tant, es feia necessari reforçar els principis i garanties que han de guiar el procés selectiu.

Davant d'aquestes necessitats, l'EBEP va respondre establint, al seu art. 55.1, els principis rectors de l'accés a l'ocupació pública[95]. Els principis que recull suposen un evident continuisme pel que fa a la regulació anterior, per bé que estenen la seva aplicació a la selecció del personal laboral la contractació del qual s'haurà de realitzar ara per estrictes criteris de mèrit i capacitat, fent impossibles alguns procediments que s'havien instaurat durant l'última època en la pràctica administrativa del nostre país, sobretot a l'Administració Local, i que tenien difícil encaix constitucional.

[95] Art. 55.1 de l'EBEP: "Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico".

Malgrat aquesta novetat, no ens pot passat per alt que, més que un canvi teòric de sistema, caldria enfrontar-se amb la gestió i l'aplicació pràctica d'aquest, ajustant-se a la via constitucional. Per això, alguns autors creuen que en el fons existeix un evident continuisme i que no s'ha aprofitat l'oportunitat de solucionar algunes de les qüestions pendents en l'ocupació pública.

3. Aplicació dels criteris de selecció al personal eventual i directiu

L'EBEP manté la figura del personal eventual en el seu art. 12[96]. Els funcionaris eventuals són aquells que ocupen llocs de treball considerats de confiança o assessorament especial, no reservats a funcionaris de carrera. Malgrat que normalment és el polític qui designa aquest tipus de personal, a causa d'una falta de confiança vers el personal ja existent, la realitat demostra que les seves tasques són pràcticament les mateixes que les que la Llei assigna als funcionaris de les corporacions locals. Així doncs, la principial diferència és que la seva execució es realitza amb un matís de caràcter més polític. No hi ha cap norma ni a l'EBEP ni a la legislació local en la qual es defineixi en què es concreten les funcions de confiança o d'assessorament especial. Les primeres sembla que hagin de quedar a criteri polític, i les segones no haurien de coincidir amb l'assessorament general que correspon a la resta de personal funcionari, però un examen empíric de la qüestió demostraria que finalment es confonen.

No és objecte d'aquest treball fer consideracions sobre l'oportunitat d'aquesta figura en una Administració que ha de ser objectiva en el servei als interessos generals. Per tant, ens centrarem en l'aplicació dels principis de selecció d'aquesta. En aquest sentit, l'art. 12.3 estableix que el nomenament i cessament seran lliures tenint com a base únicament criteris de confiança: "Se ha querido remarcar así el carácter completamente discrecional que tiene su nombramiento, que no deberá someterse a ningún procedimiento específico y ni siquiera respetar los principios constitucionales que rigen el acceso y que son obligatorios para las demás clases de empleados públicos, hasta incluso para el personal directivo profesional. Ello explica que su cese se produzca, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de

[96] Art. 12 de l'EBEP: "*Personal eventual.*
1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. 2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas. 3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. 4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna. 5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera".

confianza o asesoramiento y que tampoco se exija en este caso la necesidad de observar ningún procedimiento, ni ningún criterio específico para el cese[97]".

En l'informe de la "Comisión de Expertos", es defensa que es poden arribar a admetre derogacions o modulacions pel que fa al personal eventual, incloent els directius públics en l'aplicació dels principis rectors de l'ocupació pública. També assenyala que en el model d'ocupació pública, la professionalitat, estructurada sobre la igualtat, el mèrit i la capacitat, admet com a excepció "nombramientos por razones de confianza política". Justifica aquesta excepció dels principis constitucionals subratllant que és raonable que els alts càrrecs de naturalesa política tinguin el suport d'un reduït grup de persones de la seva confiança. Tanmateix, deixa clar que les funcions que realitzin aquestes persones no es poden estendre a la realització d'activitats ordinàries de gestió o de caràcter tècnic, ni al desenvolupament de llocs de feina estructurals i permanents. En realitat, es manté el sistema que ja contemplava la legislació estatal de Règim Local (art. 104 Llei de Bases de Règim Local i 176 Text refós de disposicions vigents en matèria de Règim Local).

És obvi que aquest continuisme topa frontalment amb el model que proposa la Constitució. De tal manera que, sota aquest punt de vista, podem concloure que s'ha perdut una oportunitat per esclarir aquesta situació. La Constitució estableix clarament els principis que regulen la selecció, de manera que és la pròpia norma la que sembla no contemplar l'existència del personal eventual. A tal efecte, l'opinió de PÉREZ LUQUE[98]: "[...]El personal eventual debe desaparecer, tuvo su momento en el Estado autoritario. En este de hoy, ya no".

L'article 13 de l'EBEP institueix la figura del personal directiu[99], essent la primera vegada que s'estableix aquest tipus de personal amb caràcter general. Ja NIETO apuntava que "podria considerarse a los directivos como el eslabón de engarce entre los

---

[97] ORTEGA ÁLVAREZ, L. (Director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Wolters Kluwer España, Madrid, 2007. Cap. 1.

[98] PÉREZ LUQUE, A., "Notas actualizadas sobre el funcionario interino y el personal eventual no laboral de la Administración Local y su procedimiento de selección", a *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, num 2. Gener 2000, p. 205.

[99] Art 13 de l'EBEP: *Personal directivo profesional.*
El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:
1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración. 2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. 3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección".

políticos y los administradores, y a la función directiva como aquella a la que corresponde la concreción e implementación de las decisiones políticas"[100].

Respecte als directius, la Comissió apunta que una administració moderna, a més de l'aplicació objectiva de les normes jurídiques, es responsabilitza de la creació i de la prestació d'una pluralitat de serveis que ha de respondre a les demandes socials amb eficàcia i eficiència creixents, basant una bona part de la seva actuació en una lògica empresarial i, per fer-ho, necessita disposar de directius qualificats[101].Tot i que existeixen opinions contràries com la de HERBERT SIMON, per a qui no hi ha evidències empíriques que les organitzacions privades són superiors a les públiques, sinó declaracions infundades[102].

Continuant amb l'informe de la Comissió, proposa la següent definició de directiu: "es la persona que posee la capacidad de liderazgo, la formación específica y las habilidades necesarias para hacer funcionar adecuadamente, bajo las instrucciones políticas del gobierno correspondiente, la compleja maquinaria administrativa".

L'EBEP intenta donar un concepte de directiu públic. Apunta MAESO SECO "que el legislador estatuario opta por una selección ecléctica a la vez que pragmática, instituyendo una definición en origen funcional del personal directivo y, junto a ella, una ulterior acotación legal que nos devuelve a las concepciones directivas, organizativas u orgánicas[103]". L'EBEP aborda així la funció directiva referint-se al personal directiu professional, i l'identifica amb aquell que desenvolupa funcions directives professionals a les administracions públiques, definides aquestes en les normes específiques de cada administració.

Més enllà del concepte del personal directiu, estudiarem de manera més exhaustiva les normes que regeixen la seva selecció. Respecte d'aquesta, fins i tot tenint present en el *management* públic, les tècniques del món privat, la nova gestió pública no hauria de ser contrària al compliment de la legalitat establerta, atès que una cosa és introduir millores al sistema, i una altra molt diferent és apartar-se totalment de les arrels d'aquest.

En aquest sentit, l'EBEP ha donat un pas endavant en la seva professionalització. L'art. 13 regula que la seva selecció s'haurà d'efectuar atenent els principis de mèrit i capacitat mitjançant procediments que garanteixin la publicitat i la concurrència, ja que

---

[100] NIETO, A., (1984) "Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base de una clase directiva profesionalizada", a *Documentación Administrativa*, núm. 200, gener-març, 1984, pp. 7- 42

[101] Informe de la Comissió d'Experts Abril 2005, p. 65.

[102] SIMON, H., "Why Public Administration?". United States, *Public Administration Review*. Vol. 58, núm. 1. 1998. p. II.

[103] MAESO SECO, L.F., "El Personal Directivo: Comentarios en torno al artículo 13 del EBEP" dins l'obra d'ORTEGA ÁLVAREZ,L., *Estatuto Básico del Empleado Público.*

es tracta de funcions que romanen al marge dels canvis polítics. Tanmateix, l'art. 13.2 utilitza el terme *designación* en lloc d'*acceso* o *selección*, al mateix temps que no s'esmenta el principi d'igualtat. Tot plegat fa que segueixi planejant la idea que els responsables polítics considerin que la seva legitimització democràtica és títol suficient per comptar amb una estructura administrativa afí. Per bé que l'Estatut no concreta si ens trobem davant de funcionaris de carrera o de personal laboral, la seva selecció ha de fer-se respectant els principis de l'article 55.

Però aquest pas cap endavant és de difícil aplicació en el món local atès que l'art. 13 no fa cap referència al personal directiu d'aquesta administració. L'esmentada falta de previsió ha creat un buit més que evident, de tal manera que en els municipis de règim comú, l'art. 176 del TRRL, que és el que oferia la possibilitat de nomenar personal eventual per dur a terme tasques directives, s'ha derogat en topar amb la regulació ja vista a l'art. 12 de l'EBEP, que exclou aquestes per als eventuals.

Així doncs, malgrat el progrés que suposa l'EBEP, sembla que els principis de mèrit, capacitat, publicitat i altres, no són d'aplicació en aquests municipis fins que no es desenvolupi legalment o reglamentària el règim jurídic del personal directiu. Per tant, avui dia podem dir que segueix regnant la discrecionalitat a l'hora del seu nomenament.

4. Deures i codi de conducta dels treballadors públics

4.1. Els deures dels treballadors públics

Una mirada a la història revela que la regulació dels deures dels agents al servei de l'Administració Pública ha estat sempre força minsa. Així, en primer lloc, cal acudir a una norma preconstitucional com ara la Llei de Funcionaris Civils de l'Estat de 1964 que conté una sèrie de preceptes que han de guiar la conducta dels funcionaris públics. Aquests es troben en la Secció 1a del Cap. VII del Títol III, mentre que la Secció 2a regula les incompatibilitats i, més endavant, el Cap. VIII, les faltes i sancions.

D'aquesta manera, s'intentaven positivitzar els deures més significatius. Es distingien dos grups d'obligacions: unes de caràcter més general contemplades a l'art. 76 que recull la submissió a l'ordenament jurídic, la rigurosa execució de la funció i càrrec, etcètera. Juntament amb aquestes, els articles 79 i 80 en recullen d'altres, com ara el respecte i l'obediència a les autoritats i als superiors, el decòrum, sigil i esforç professional. L'art. 81 tanca ambdós grups proclamant el principi de responsabilitat a la bona gestió dels serveis encarregats, responsabilitat susceptible de ser exigida a través de la via civil, penal i administrativa.

Tenint en compte la inexistència d'un catàleg exhaustiu de deures, es feia necessari, per tal de concretar-los, acudir a la legislació sobre règim disciplinari. La base d'aquest raonament és que, tenint coneixença de les conductes proscrites per l'ordenament jurídic, podríem deduir quins són els deures a complir pel treballador públic. En aquesta

línia es va pronunciar el Tribunal Constitucional en la Sentència 149/91, en el Fonament Jurídic 8è: "[…] las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones no son sino parte de las normas que enuncian los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta (…)".

El mateix pot afirmar-se respecte de l'esfera local: l'art. 144 del Texto Refundido de Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL) és el precepte bàsic en aquesta matèria: "Los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma, y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública" i atès que la legislació autonòmica en aquesta matèria era pràcticament idèntica a la de l'Estat, hem d'acudir a aquesta última. Així, a més de la Llei de 1964, cal consultar el Reglamento de Régimen Disciplinario (RRD) de los funcionarios de la Administración del Estado aprovat per Real Decreto 33/1986, del 10 de gener.

Un cop extrets els deures és possible distingir-los en classes: en paraules de SÁNCHEZ MORÓN, per una part els "funcionals", i per una altra aquells "netament administratius[104]". MANZANA LAGUARDA distingeix els denominats "deures derivats de la prestació del treball" dels "derivats del caràcter de servidor públic" del funcionari, juntament amb els de "subjecció al règim d'incompatibilitats" o als "derivats de la inserció en un esquema jerarquitzat del servei[105]". Seguint a CUENCA CERVERA, a partir de les dades positives (especialment la normativa disciplinària), es poden resumir els següents deures específicament públics[106]:

- El deure d'imparcialitat derivat de l'art. 31.1.b i 103 de la Constitució, i del 31.1.g de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), òbviament a més de les obligacions d'abstenció contingudes als art. 28 i 29 de la Llei 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).
- El deure d'adequació a l'ordenament jurídic derivat també de l'art. 103 de la CE, així com dels 31.1.d de la LMRFP i 6.d – 7 del RRD.
- El deure d'acatament a la Constitució i a l'Estatut d'Autonomia, art. 31.1.1 de la LMRFP i art.6 del RRD.
- El deure d'independència i dedicació a la funció pública, objectiu de la Llei d'Incompatibilitats derivat de l'art. 31.1.h LMRFP i 6.h RRD.
- El deure de secret i sigil professional derivat de l'art. 31.1.n i 7.e i 7.f del RRD.
- El deure de respecte, correcció, dignitat i decòrum derivat de l'art. 7.c, 7.ñ i 7.e del RRD.

[104] SÁNCHEZ MORÓN, D., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 226.

[105] MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y Deberes del Funcionario Público*, Tirant lo Blanch, València, 1996.

[106] CUENCA CERVERA, J.J., "El Desempeño Profesional en la Función Pública Local: una Aproximación desde el Derecho Disciplinario y la Gestión Pública" a *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,*, núm. 19, 3, 2003, p. 3228.

4.2. Els codis ètics i de conducta

El comentari relatiu al codi de conducta de l'EBEP resulta més interessant si es desenvolupa paral·lelament al *Codi de bon govern* dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat. Aquest darrer respon a la necessitat de preparar aquelles "precacucions addicionals" que altres ordenaments, com l'americà, practiquen des de fa temps i que en els darrers anys són impulsades per organitzacions internacionals com l'OCDE o el Consell d'Europa.

L'acord pel qual s'aprova el codi, efectivament, afirma que a través d'aquest es vol fer front "a una amplia gama de exigencias entre las que se encuentran no solo el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias, sino también de otras *garantías adicionales*, que configuran un pacto de los poderes públicos con los ciudadanos, en torno a los principios de funcionamiento de las instituciones en el seno de la democracia española". El Codi de conducta s'adreça, en canvi, a tots els treballadors públics, i està configurat pels principis ètics i de conducta regulats pels art. 53 i 54 de l'EBEP. Així, en primer lloc, agrupa tots els deures en un text únic. La seva exposició de motius apunta que "por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos". A més, aquests deures generals s'aplicaran a tots els treballadors públics, funcionaris de carrera i interins, personal laboral i eventual, inclosos els treballadors dels ens del sector públic estatal, autonòmic i local que no estiguin compresos en l'àmbit d'aplicació de l'EBEP[107]; es tracta, doncs, d'un text més ambiciós que, més enllà dels codis ètics aplicables als diferents cossos, intenta establir unes pautes que guiïn l'actuació de qualsevol persona que es trobi al servei de l'Administració Pública i, per tant, de l'interés general al qual aquesta serveix.

Amb tot, la redacció d'aquest codi de conducta deixa molt a desitjar. Pateix, per començar, els mateixos problemes estructurals i materials del codi de conducta per als membres del govern i alts càrrecs del qual pren la distribució del text i la nomenclatura, sense que es doni a entendre en ambdós el perquè d'aquesta redacció[108]:no s'explica per què els qui representen veritables principis ètics i de conducta (art. 52 EBEP) es troben sota el rètol "Deures dels treballadors públics" quan es tracta exactament dels mateixos principis (tret del de "credibilitat", *sic*!) que en el Codi per al govern i els alts càrrecs constitueixen "principis bàsics". Per altra banda, igualment inintel·ligible és el motiu pel qual els qui en ambdós codis representen clarament uns deures bàsics (el contingut material del codi) s'anomenen "principis"; que, a més, per alguna raó ombrívola es distribueixen en "principis ètics" i "principis de conducta"[109]. Finalment, el legislador ha

[107] Disposició addicional primera EBEP.

[108] Vid. Annex: Taula Comparativa de codis de conducta.

[109] La mateixa cosa observa SÁNCHEZ MORÓN: «no está claro, por ejemplo, por qué ciertos "principos" se denominan "éticos" -art. 53- y otros de conducta -art. 54- y cuál es la diferencia entre ellos», Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 276.

expressat el valor jurídic del codi mitjançant una fórmula jurídica ambigua[110]; possiblement cal entendre que la finalitat és dotar els preceptes del codi "[…] de cierto relieve jurídico, más allá del carácter deontológico y de la función preventiva y pedagógica que tienen estos tipos de códigos"[111].

5. Els càrrecs electes i la seva relació amb els treballadors públics en l'Administració Local

El nostre Sistema d'Administració Local opta per un sistema de direcció de tipus polític i presidencialista. L'alcalde i el seu equip de govern adopten les decisions més importants de la vida municipal. La regulació bàsica local (art. 19.2 de la Llei de Bases de Règim Local –LBRL) té el seu fonament a la Constitució (art. 140 CE) que estableix que "el gobierno y administración de los municipios corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la Ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La Ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto".

Prova d'això és l'ampli conjunt de competències que l'art. 21 de la LBRL atribueix a l'alcalde. És obvi que aquesta elecció procedeix de la voluntat popular. Per tant, les línies d'acció política de l'ajuntament correspon fer-les a aquells que han resultat escollits a través de les urnes.

En aquest moment cal reflexionar sobre la capacitat que tenen els dirigents públics per al compliment d'aquestes funcions. Recordem que en el bloc normatiu actual no hi ha cap requisit que asseguri la idoneïtat d'aquests per a complir amb les seves funcions, més enllà de ser espanyol, major d'edat, gaudir dels drets de sufragi actiu i passiu, no estar inhabilitat per a exercir treball o càrrec públic i estar sotmès a un sistema d'incompatibilitats i a un règim de prevenció de situacions de confictes d'interessos. És obvi que el bloc normatiu actual demostra més preocupació per la integritat dels polítics que per la seva formació; però en moltes ocasions, la manera d'assegurar aquesta integritat i l'actuació diligent del polític seria proporcionar-li la informació necessària per al desenvolupament del seu càrrec. Al capdavall, també en el món local la formació adquireix un valor prioritari, puix que és una exigència irrenunciable que dirigents no professionalitzats puguin rebre una formació sobre les seves tasques i responsabilitats com a integrants de l'Administració. En un altre pla es troba el funcionari que és la persona qualificada que està al servei de l'Administració Pública intentant satisfer l'interès general, amb independència de quin sigui el partit que governa, de manera imparcial i objectiva.

---

[110] Art. 52 EBEP: «Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».
[111] SÁNCHEZ MORÓN, M., *Ibídem*, op. cit., p. 276.

Uns i altres juren o prometen, en el moment en el qual entren a la funció pública o el càrrec públic, guardar i fer guardar la Constitució. Aquesta promesa fa que durant tota la seva vida pública es trobin vinculats per l'ordenament jurídic. Les potestats de què gaudeix l'Administració ho són per a la satisfacció de l'interès general, més enllà de qualsevol tipus d'interès de caràcter partidari o subjectiu. El Tribunal Suprem ens ho recorda en la seva Sentència el 4 de febrer de 1992:

> "Las potestades que la Constitución y las Leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la ratificación de los intereses generales."

Tanmateix, el fet que existeixin sagrats principis constitucionals en la matèria no és una garantia absoluta del seu compliment. És, evidentment, necessari l'articulat constitucional, però òbviament cadascú es pren aquest compromís de forma personal, i en aquest punt és on poden néixer les irregularitats.

Així doncs, un ús il·legítim dels poders dels quals gaudeix l'Administració a l'empara d'haver sortit elegit democràticament o d'estar en possessió d'un càrrec públic, faria malbé els fonaments de l'Estat de dret i suposaria un trencament dels principis fonamentals de tota convivència en societat. L'escriptor alemany JEAN PAUL RICHTER va dir que: "después del poder, nada hay tan excelso como el saber tener dominio de su uso. Por tanto sería aconsejable que el poder lo sustentasen aquellas personas mejor preparadas". La qual cosa exigeix indubtablement polítics capacitats.

Per desgràcia, l'esdevenir dels temps ha palesat que aquest ús de les potestats administratives fora de la Llei s'ha repetit massa cops. AZCONA MARTÍNEZ, en la seva ressenya del llibre d'ALEJANDRO NIETO *Balada de la Justicia y la Ley*, ens recorda la tesi de l'autor que "la Constitución es papel mojado, la Justicia es inexistente, ergo, el Estado está formado por una cuadrilla de bandoleros, invocando en apoyo de la misma, la autoridad de San Agustín". Per la pròpia experiència, l'autor extreu la següent conclusió: "la impunidad con la que obran los alcaldes constitucionales no es menor que la de los Señores de Vasallos del Antiguo Régimen", afirma també que "un alcalde que no es controlado, será un déspota[112]." La realitat que descriu l'autor és més que decebedora. Podríem pensar que s'ha intentat corregir mitjançant la normativa més recent, tanmateix hi ha més d'una raó per la desesperança.

Diàriament observem com la classe política cerca un funcionari proper a la ideologia del poder governant. La nova legislació no només no ha corregit això, sinó que potser ho ha agreujat introduint institucions com el "nomenament per lliure designació". En aquest sentit hom ha de preguntar-se: justifica l'autonomia local que reconeix la Constitució a

[112] AZCONA MARTÍNEZ, G., "A propósito de Balada de la Justicia y la Ley de Alejandro NIETO", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 5, 2003.

les corporacions locals per a la gestió dels seus interessos,, el reconeixement de la potestat per a designar lliurement, en aquelles de major dimensió, els seus habilitats estatals (funcionaris la raó de ser dels quals és el control intern de la corporació de manera independent)? En un principi, veient allò preceptuat a la Constitució i les importants comeses que a aquests funcionaris se'ls encomana, no sembla que hagi d'existir aquesta dependència local del funcionariat. Recordem que ja el Tribunal Constitucional, a la seva famosa Sentència de 2 de febrer de 1981, esclareix que aquesta autonomia no pot confondre's amb sobirania i, per tant, no és títol suficient per justificar que es pugui designar lliurement els òrgans encarregats del seu control.

Aquest és un retret que se li podia fer al propi Tribunal Constitucional que, en la seva Sentència 235/2000, reconeix la provisió excepcional per lliure designació de determinats llocs de funcionaris amb habilitació de caràcter nacional.

Sobre això, ALCÓN ZARAGOZA[113] recupera un article de l'exmagistrat LUIS SEGOVIA en el qual defensa que "se potencien los cuerpos de secretarios, interventores y tesoreros por el control administrativo que ejercen" i postula, a més, la necessitat que "todos ellos dejen de ser nombrados por el sistema de libre designación, como cargos de confianza, a los fines de mejor salvaguardar su independencia".

Un altre treball interessant en aquest sentit és el de LOZANO CRESPO[114], qui afirma la necessitat que existeixi en les corporacions locals "un órgano que advierta de los posibles desvíos legales a los políticos preparados o no preparados; y este órgano debe ser plenamente independiente para la plena eficacia de su función". Per a l'autor, aquest òrgan "garantiza que las entidades locales no son reductos soberanos sino entes dotados de autonomía para la gestión de sus propios intereses".

És obvia, doncs, la necessitat d'independència d'aquests funcionaris, i el mitjà per aconseguir-la no és cap altre que allunyar el seu nomenament de qualsevol influència política. La correcció de la realitat passa per caminar dins la línia que un dia va fixar la Constitució. L'efectivitat de les successives reformes legislatives referents a l'ocupació pública, els codis ètics, els codis de conducta, etcètera, passa per poder aconseguir l'aplicació pràctica d'allò que es digué a la Norma Magna.

---

[113] ALCÓN ZARAGOZA, L., "Políticos vs. funcionarios con habilitación con carácter estatal", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, la Ley, tom 1, núm. 3, p. 394.

[114] LOZANO CRESPO, M., "Una necesidad apremiante: la independencia de los funcionarios de habilitación nacional con respecto a sus corporaciones", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, la Ley, tom 2, p. 3386 (1997)

6. Recomanacions.

1. Aplicar de manera pràctica els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat. L'Administració no té raó de ser si no serveix l'interès general de manera que tots aquells que la conformen, sia funcionaris o sia polítics, han de recordar la seva promesa de guardar i fer guardar la Constitució. Això significa que els actors han de prendre consciència del significat que té el fet que, en via judicial, s'anul·li qualsevol actuació administrativa i, per tant, han de donar-li importància. Així, haurien d'establir-se mecanismes per tal que quan això passi no s'accepti sense més, i es depurin possibles responsabilitats. En cas contrari, es produirà la judicialització de l'Administració Pública i, per tant, el reconeixement implícit del fracàs de tots els altres controls.
2. Aconseguir aquesta aplicació pràctica suposa emprar els sistemes selectius que recull l'article 61 de l'EBEP, que són l'oposició i el concurs oposició. Dins d'aquests, s'haurà de tenir cura, com diu el precepte, de la "conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados". En cas que se incluya valoración de méritos solo se podrá "otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinara, en ningún caso, por si misma el resultado del proceso selectivo".

   Aquesta proposta no és debades, atès que en moltes ocasions es deixen de banda aquests sistemes per raons d'urgència; el paradigma és el nomenament de funcionaris interins. Respecte d'aquests, el primer que l'EBEP diu clarament és que el seu nomenament està condicionat al fet que no sigui possible, amb la urgència necessària, la prestació del servei per funcionaris de carrera, a més de la resta de requisits que es recullen a l'article 10. Per tant, la recomanació seria la següent: a) establir uns paràmetres que delimitin clarament quan pot apreciar-se aquesta urgència, puix que és un concepte jurídic indeterminat que en massa ocasions ha servit de coartada per obviar qualsevol tipus de procediment, de tal manera que hauria de motivar-se clarament l'existència d'aquesta. b) apreciada la urgència, i atès que es tracta de necessitats conjunturals, els procediments que ha admès la jurisprudència i que poden resultar més àgils i alhora respectuosos amb els principis constitucioanls, serien la constitució de "bosses de treball" o "llistes de reserva" contemplades prèviament a la base de processsos de selecció de funcionaris de carrera.

3. Per altra banda, atesa la importància que tenen els polítics dins de l'Administració, s'haurien de fomentar iniciatives per a proporcionar-los una major formació de tal manera que, a més de centrar els esforços en la integritat d'aquests, es posi èmfasi també en la seva formació, oferint-los els instruments necessaris que els permetin fer front a les exigències dels seus càrrecs. Tenint en compte que la societat, cada cop més, reclama una major capacitació dels seus dirigents, s'ha d'avançar en el camí de procurar polítics millor formats. És obvi que això no comportarà que prenguin una major consciència de la importància que té comptar dins de

l'Administració amb gent capacitada i de la importància de processos de selecció que assegurin el seu reclutament.

4. Establir mètodes objectius d'avaluació del desenvolupament professional i posar-los realment en pràctica. Aquesta és una matèria sobre la qual s'ha teoritzat molt però que s'ha posat poc en pràctica a les corporacions locals. Probablement, una comparativa dels objectius que aconsegueix un funcionari que ha superat un bon procés de selecció d'un altre que no ho ha fet posaria en evidència la importància de funcionaris ben formats i, per tant, d'una bona selecció.

5. Regular de manera més clara en quines administracions es justifica l'existència del personal eventual i quines han de ser les seves funcions. Veient que en la seva selecció no se segueix cap dels principis que propugna la Constitució, a causa de la seva particular comesa, com a mínim que se'n justifiqui clarament la seva necessitat i els resultats que han d'oferir.

6. Aprovar reglaments municipals que omplin el buit que l'EBEP ha produït respecte del personal directiu i, d'aquesta manera, aplicar també a les corporacions de règim comú els principis constitucionals per a la seva selecció.

Annex: Taula comparativa de codis de conducta

Codis ètics i de conducta de treballadors públics, alts càrrecs i membres del Govern	
Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005)	**Deberes de los empleados públicos. Código de conducta. (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)**
Principios básicos. (Primero) Los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta que se desarrollan en este Código: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.	**Deberes de los empleados públicos. Código de conducta. (art. 52)** Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: 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, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.
Principios éticos. (Segundo) 1. Los altos cargos promoverán los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos, y evitarán toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 2. La adopción de decisiones perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orienta das hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. 3. Se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público. Se entiende que	**Principios éticos. (art. 53)** 1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. 2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio. 3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos. 4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas,

existe conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyan a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas. 4. Velarán por promover el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres, y removerán los obstáculos que puedan dificultarla. 5. Se someterán a las mismas condiciones y exigen cias previstas para el resto de los ciudadanos en las operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos que realicen. 6. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas. 7. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de estos cargos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros. 8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización. 9. Se abstendrán de todo tipo de negocios y actividades financieras que puedan comprometer la objetividad de la Administración en el servicio a los intereses generales. 10. Sus actividades públicas relevantes serán transparentes y accesibles para los ciudadanos con las únicas excepciones previstas en las leyes. 11. Asumirán la responsabilidad en todo momento de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente. 12. Asumirán la responsabilidad de sus actuaciones ante los superiores y no las derivarán hacia los subordinados sin causa objetiva. 13. Ejercerán sus atribuciones según los principios de buena fe y dedicación al servicio público y se abstendrán no solo de conductas contrarias a aquellos, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos que tuvieran encomendados. 14. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sobre la difusión de información de interés público, se mantendrán el sigilo, la reserva y la discreción en relación con los datos e informes que se conocieran por razón del cargo.	evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público. 6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público. 7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas. 8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización. 9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros. 10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia. 11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos. 12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

Principios de conducta. (Tercero) 1. El desempeño de los altos cargos exige la plena dedicación. 2. El desempeño de cargos en órganos ejecutivos de dirección de partidos políticos, en ningún caso menoscabará o comprometerá el ejercicio de sus funciones. 3. Garantizarán el ejercicio del derecho de los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados, con las limitaciones que establezcan normas específicas. 4. En el ejercicio de sus funciones extremarán el celo de modo que el desempeño de las obligaciones contraídas sea una efectiva referencia de ejemplaridad en la actuación de los empleados públicos. Esta ejemplaridad habrá de predicarse, igualmente, en el cumplimiento de las obligaciones que, como ciudadanos, les exigen las leyes. 5. Administrarán los recursos públicos con austeridad y evitarán actuaciones que puedan menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público. 6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía o préstamos u otras prestaciones económicas que puedan condicionar el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. En el caso de obsequios de mayor significación de carácter institucional se incorporarán al patrimonio del Estado, en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente. 7. En el desempeño de sus funciones serán accesibles a todos los ciudadanos y extremarán la diligencia en contestar todos los escritos, solicitudes y reclamaciones que estos realicen. 8. El tratamiento oficial de carácter protocolario de los miembros del Gobierno y de los altos cargos será el de señor/señora, seguido de la denominación del cargo, empleo o rango correspondiente. En misiones oficiales en el extranjero les corresponderá el tratamiento que establezca la normativa del país u organización internacional correspondiente. 9. Se abstendrán de realizar un uso impropio de los bienes y servicios que la Administración General del Estado pone a su disposición por razón del cargo.	**Principios de conducta. (art. 54)** 1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos. 2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos. 3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes. 4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. 5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación. 6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal. 7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables. 8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación. 9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral. 10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio. 11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

10. La protección del entorno cultural y de la diversidad lingüística inspirará las actuaciones de los altos cargos en el ejercicio de sus competencias, así como la protección y mejora de la calidad del medio ambiente. 11. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.	

Bibliografia

AZCONA MARTÍNEZ, G., "A propósito de *Balada de la Justicia y la Ley* de Alejandro NIETO", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* núm. 5, 2003.

ALCÓN ZARAGOZA,L, "El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados", la Ley, tom 1, núm. 3, p. 394.

CASTILLO BLANCO, F.A., *Función Pública y poder disciplinario del Estado,* Civitas, Madrid, 1992, p. 91.

ERKOREKA GERVASIO, J.I., "Exigencia de preceptividad en los perfiles lingüísticos como requisito de capacidad en el ejercicio de las funciones públicas", RVAP, núm. 44-II, 1996, p.266 i ss.

GARCIA GÓMEZ DEL MERCADO, F. i altres; *Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo, en el comentario al art. 3.1.B,* Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 54

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El administrado.* Publicaciones Abella. *El Consultor de los Ayuntamientos* y de los Juzgados, 1966, p. 31

GONZÁLEZ-HABA GUISADO, V.M., "Diez Propuestas sobre la modernización administrativa", *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 6, 2005, p. 958.

GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "Función del Cuerpo en un sistema de carrera", RVAP, núm. 26 de 1990, p. 84

LÓPEZ GARRIDO, D., et al; *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2000. Capítol 11, secció 2a, punt 3.

LOZANO CRESPO, M., "Una necesidad apremiante: la independencia de los funcionarios de habilitación nacional con respecto a sus corporaciones". *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, la Ley, tom 2, p. 3386 (1997)

MAESO SECO, L.F., "El personal directivo: comentarios en torno al artículo 13 del EBEP" dins l'obra d'ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Estatuto Básico del Empleado Público.*

MOLINER TAMBORERO, G. (Director), *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el Personal Laboral de las Administraciones Públicas.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MORELL OCAÑA, L., *El principio de objetividad de la Administración Pública. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez.* Tom I. Ed. Civitas, Madrid, 1993.

MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política en la Administración Pública,* ed. Civitas, 1994.

NIETO GARCIA,A., *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces,* Ariel,1998.

NIETO GARCÍA, A., “Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base de una clase directiva profesionalizada” a *Documentación Administrativa*, núm.200, gener-març, 1984, pp. 7- 42

ORTEGA ÁLVAREZ, L., (Director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Wolters Kluwer España, Madrid, 2007.

PÉREZ LUQUE,A., “La Selección del Personal Permanente de las Corporaciones Locales”, *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 2001.

PERRY, J., WISE, L.R., “The Motivational Bases of Public Service”, *Public Administration Review,* vol. 50, núm.3, maig-juny, 1990.

PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo Público para una Nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, València, 2007.

PLANA GIL, J., “La selección de personal laboral de las Administraciones Locales” en *Revista de estudios locales. Aplicación de la normativa laboral en el ámbito local*, ed. Thomson, núm. 112, pp. 11-12.

PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución,* ed. Civitas, Madrid, 1992.

SÁNCHEZ ADSUAR, M., “El régimen legal de incompatibilidades de los servidores públicos locales”, a *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* núm. 4, 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL,O., (Dir.), tom II, Edesa, 1997.

SÁNCHEZ MORÓN,M., *Derecho de la Función Pública*, ed. Tecnos S.A., 1996

SERRANO PASCUAL, A., “Las propuestas de los expertos sobre la reforma del Empleo Público Local: una visión crítica desde el modelo constitucional español”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* núm. 17, 2005.

SIMON, H; "Why Public Administration?", *Public Administration Review*, United States, vol. 58, núm. 1. 1998. p. II.

Capítol III

ÈTICA I POLICIA LOCAL. LA REGULACIÓ DE LA SEGURETAT PÚBLICA I DE LA DEONTOLOGIA POLICIAL

Dr. Josep Ramon Fuentes i Gasó
Professor titular de dret administratiu (URV)

SUMARI: 1. Introducció: seguretat pública, ètica i responsabilitat –2. El règim jurídic de la seguretat pública –2.1. Marc jurídic –2.2. El desenvolupament legislatiu constitucional i estatutari –**3. El sistema de seguretat pública català –4. La junta local de seguretat –5. Les competències dels ens locals en matèria de seguretat pública –**5.1. Les competències en matèria de seguretat ciutadana –5.2. Les competències en matèria de seguretat viària –5.3. Les competències en matèria de protecció civil i d'extinció d'incendis –**6. L'ètica policial: de la regulació internacional a la nacional –7. El Codi d'ètica de la policia de Catalunya i la seva finalitat eminentment organitzativa –8. Els codis ètics locals –9. Conclusions –Bibliografia.**

1. Introducció: seguretat pública, ètica i responsabilitat

El Tribunal Constitucional (TC)[115] ha establert que la seguretat pública és el conjunt d'activitats dirigides a la protecció de persones i béns (seguretat ciutadana *strictu sensu*, per tant), i a la preservació i el manteniment de la tranquil·litat o de l'ordre ciutadà. [116] En aquest àmbit de la protecció existeix un factor diferencial que dóna especificitat a la funció policial: la preservació de les persones i els béns que es porta a terme davant les agressions violentes o les situacions de perill que es puguin produir. Aquesta nota de violència o perill justifica que el paper destacat en el manteniment de la seguretat pública pertoqui als cossos i forces de seguretat, en particular, de policia, que són els òrgans administratius preparats específicament i tècnicament per actuar utilitzant la força.

La seguretat, com a expressió legitima de l'ús de la força per part de les administracions públiques, en el marc de l'Estat democràtic de dret[117], té una dimensió ètica essencial[118].

---

[115] *Vid*., en aquest sentit, la STC 123/1984, de 18 de novembre.

[116] PALAU afirma que aquesta és una definició molt general, ja que moltes altres activitats dels poders públics impliquen també protecció de persones i béns: la seguretat social, l'administració de justícia, la protecció del medi ambient o la protecció de menors, a PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, p. 12.

[117] *Vid. in totum*, BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y Militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.

[118] *Vid*. en aquest sentit, LAMAS ESTEVES, M. A., *Deontología policial (ética profesional de los Cuerpos de Seguridad desde principios morales de los Derechos Humanos)*, Madrid, Dykinson, 2002;

El fonament d'aquesta visió es pot trobar en l'exposició de motius de la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat (LOFCS), on s'afirma: "la llei pretén ser el principi d'una nova etapa en què destaqui la consideració de la policia com un servei públic dirigit a la protecció de la comunitat, mitjançant la defensa de l'ordenació democràtica", pretensió que està vinculada a l'afirmació posterior que el jurament o la promesa d'acatar i complir la Constitució "no constitueix un mer tràmit o formalisme, sinó un requisit essencial, constitutiu de la condició policial i, al mateix temps, símbol o emblema de la seva alta missió". D'aquestes afirmacions se'n poden derivar dues conseqüències: en primer lloc, que la funció policial no està al marge de la societat a la qual li correspon servir en els àmbits de la seguretat i la justícia i, en segon lloc, que l'organització policial forma part de la comunitat.

Sovint aquestes afirmacions estan relacionades amb qüestions que afecten la legitimitat de la policia, en el sentit que centren l'atenció en la confiança que la ciutadania té envers la policia, que es fonamenta en el respecte als drets fonamentals i, en particular, a la dignitat humana que han de tenir en tot moment les forces i cossos de seguretat [119]. Per aquesta raó, l'ètica i la deontologia policial són el fonament que ha d'orientar totes les accions de la policia, els seus plans, programes i projectes. Són, en definitiva, la font que inspira i atorga sentit a la professió, alliberant-la i protegint-la d'aquelles influències i tendències que cerquen desconèixer la importància central de la dignitat humana. Les claus d'interpretació de l'ètica policial són el servei a la societat i la promoció del desenvolupament humà i de la seva integritat. A partir d'aquesta visió hermèutica, és possible comprendre el sentit més profund i permanent de la tasca professional que duu a terme la policia.

Avui l'eficàcia policial no es pot mesurar només per l'èxit de les investigacions o la detenció d'imputats, per exemple, és a dir, mirant el resultat de l'activitat policial amb un enfocament tradicional. Això no basta de cap manera. La deontologia policial i l'ètica pública contribueixen a canviar el nostre marc de referència i emfatitzen altres components en la construcció de la seguretat, com a la qualitat dels serveis, la legitimitat social, la satisfacció ciutadana i el desenvolupament humà.

Promoure i assegurar l'actuació ètica de la policia significa implementar mecanismes interns i externs de control, rendició de comptes, exercici de responsabilitats, així com l'establiment de mesures que garanteixin la transparència. La policia s'enfronta als reptes de la modernitat, derivats de la necessitat d'assumir nous termes de referència per a la gestió policial i un *ethos* laboral diferent. No és suficient disposar de policies eficaces, sinó que també han de ser més transparents, creïbles i íntegres als ulls de la societat i de les mateixes autoritats de govern. La bona activitat policial avui dia ha de

---

BERISTÁIN, A., "Ética policial", a *Policía y sociedad democrática*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, p. 234-261; BAENA LÓPEZ, J.C., "Principios de deontología policial", *Ciencia Policial*, 1991, núm. 13, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía, pp. 56-69.

[119] *Vid*. BARBERO SANTOS, M., "El respeto de los Derechos Humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", a *Estudios penales y criminólogicos IX (1984-85)*, Universitat de Santiago de Compostela, 1986.

contestar a les preguntes següents: mitjançant quins mecanismes la policia construeix més elevats nivells de confiança i legitimitat social, reduint la inseguretat ciutadana? Com una organització policial és capaç de demostrar a través de la seva gestió que democràcia i seguretat s'associen de forma apropiada?

Per tal de complir amb aquestes finalitats cal construir un model de gestió de la informació i de la transparència per acabar amb la cultura policial autoreferent i centrada en el secretisme. Així mateix, cal alinear la voluntat interna dels cossos policials amb la voluntat política i la participació ciutadana, a fi de construir un procés coherent i democràtic en la definició de les polítiques públiques de seguretat. Finalment, cal establir una correspondència real entre l'ètica i la cultura policials bo i promovent i, fins i tot, exigint el desenvolupament d'una gestió eficaç, transparent, respectuosa amb dels drets de les persones i sotmesa a l'escrutini públic. En clau pràctica aquestes exigències es tradueixen en l'adopció d'una regulació deontològica de la funció policial, això és, d'un codi ètic de la policia i en la institució de mecanismes de control independent i extern de l'activitat policial.

A continuació es desenvoluparà una aproximació breu al règim jurídic de la seguretat pública a Catalunya, per tal d'aclarir el marc regulador en què cal situar les propostes indicades.

2. El règim jurídic de la seguretat pública

Les competències en matèria de seguretat pública –seguretat ciutadana, trànsit i circulació, protecció civil o extinció d'incendis, entre d'altres- s'han d'entendre configurades en el marc de la divisió territorial de l'Estat, i integrades per les administracions estatal, autonòmica i local. Així, l'àmbit competencial en matèria de seguretat pública es troba limitat per l'àmbit territorial corresponent de cadascuna de les administracions públiques, en particular, de la local.

2.1. Marc jurídic

En el marc del nostre Estat social i democràtic de dret, la Constitució espanyola (CE) és el punt de partida, com no podia ser d'altra manera, del model de seguretat de l'Estat espanyol i de Catalunya. Així, l'art.104.1 disposa que els cossos i forces de seguretat "tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana". Encara que es faci menció a les forces i cossos de seguretat, sota la dependència del govern, s'ha d'entendre extensible a totes les forces i cossos de seguretat recollits a la LOCFS, ja que aquesta norma és la resposta legislativa de desenvolupament del propi article 104 citat, i per tant, com ella mateixa estableix, d'aplicació també a les policies autonòmiques que les creïn i dels ens locals. Això és el que ha portat a afirmar a PALAU que "a l'hora de definir les competències en seguretat, aquestes han estat matisades pel Tribunal Constitucional, que ha reconegut que la seguretat pública és una matèria en la qual es donen competències concurrents entre les

diverses administracions públiques"[120]. Així, l'art. 148.1.22 CE atribueix a les comunitats autònomes (CCAA) la coordinació i altres facultats en relació amb les policies locals en els termes que estableix la Llei. Precisament, sota aquest títol, Catalunya i altres autonomies desplegaran legislativament llurs competències en matèria de policia local mitjançant normes que, posteriorment, seran sancionades pel TC[121].

Així doncs, des de la perspectiva constitucional, la seguretat pública en l'àmbit local, principalment mitjançant les seves policies, tindrà com a missió constitucional la protecció del lliure exercici dels drets i les llibertats dels ciutadanes i ciutadanes, tot garantint la seguretat ciutadana.

L'Estatut d'Autonomia de 1979 (EAC)[122], com a norma institucional bàsica de l'autogovern de Catalunya, ja va preveure la creació d'un cos de policia autonòmica i la coordinació de l'actuació de les policies locals. En el mateix sentit, si bé més ampliat i reforçat, és el que ha recollit a l'EAC de 2006[123], que en l'art. 164.1.a) atribueix a la Generalitat un ampli ventall de competències en seguretat pública, entre les quals, i amb caràcter no exhaustiu, la de planificació i regulació del sistema de seguretat pública de Catalunya i la coordinació de les actuacions de les policies locals, així com la seva ordenació, però d'acord amb el principi d'autonomia local.[124]

Així mateix, l'EAC recull i delimita de forma expressa, i per primera vegada a nivell estatutari, les competències de la Generalitat[125] en matèria d'emergències i protecció

---

[120] PALAU I MARGINET, A., *op. cit.*, p. 26.

[121] En aquest sentit, la STC 31/2010, de 28 de juny que resol el Recurs d'Inconstitucionalitat presentat per 50 senadors i diputats contra l'EAC de 2006 no es pronuncia sobre el nucli dur de les competències de la Generalitat en relació amb les policies locals perquè no van ser impugnats. Així, el TC ho afirma al FJ 37, p. 513:

> "Por lo demás la Comunidad Autónoma ha asumido en materia de seguridad pública competencias, entre otros aspectos, sobre la planificación y regulación del sistema de seguridad pública de Cataluña, organización de la Policía de la Generalitat-Mossos d`Esquadra y coordinación de policiales locales (art. 164 EAC), sin que los Diputados recurrentes hayan impugnado este título competencial en ninguna de sus facetas.

[122] L'art. 13.1 EAC de 1979, establia que: "*La Generalitat podrà crear una policia autònoma...*" i així fou com mitjançant la Llei 19/1983, de 14 de juliol, es creà el cos de Mossos d'Esquadra com a policia de la Generalitat de Catalunya.

[123] La STC 31/2010, de 28 de juny analitza diferents preceptes de l'EAC de la matèria de seguretat pública: emergències i protecció civil –art. 132 EAC-, seguretat privada –art. 163 EAC-, videovigilància i control de sorolls i gravacions –art. 173 EAC- i competències de la Generalitat en relació als ens locals –arts. 3 i 84 EAC. Finalment el TC només es pronuncia en termes reduccionistes sobre els dos darrers títols competencials (videovigilància, FJ 37, p. 511 i ss i ens locals, FJ 109, p. 627 i ss.).

[124] En aquest sentit, l'art. 25 de la Llei 4/2003, de 7 d'abril, d'ordenació del sistema de seguretat pública de Catalunya (LOSPC).

[125] Correspon també a la Generalitat la competència executiva en matèria de salvament marítim, en els termes que determini la legislació de l'Estat, així com la participació en l'execució en matèria de seguretat nuclear, en els termes que siguin acordats en els convenis subscrits a aquest efecte i, si s'escau, a les lleis.

civil, en concret a l'art. 132**,** sens perjudici de les facultats atribuïdes als ens locals. D'acord amb aquest precepte, correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de protecció civil, la qual inclou, en tot cas, les funcions següents:

- La regulació, la planificació i l'execució de mesures relatives a les emergències i la seguretat civil.
- La direcció i la coordinació dels serveis de protecció civil, que inclouen els serveis de prevenció i extinció d'incendis.

Quant a l'ordenament local, l'art. 25.2 de la Llei 7/1985, de 3 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), com a legislació bàsica de l'Estat, estableix que són competències pròpies dels ajuntaments, en tot cas:

- La seguretat en llocs públics.
- L'ordenació del trànsit de vehicles i de persones en les vies urbanes.
- La protecció civil, la prevenció i l'extinció d'incendis.
- La protecció del medi ambient.

Aquests àmbits competencials es troben, així mateix, recollits a l'art. 63 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMC), com a norma fonamental de Catalunya que desenvolupa el règim local propi.[126]

Finalment, atesa la seva especificitat, cal fer un esment particular al règim jurídic del trànsit i la seguretat viària. El règim competencial en aquesta matèria es troba recollit fonamentalment al Reial decret legislatiu 339/1990, de 2 de març, que va aprovar el Text articulat de la Llei sobre trànsit, circulació de vehicles a motor i seguretat viària (TALTSV)[127]. L'art. 2 disposa fonamentalment el repartiment de competències de les administracions de l'Estat i de les entitats locals, sense perjudici de les que tinguin assumides les CCAA a través dels seus propis estatuts (arts. 1 i 4 TALTSV), com és el nostre cas, mitjançant l'art. 164.1.c) EAC.

[126] En aquest sentit, *vid*. el *Document de bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de llei de governs locals de Cataluya*, Poblet, Tarragona, maig de 2007 i a l'Avantprojecte de llei de governs locals de Cataluya, realitzat en virtut d'un conveni entre el Departament de Governació i Administracions Públiques de la Generalitat de Catalunya y la Universitat Rovira i Virgili (URV) de 5 de novembre de 2007, sota la coordinació del Dr. Josep Ramon Fuentes i Gasó, professor titular de Dret Administratiu, del Sr. Jaume Renyer i Alimbau i del Sr. Juan Ignacio Soto Valle i el Sr. Francesc Xavier Forcadell i Esteller, com a secretari tècnic, tots tres professors associats de dret administratiu de la URV.

[127] El TALTSV fou reformat posteriorment mitjançant la Llei 5/1997, de 24 de març.

2.2. El desenvolupament legislatiu constitucional i estatutari

Les disposicions constitucionals en matèria de seguretat pública examinades i les seves previsions s'han desenvolupat a través de dues normes legals de caràcter orgànic i una d'ordinària:

a.- La LOFCS que desenvolupa bàsicament la previsió de l'art. 104 CE, així com els aspectes competencials en matèria de seguretat pública (art. 149.1.29 CE). Aquesta norma estableix que la seguretat pública és competència exclusiva de l'Estat; no obstant això, es preveu que les diferents CCAA participaran en el manteniment de la seguretat pública en els termes que estableixin els respectius estatuts, i els ens locals ho faran en els termes establerts en la LBRL. Així mateix, quan fa referència al manteniment de la seguretat pública, estableix que aquest manteniment s'exercirà per les distintes administracions públiques a través de les forces i cossos de seguretat, dels que formen part també, com ja hem vist, les policies autonòmiques i locals.

b.- La Llei orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana (LOPSC), que desenvolupa aspectes dels arts. 149.1.29 i 104 CE. Si bé a l'hora de fer referència a les autoritats competents en matèria de seguretat relaciona òrgans de l'administració de l'Estat, aquesta norma també estableix que les autoritats locals continuaran exercint les facultats corresponents, d'acord amb la LOFCS i la LBRL.

c.- Llei 2/1985, de protecció civil (LPC), correspon a la Generalitat assegurar la instal·lació, l'organització i el manteniment dels serveis de prevenció i extinció d'incendis i de salvaments, i també promoure, organitzar i mantenir la formació del personal dels serveis relacionats amb la protecció civil, en especial pel que fa als comandaments i components dels serveis de prevenció i extinció d'incendis i de salvaments (art. 14 c) i d)). [128]

En virtut de les previsions constitucionals i estatutàries, el Parlament de Catalunya ha dictat sobre aquesta matèria les lleis següents:

a.- La LOSPC[129] té com a objecte l'ordenació de les competències de la Generalitat en matèria de seguretat pública, especialment les de policia, i la seva integració amb les de protecció civil, trànsit, joc i espectacles i seguretat privada, en un sistema general de seguretat propi de Catalunya, participat per les altres administracions amb competències en aquesta matèria, en els termes que hem

[128] Tal com hem vist, STC 123/1984, de 18 de desembre, i STC 133/1990, de 19 de juliol, el TC ha declarat que la protecció civil és una matèria on radiquen competències concurrents entre l'Estat i les CCAA, segons les competències que hagin assumit en llurs estatuts.
[129] *Vid. ex ante* la nota 10.

assenyalat. I és que el sistema de seguretat pública de Catalunya té per finalitat la seva contribució al desenvolupament de polítiques públiques de prevenció i protecció eficaces en l'assegurament dels drets i les llibertats dels ciutadans, la preservació de la convivència i el foment de la cohesió social.[130]

b.- La Llei 16/1991, de 10 de juliol, de les policies locals (LPL)[131], en el marc de la LOFCS, com a norma bàsica, estableix un règim jurídic homogeni, i que alhora integri els diferents cossos policials en un mateix sistema de seguretat pública i en permeti la coordinació, amb un rigorós respecte al principi d'autonomia municipal. Quant al règim estatutari, a més de les previsions legals caldrà també atendre els reglaments específics de cada cos i altres normes dictades pels ajuntaments corresponents[132]. Aquesta Llei confereix a les policies locals de Catalunya un ampli ventall competencial, sota el comandament de l'alcalde o alcaldessa (art. 4.2, concordant també a l'art. 53.1 j) del TRLMC), en l'àmbit territorial del terme municipal.

L'àmbit competencial de les policies locals es troba restringit al terme municipal sense poder desenvolupar competències fora del mateix. L'actuació extraterritorial només es permet en supòsits molt concrets, com per exemple la persecució "en calent". En aquest sentit, en un principi no s'admetia la possibilitat de mancomunar-se amb altres municipis, fins que es promulgà la Llei orgànica 16/2007, de 13 de desembre, complementària de la Llei 45/2007, per al desenvolupament sostenible del medi rural. Fins aquest moment el TC[133] havia estat rotund en el sentit d'acceptar només la possibilitat d'establir acords de col·laboració entre municipis limítrofes, prèvia autorització del conseller o consellera competent en matèria d'interior, i per a casos de necessitat, sense la possibilitat de la creació de policies supramunicipals, ni de cossos extraterritorials de policia local[134]. Ara bé, aquesta modificació possibilita la creació de policies locals mancomunades, en bona lògica després dels repetits episodis d'inseguretat ciutadana en molts municipis, principalment els rurals, que no poden

[130] Aquesta Llei preveia el desplegament sobre tot el territori català del mapa policial, i alhora té una gran incidència en els temes locals, sobretot en la creació de les *juntes locals de seguretat*, els plans locals de seguretat. Així mateix, preveu un sistema de coordinació de seguretat pública.

[131] Que derogà la Llei 10/1983, de 5 de març, de coordinació de policies locals. La LPL explicita clarament a la seva exposició de motius el paper de la policia local en el sistema de seguretat pública, quan estableix:

> "La Llei orgànica 2/1986, del 13 de març, de Forces i Cossos de Seguretat, regula a grans trets les policies locals i les considera com un cos de seguretat més, al costat de la policia autonòmica i de l'Estat".

[132] En l'àmbit municipal, Catalunya és un país molt fragmentat, amb 947 municipis, 204 dels quals tenen policia municipal, amb un total de 10.263 policies, que donen servei directe a una població de més de 5 milions d'habitants, el 88% del total català, tot i que només és present en els nuclis de població principal, és a dir, en el 20% del territori català (dades de la Generalitat de Catalunya, febrer de 2008).

[133] STC 85/1993, de 8 de març.

[134] STC 81/1993 i 86/1993, de 8 de març. El TC només s'admetia l'establiment de mecanismes de col·laboració basats en l'adscripció o transferència d'agents temporalment.

comptar amb un cos de policia propi per manca de recursos econòmics[135]. La nova previsió legal preveu que quan es tracti de municipis limítrofs pertanyents a una mateixa comunitat autònoma i que comptin amb plantilles de policia insuficients per poder prestar els seus serveis amb garanties, es podran crear cossos policials mancomunats, amb l'informe favorable de les administracions autonòmica o estatal, segons els casos.[136]

Atenent a la diversitat municipal de Catalunya, en molts municipis petits i en molt pocs, percentualment parlant, que compten amb una població superior a 10.000 habitants -que és el tram a partir del qual esdevé obligatori constituir un cos de policia local a Catalunya- la LPL preveu que es puguin dotar de vigilants municipals -que és el nom generalitzat d'aquests cossos singulars-, guàrdies, agutzils o similars amb les funcions següents: la custòdia dels béns, serveis, instal·lacions i dependències municipals; l'ordenació i regulació del trànsit en el nucli urbà, l'auxili al ciutadà, la vigilància pel compliment dels reglaments, ordenances, bans i resolucions municipals, etc.[137]

> c.- La Llei 4/1997, de 20 de maig, de protecció civil de Catalunya (LPCC)[138] culmina la creació d'una estructura de protecció civil integrada per les diverses administracions públiques catalanes, la Generalitat i els ens locals, en coordinació amb la de l'Estat. En aquest sentit, s'ha conjugat la coordinació d'actuacions i la integració de plans, mitjans i serveis amb el respecte a l'autonomia de les entitats locals, especialment dels municipis.

Així l'art. 25.2. c) LBRL preveu, en el nucli de competències pròpies que han de ser exercides pels municipis, la "protecció civil, prevenció i extinció d'incendis" en els termes de la legislació de l'Estat i de les CCAA i en termes idèntics s'hi pronuncia l'art. 63.2 c) TRLMC. La LPCC es defineix els municipis com les entitats bàsiques de protecció civil a Catalunya que disposen de capacitat general d'actuació i de planificació en aquesta matèria. Aquests exerceixen les funcions que els atribueix la llei i qualsevol altra que, sense contravenir-la, resulti necessària en l'àmbit de llur col·lectivitat per a la

---

[135] Les primeres reaccions doctrinals a aquesta reforma ja deixen entreveure algunes possibles insuficiències. En aquest sentit, *vid* MAINAR ENE, J. M., "Una nueva policia mancomunada", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 18, Madrid, 2008, pp. 3024-3035.

[136] Aquestes previsions han estat desenvolupades recentment per l'Ordre INT/2944/2010, de 10 de novembre, per la qual es determinen les condicions per a l'associació de municipis amb la finalitat de prestar serveis de policia local, de conformitat amb el que es preveu a la disposició addicional cinquena de la Llei orgànica 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat.

[137] És comuna l'opinió que aquesta possibilitat ha tingut una bona acollida en molts municipis, i caldria de potenciar-la encara més, bo i vetllant en tot moment per la coordinació amb el cos de Mossos d'Esquadra.

[138] La CE realitza una breu referència, de forma indirecta, a la protecció civil quan l'art. 30.4 estableix que mitjançant una llei podran ser regulats els deures dels ciutadans en els casos de risc greu, de catàstrofe o de calamitat pública. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional ha definit la protecció civil com un conjunt d'accions dirigides a evitar, reduir o corregir els danys causats a persones i béns per tota classe de mitjans d'agressió i pels elements naturals o extraordinaris en temps de pau quan l'amplitud i la gravetat de llurs efectes els fa assolir el caràcter de calamitat pública.

protecció de les persones, dels béns i del medi ambient davant situacions de greu risc col·lectiu, de catàstrofes o de calamitats públiques[139]. A l'àmbit comarcal, els consells comarcals consisteix bàsicament en prestar suport, assistència i cooperació a les funcions municipals de protecció civil.

3. El sistema de seguretat pública català

El nostre sistema de seguretat pública es fonamenta en la policia de Catalunya, integrada pel cos de Policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra i els més de 200 cossos de policia local. I, com hem vist, es troba regulat per la LOSPC, que fa una especial incidència en la coordinació entres les diferents administracions competents en matèria de seguretat publica, en particular, la Generalitat i els ajuntaments.[140]

L'objecte de la LOSPC, d'acord amb el seu article primer, és l'ordenació de les competències de la Generalitat en matèria de seguretat pública, especialment la de policia i la seva integració amb altres com protecció civil, trànsit i circulació, joc i espectacles o seguretat privada, en un sistema de seguretat propi de Catalunya, participat per les altres administracions amb competència en aquesta matèria, com ara els ens locals. El sistema es basteix sobre un conjunt de principis generals que la inspiren[141]:

- Prevenció dels riscs i de les amenaces.
- Adequació del servei públic a la demanda social.
- Proximitat als ciutadans i descentralització dels serveis públics.
- Eficàcia de l'acció pública i eficiència en l'assignació de recursos i mitjans.
- Planificació i avaluació de les actuacions.
- Proporcionalitat de la intervenció pública.
- Corresponsabilitat i complementarietat d'autoritats i administracions.

---

[139] D'acord amb la LPCC l'alcalde o alcaldessa, cal dir que aquest és l'autoritat local superior de protecció civil, sens perjudici de les funcions de la persona titular de la conselleria competent en la matèria en el Govern de la Generalitat de Catalunya. I correspon als plens dels ajuntaments:

- Aprovar el pla bàsic d'emergència municipal
- Aprovar els plans específics municipals
- Aprovar els plans d'actuació municipal i, en general, qualsevol altre instrument de planificació de protecció civil d'àmbit municipal
- Crear la comissió municipal de protecció civil

Els municipis amb més de cinquanta mil habitants; els municipis que, sense arribar a aquesta població, tenen en llur terme empreses, entitats, centres o instal·lacions obligats a adoptar plans d'autoprotecció; i els municipis de caràcter especial tipificats en l'article 17.2 LPCC han de crear una comissió municipal de protecció civil. En la resta de municipis, la creació d'aquesta comissió és facultativa i correspon de decidir-ho, si és procedent, al ple de l'ajuntament.

[140] Els arts. 9 a 13 LOSPC estableixen un ampli ventall d'òrgans de coordinació i participació sobre la base de distribució territorial. Els més propers a l'àmbit municipal són la junta local de seguretat, la mesa de coordinació operativa i la comissió regional de seguretat. En aquest sentit, *vid. post* l'apartat 4rt. d'aquest treball.

[141] Art. 2 LOSPC.

- Coordinació i cooperació entre autoritats, administracions i serveis.
- Transparència i informació als ciutadans.

Els diferents òrgans que integren el sistema de seguretat són les autoritats de seguretat, els cossos policials i altres serveis, públics o privats, de seguretat i els òrgans de coordinació i participació en matèria de seguretat (arts. 3 LOSPC). I les autoritats de seguretat del sistema, en virtut de l'art. 4 LOPSC, són les següents: el Govern de la Generalitat; el conseller o consellera competent en matèria d'interior; els delegats o delegades territorials del Govern; els alcaldes o alcaldesses i els òrgans de la Generalitat o dels ajuntaments amb competència en matèria de seguretat pública, expressa o per delegació.

Finalment, cal fer una al·lusió a la via convencional en matèria de seguretat ciutadana, atès que la LOSPC en fa menció específica a l'art. 27 i perquè constitueix un instrument bàsic de coordinació i col·laboració del sistema.[142]

4. La junta local de seguretat

A l'àmbit local, el principal òrgan de coordinació en matèria de seguretat se situa al municipi, la junta local de seguretat a la qual la LOSPC dota d'un significat especial sobretot pel paper significatiu que té l'alcalde o l'alcaldessa en presidir-la.[143]

Als municipis que tinguin policia local, d'acord amb l'art. 9 LOSPC, s'ha de crear una junta local de seguretat, com a òrgan col·legiat de col·laboració i coordinació general dels diversos cossos de policia i altres serveis de seguretat que operen en llur territori i de participació ciutadana en el sistema de seguretat. Una de les funcions més destacades de la junta local de seguretat es l'aprovació del pla de seguretat local.

Les juntes locals de seguretat han de crear una mesa de coordinació operativa en cada municipi, com a òrgan permanent i estable de coordinació i de cooperació dels diversos cossos i serveis de seguretat al municipi.[144]

---

[142] Aquesta pràctica convencional és habitual en països com, per exemple, Alemanya (sobretot a l'hora de subscriure convenis en matèria de policia i seguretat entre els *Länder* i la Federació o *Bund*) on ha estat molt utilitzada, malgrat no estar prevista a la Llei Fonamental. En aquest sentit, *vid. in totum* FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, Cedecs, Barcelona, 1a. ed. 2002, 2a. ed. 2005.

[143] La junta haurà d'estar integrada per l'alcalde o alcaldessa, que la presideix, amb veu i vot, i els vocals permanents següents, també amb veu i vot:

- El delegat o delegada territorial del Govern, qui pot delegar la seva representació en el subdirector o subdirectora general.
- El regidor o regidora delegat en matèria de seguretat ciutadana.
- El/la cap de la comissaria de la policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra del municipi o, si no, el/la cap de l'àrea bàsica policial o el comandament que designi en els termes fixats per reglament.
- El/la cap de la policia local o el comandament que es designi, en els termes fixats reglamentàriament.

5. Les competències dels ens locals en matèria de seguretat pública

El marc jurídic i l'àmbit competencial en matèria de seguretat pública no es poden restringir únicament a una interpretació literal de l'art. 149.1.29 CE que atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria de seguretat pública, ja que el desenvolupament legislatiu del Parlament de Catalunya i de la doctrina del TC, en matèria de seguretat pública, han configurat un àmbit competencial molt més ampli. Com ja s'ha citat, no hi ha dubte que aquesta configuració jurídica ha canviant notablement a Catalunya, sobretot amb l'Estatut de 2006.

Des del punt de vista de la divisió territorial, els ens locals, en particular els ajuntaments, com administració territorial, disposen de competències en matèria de seguretat pública, en virtut del que disposa la LOFCS, no la de la CE. No obstant això, s'ha de tenir en compte que l'art. 148.1.22 CE estableix que són competències de les CCAA la coordinació i altres facultats en relació amb les policies locals; per tant, des del punt de vista constitucional, s'està fent referència al fet que l'Administració Local té competències en matèria de seguretat pública.

5.1. Competències en matèria de seguretat ciutadana

Els ens locals exerceixen bàsicament les competències en matèria de seguretat ciutadana a través de les seves policies locals, que formen part de les forces i cossos de seguretat, tot obeint a un sistema pluralista i que, com defensa BALLBÉ, presenta mes avantatges sobre el model unitari, entre altres, pel control entre els cossos policials i per la seva competitivitat[145].

El paper primordial d'un servei públic de policia local organitzat, eficient i eficaç és donar una resposta clara i decidida amb vocació de servei a les necessitats dels ciutadans i ciutadanes que en són, al cap i a la fi, els destinataris.

Els municipis de més de 10.000 habitants -i els de menys quan ho autoritzi el departament amb competències en matèria d'interior- han de comptar amb un cos de policia local (art. 3 LPL), d'acord amb les determinacions següents:

---

[144] Aquesta mesa estarà constituïda pels caps de la policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra i de la policia local.

[145] *Vid*. BALLBÉ MALLOL, M., PADRÓS REIG, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

a.- L'organització de la policia local es basa en una estructura funcionarial jerarquitzada, dotada de la condició d'autoritat i amb possibilitat d'exercir legítimament l'ús de la força.[146]

b.- La policia local té la missió de preservar la convivència i la protecció de les persones i els béns, en el marc dels principis de legalitat i proporcionalitat i amb el respecte ple als drets fonamentals de les persones. Es configura com un servei per a la comunitat, amb un mandat explícit de contribuir al benestar social i de cooperar amb altres agents socials, en els àmbits preventiu, assistencial i de rehabilitació.[147]

c.- A cada poble o ciutat amb cos de policia local es preveu la creació d'una junta local de seguretat i d'una mesa de coordinació operativa amb la finalitat de coordinar els diferents cossos policials competents en matèria de seguretat pública.[148]

5.2. Competències en matèria de seguretat viària

Les competències en matèria de seguretat viària a nivell local es troben establertes a l'art. 25.2.b) LBRL i a l'art. 66.3.c) TRLMC[149] són exercides bàsicament pels ajuntaments mitjançant els cossos de policia local i desenvolupades en gran part mitjançant les ordenances municipals de circulació (art. 7 TALTSV).

La TALTSV, a diferència de la legislació precedent, atribueix als municipis una competència pròpia -i no delegada de l'Administració de l'Estat, com resultava del Codi de circulació precedent- en matèria de trànsit en les vies urbanes i conté una relació detallada d'atribucions, les quals poden ser agrupades de la forma següent:

a.- Competències reglamentàries, que suposen la regulació, mitjançant disposicions de caràcter general, dels usos de les vies públiques, tot fent compatible la distribució equitativa dels aparcaments entre tots els usuaris, amb la fluïdesa necessària del trànsit rodat i amb l'ús pels vianants dels carrers.

b.- Competències executives, mitjançant l'ordenació i control del trànsit en les vies urbanes, que inclouen la vigilància i denuncia pels agents propis de les infraccions i la imposició de sancions; l'autorització de proves esportives en casc urbà; i el tancament de les vies.

---

[146] Així, els arts. 52 LOFCS i 2 LPL defineixen la policia local com "un institut armat de naturalitza civil amb estructura i organització jerarquitzada".

[147] Les funcions de la policia local es troben bàsicament recollides a l'art. 11 LPL,

[148] El desplegament de la Policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra ha plantejat la necessitat de potenciar i, si escau, ampliar aquests òrgans de coordinació en el marc de la LOSPC.

[149] El títol competencial municipal és "l'ordenació del trànsit de vehicles i persones en les vies urbanes".

c.- Competències preventives, que abasten tant la immobilització, com la retirada i dipòsit dels vehicles que obstaculitzin o dificultin la circulació o suposin un perill per aquesta, i també la realització de les proves per a determinar el grau d'intoxicació alcohòlica o per estupefaents, psicotròpics o estimulants dels conductors que circulin per les vies urbanes.

5.3. Les competències en matèria protecció civil i d'extinció d'incendis

La legislació de règim local de Catalunya estableix clarament que l'extinció d'incendis és una competència municipal, així ho recull expressament l'art. 66.3, c) TRLMC. Ara bé, el servei d'extinció d'incendis i salvament és una activitat important enquadrada dintre de la seguretat pública que és prestada majoritàriament pel cos de bombers de la Generalitat. [150]

En matèria de protecció civil, tant a la normativa de règim local -art. 66.3.c) TRLMC-, com a l'específica de protecció civil - arts. 47 a 51 LPCC-, atorga competències als ens locals. Així, es conceptua el municipi com a entitat bàsica de la protecció civil a Catalunya que disposa de capacitat general d'actuació i de planificació en aquesta i exerceix les funcions que resultin necessàries en l'àmbit de llur col·lectivitat per a la protecció de les persones, dels béns i del medi ambient davant situacions de greu risc col·lectiu, de catàstrofes o de calamitats públiques.

6. L'ètica policial: de la regulació internacional a la nacional

Un cop examinada la configuració competencial de la seguretat pública a Catalunya i, en particular, de la policia local, cal fixar-se en l'aspecte de la seva actuació des de la perspectiva ètica.

L'ètica de la policia ha estat una preocupació central de la doctrina[151], i objecte de regulació tant nacional com internacional. Els antecedents internacionals són força destacats [152]. Així, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa -considerant que el sistema europeu de protecció de drets de l'home quedaria reforçat si la policia disposés de regles deontològiques que tinguessin en compte els drets de l'home i les llibertats fonamentals, i "estimant desitjable que els funcionaris de policia comptin amb el suport tant moral com físic de la comunitat a la qual serveixen"– va adoptar el 8 de maig de 1979 una declaració sobre la policia, mitjançant la Resolució núm. 690. El mateix any, a través de la Resolució 34/169, l'Assemblea General de Nacions Unides va adoptar el

[150] Així, en virtut d'aquesta habilitació, l'Ajuntament de Barcelona manté el seu propi cos de bombers.
[151] *Vid in totum*, SERVERA MUNTANER, J.L., *Ética policial*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1999.
[152] *Vid*. CURBET HEREU, J. *L'ètica de la policia: declaracions internacionals*, Generalitat de Catalunya, Direcció General de Seguretat Ciutadana, Barcelona, 1983.

primer codi de conducta[153] per als funcionaris encarregats de fer complir la llei (*law enforcement*).[154]

Tanmateix, el document internacional més important en matèria ha estat aprovat pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa, en data 19 de setembre de 2001, quan es va adoptar la Recomanació REC (2001) 10 als Estats membres sobre el Codi europeu d'ètica de la policia (CEEP) [155]. Es tracta d'un text elaborat en un marc àmpliament extens, integrat per quaranta-cinc països membres, i amb un caràcter pioner en el camí a seguir en el procés de regulació transnacional europea de l'ètica. I, en aquesta línia, s'ha destacat que la Recomanació va més enllà d'un codi deontològic tradicional[156]. L'objectiu global consistia a crear un instrument que servís com a marc general per a la policia i per a l'exercici de les seves funcions, en particular, el seu posicionament en el sistema de justícia penal, els seus objectius i el seu funcionament en un sistema democràtic. El resultat és un text que proporciona els principis necessaris per a configurar una policia ètica. Alguns d'aquests principis pertanyen a l'àmbit legislatiu, alguns tindrien cabuda en un codi deontològic nacional i uns altres pretenen servir com

---

[153] Vid. BERISTÁIN, A., "Código deontológico policial según las Naciones Unidas»", a *Estudios penales y criminológicos VII (1982-83)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1984, pp. 73-126.

[154] *Ut post* transcribim *in totum* en llengua castellana el Codi de conducta annex a la Resolució 34/169 esmentada:

> "Art. 1 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.
>
> Art. 2 En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.
>
> Art. 3. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.
>
> Art. 4 Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.
>
> Art. 5 Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
>
> Art 6 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise.
>
> Art. 7 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán,
>
> Art. 8 Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán la ley y el presente Código. También harán cuanto esté a su alcance por impedir toda violación de ellos y por oponerse rigurosamente a tal violación.
>
> Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que tengan motivos para creer que sea ha producido o va a producirse una violación del presente Código informarán de la cuestión a sus superiores y, si fuere necesario, a cualquier otra autoridad u organismo apropiado que tenga atribuciones de control o correctivas."

[155] *Vid*. RECASENS BRUNET, A., *Comentarios al Código Europeo de Ética de la Policía*, Atelier, Barcelona, 2003.

[156] *Vid*, en aquest sentit, JANSON, B., "El Código Europeo de Ética de la Policía. Razones y directrices para el cambio", a *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 12/2003, p. 10.

a guia en la formació de la policia. En conjunt, el CEEP i l'exposició de motius que l'acompanya constitueixen un document complet que resumeix els objectius i el paper de la policia en els Estats democràtics moderns propis de l'Estat de Dret.

Cal fer esment de la naturalesa jurídica del CEEP que va ser adoptat mitjançant una recomanació, és a dir, acte jurídic no vinculant o de *soft law* del Consell d'Europa. Ara bé, és molt interessant destacar la dinàmica reguladora que ha posat en marxa en l'ordenament jurídic autonòmic català aquesta recomanació. El 2004 la Consellera d'Interior de la Generalitat de Catalunya va adoptar la Resolució INT/1828/2004, de 14 de juny, per la qual s'aprova la Instrucció per a la incorporació i l'aplicació del Codi Europeu d'Ètica de la Policia en relació amb l'actuació i la intervenció de la policia de la Generalitat – Mossos d'Esquadra. Així, un acte de *soft law* d'una organització internacional s'incorpora a l'ordenament jurídic català mitjançant una instrucció de servei, és a dir, una norma interna de compliment obligat per als membres del cos de policia de la Generalitat.

Després de l'entrada en vigor del nou EAC de 2006, en el marc de l'art. 164, que atribueix a la Generalitat competències en matèria de planificació i regulació de la seguretat pública a Catalunya, el govern aprovà el Decret 230/2007, de 16 d'octubre, pel qual es crea el Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya, com a òrgan consultiu funcionalment independent del Departament d'Interior, amb la missió d'elaborar i supervisar un projecte de Codi d'ètica de la policia de Catalunya. En l'elaboració del codi català el Comitè va assumir com a base el codi europeu.[157]

Més enllà del marc normatiu internacional, el codi deontològic policial es trobava ja recollit, si bé de forma força molt concisa i principial, a l'article 5 de la LOFCS, que a l'àmbit que ens interessa, ha estat reproduït integralment per l'art. 10 de la LPL.[158]

---

[157] És interessant d'observar com s'ha continuat la dinàmica creada amb l'adopció del CEEP com a instrucció de servei. Així, una regulació ètica transnacional amb natura de *soft law*, ha entrat a formar part d'un ordenament jurídic català adquirint efectes obligatoris i després s'ha pres com a base per a la seva promulgació normativa.

[158] Tot seguit es transcriu literalment l'art. 10 LPL:

> 1. Els principis bàsics d'actuació dels policies locals són els següents:
> Primer. Pel que fa a l'adequació a l'ordenament jurídic, els policies locals han de:
> a) Exercir llurs funcions amb respecte absolut a la Constitució, a l'Estatut d'Autonomia i a la resta de l'ordenament jurídic.
> b) Actuar, en el compliment de llurs funcions, amb absoluta neutralitat política i imparcialitat i, en conseqüència, sense fer cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.
> c) Actuar amb integritat i dignitat i, en particular, abstenir-se de participar en qualsevol acte de corrupció i oposar-s'hi amb fermesa.
> d) Atenir-se, en llur actuació professional, als principis de jerarquia i de subordinació; en cap cas, però, l'obediència deguda no pot emparar ordres que comportin l'execució d'actes que constitueixin manifestament delicte o que siguin contraris a la Constitució, a l'Estatut o a les lleis.
> e) Col·laborar amb l'Administració de Justícia i auxiliar-la en els termes establerts per la llei.
> Segon. Pel que fa a les relacions amb la comunitat, els policies locals han de:
> a) Impedir, en l'exercici de llur actuació professional, qualsevol pràctica abusiva, arbitrària o discriminatòria que comporti violència física o moral.
> b) Tenir en tot moment un tracte correcte i acurat amb els ciutadans, als quals han de procurar

7. El Codi d'ètica de la policia de Catalunya i la seva finalitat eminentment organitzativa

L'ambiciosa tasca d'acomplir el mandat del CEEP, després de la proposta elaborada pel Comitè d'Ètica, s'ha materialitzat en el Codi d'ètica de la policia de Catalunya (CEPC), aprovat mitjançant una resolució del Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació[159], amb un ampli preàmbul i 88 articles, estructurat en sis títols: un títol preliminar, on s'estableix l'àmbit d'aplicació, la natura d'aquest codi i la descripció del sistema institucional de policia; un títol primer, en què es recullen principis generals, drets i deures; un títol segon de principis organitzatius; un títol tercer sobre principis rectors en relació amb l'actuació de la policia; un títol quart sobre formació del personal i, finalment, un títol cinquè en què s'estableixen regles de responsabilitat i control.

Les finalitats que persegueix l'adopció del CEPC són les següents[160]:

- Promoure un model de seguretat pública basat en la protecció dels drets, en la seguretat jurídica per al seu lliure exercici i en la seguretat material que l'Estat social i democràtic de dret està obligat a garantir.

---

auxiliar i protegir sempre que les circumstàncies ho aconsellin o hi siguin requerits, i proporcionar-los informació completa i tan àmplia com sigui possible sobre les causes i la finalitat de totes les intervencions.
c) Actuar, en l'exercici de llurs funcions, amb la decisió necessària i sense retard, quan d'això en depengui evitar un mal greu, immediat i irreparable, i regir-se, en fer-ho, pels principis de congruència, d'oportunitat i de proporcionalitat en la utilització dels mitjans a llur abast.
d) Utilitzar les armes només en les situacions en què hi hagi un risc racionalment greu per a la vida o la integritat física d'ells mateixos o de terceres persones i en les circumstàncies que puguin comportar un risc greu per a la seguretat ciutadana, i han de regir-se, en fer-ho, pels principis a què es refereix la lletra c).
Tercer. Pel que fa al tractament de detinguts, els policies locals han de:
a) Identificar-se degudament com a agents en el moment d'efectuar una detenció.
b) Vetllar per la vida i la integritat física de les persones que estiguin detingudes o sota llur custòdia i respectar-ne els drets, l'honor i la dignitat.
c) Complir i observar amb la diligència deguda els tràmits, els terminis i els requisits exigits per l'ordenament jurídic en la detenció d'una persona.
Quart. Pel que fa a la dedicació professional, els policies locals han de portar a terme llurs funcions amb dedicació total, i han d'intervenir sempre, en tot moment i en tot lloc, estiguin o no estiguin de servei, en defensa de la llei i de la seguretat ciutadana.
Cinquè. Pel que fa al secret professional, els policies locals han de guardar secret rigorós respecte a totes les informacions que coneguin per raó o en ocasió del compliment de llurs funcions; no están obligats a revelar les fonts d'informació, llevat que els ho imposin el compliment de llurs funcions o les disposicions legals.
2. Els policies locals són responsables personalment i directament dels actes en què, en el compliment de llurs funcions, infringeixin o vulnerin, per acció o per omissió, les normes legals, les normes reglamentàries que regeixen llur professió i els principis enunciats a l'apartat 1, sens perjudici de la responsabilitat patrimonial que pugui correspondre a les administracions públiques.

[159] Aprovat mitjançant la Resolució IRP/3648/2010, de 12 de novembre, per la qual s'aprova el Codi d'ètica de la policia de Catalunya (DOGC, núm. 5757, de 17.11.2010). Inicialment es volia aprovar mitjançant ordre i el serveis jurídics de la Generalitat ho van desaconsellar.

[160] *Vid*. el preàmbul del CEPC.

- Enunciar i desenvolupar els principis d'actuació de les policies de Catalunya, com a servei públic fonamentat en el respecte a la dignitat i els drets que se'n deriven.
- Enunciar i desenvolupar els drets i deures i les normes ètiques de conducta que en deriven.
- Contribuir a la seguretat jurídica com a dret de les persones membres de les policies pel que fa a les normes que en regulen l'actuació.
- Fer accessibles a la ciutadania les normes bàsiques d'actuació de les policies.
- Promoure les bones pràctiques i la inserció del judici de valor ètic en l'actuació policial.
- Incorporar la dimensió ètica en l'organització policial, en les seves estructures i recursos materials i humans.

En relació amb la naturalesa jurídica, que de ben segur seria un altre cop d'instrucció de servei als membres de les policies de Catalunya, cal observar que tal com disposa expressament el mateix text, el CEPC no té en cap cas sancionadora[161]. Sembla que les intencions que inspiraven inicialment el CEPC, de la mà del CEEP, no s'han traduït del tot en realitat. Això es deu al fet que el conjunt de principis i regles de conducta se situen en un pla merament orientatiu, sense conseqüències jurídiques contundents, en altres paraules, una vegada més una norma de *soft law*, mentre que elevar el CEPC al rang normatiu hagués suposat un important punt d'inflexió.[162]

---

[161] L' art. 2 CEPC disposa:

> "El Codi d'ètica de la Policia de Catalunya no té finalitat sancionadora de comportaments individuals ni estableix cap mena de sanció. Les seves normes s'adrecen a consolidar i promoure els valors democràtics ja assumits per les policies de Catalunya i, alhora, permetre la valoració general sobre el seu grau de compliment, especialment, mitjançant l'informe anual del Comitè d'Ètica".

En aquest sentit, el Dictamen 275/2010, de 29 de juliol, de la Comissió Jurídica Assessora va remarcar el caràcter del Codi, com a "conjunt de valors, principis i pràctiques, amb finalitats informatives, pedagògiques i sobretot organitzatives, essent la seva finalitat essencial la de servir de guia o paràmetre perquè el Comitè d'Ètica faci el seu informe anual recomanant les mesures organitzatives i formatives que portin al compliment dels principis i valors recollits al Codi".

[162] És possible que la desalineació entre voluntat política i interessos de la cúpula de comandament i dels sindicats dels cossos de policia hagi estat un condicionant important en el procés d'elaboració d'aquest instrument de regulació de l'ètica policial. En qualsevol cas, crida molt l'atenció la interpretació dels articles 59 i 63 CEEP que es fa en el preàmbul del CEPC i l'argumentació que es defensa:

> "És obvi que la vulneració dels principis del Codi d'ètica ha de conduir a determinades conseqüències jurídiques, en cap cas sancionadores ja que la facultat d'imposar sancions correspon a òrgans diferents del Comitè. Ometre qualsevol referència sobre això deixaria el Codi com un mer enunciat simbòlic.
>
> Sobre aquest punt, el Codi europeu (Codi europeu d'ètica de la policia) deixa la qüestió oberta. L'article 59 estableix el principi de responsabilitat de la policia "davant de l'Estat, els ciutadans i els seus representants" i afegeix que ha d'estar subjecta a un "control extern eficaç" (com el Comitè o altres organismes similars)." I després: "Quan disposa que els estats membres es comprometin a elaborar codis ètics basats en la Recomanació europea, estableix "que siguin supervisats pels òrgans adequats". Cal entendre que aquests "òrgans adequats" inclouen tant els òrgans sancionadors de l'Estat (judicial i disciplinari) com altres, com el Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya."

La lectura del preàmbul del CEPC pot dur-nos a pensar allò d'*excusatio non petita, accusatio manifesta*. En primer lloc, perquè, de fet la falta de conseqüències sancionadores es percep com una cosa important pel mateix regulador de manera que cal assegurar que, malgrat això, el CEPC no és un instrument merament simbòlic, sinó que té altres conseqüències jurídiques. Unes finalitats, malgrat tot, no s'especifiquen. En efecte, per la seva natura, hem vist que el codi té un valor informatiu i pedagògic i que les conseqüències jurídiques veritables són de caràcter organitzatiu, en la mesura en què estan dirigides a proporcionar informació perquè el Comitè pugui mesurar indirectament la qualitat democràtica del nostre sistema en funció del grau de compliment del CEPC[163].

En segon lloc, ens sembla que els articles 59 i 63 del CEEP han estat mals interpretats pel regulador català, d'una part, perquè a més del control del Parlament, del govern i de la judicatura, el CEEP proposa l'establiment de mecanismes independents de control de la policia; per una altra, el CEEP recomana que "en els Estats membres han d'elaborar-se codis de deontologia de la policia que es basin en els principis enunciats en aquesta recomanació i ser supervisats per òrgans apropiats". En canvi, en el CEPC sembla que el control extern de la policia i el control apropiat del compliment del codi coincideixin en un mateix òrgan, el Comitè d'Ètica de Catalunya. Tanmateix tot això és impossible, ja que per definició el Comitè no té atribuïdes facultats sancionadores, per tant no pot dur a terme cap control extern eficaç. El Comitè té funcions consultives i promocionals, pot sol·licitar "de les autoritats i els òrgans competents en la matèria totes les queixes i denúncies que rebin constitutives d'incompliments del Codi d'ètica". En canvi sí que és òrgan de supervisió i seguiment del mateix CEPC.[164]

8. Els codis ètics locals

L'aprovació del CEPC no prejutja la possibilitat que els municipis dotats de cos de policia local podran aprovar els seus respectius codis deontològics en matèria policial en el marc de les seves competències i del sistema de seguretat pública de Catalunya.[165]

---

[163] El preàmbul del CEPC finalitza amb els termes següents:

> "El grau de compliment del Codi serà una forma de mesurar la qualitat de la nostra democràcia perquè, com planteja el Consell d'Europa, es pot valorar "simplement observant el comportament de la seva policia". I les autoritats, els/les agents de policia i la societat s'hauran dotat d'un nou instrument per percebre i valorar si la policia "exerceix les seves funcions de manera èticament acceptable i amb unes finalitats vàlides i democràtiques".

[164] Així, l'art. 87 CEPC:

> "El Comitè d'Ètica de la Policia de Catalunya exerceix el seguiment extern de l'actuació policial mitjançant la valoració del compliment d'aquest Codi d'ètica".

[165] La disposició addicional del CEPC expressa que:

> "Sens perjudici del que estableix aquesta Resolució, l'Ajuntament de Barcelona, d'acord amb la Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta municipal de Barcelona, i els municipis dotats de cos de policia local podran aprovar els seus respectius codis deontològics en matèria policial en el marc de les seves competències i del sistema de seguretat pública de Catalunya."

En realitat, en aquest àmbit ja existeix una experiència pionera a Catalunya: les Normes deontològiques de la policia local de Girona, aprovades mitjançant Reglament de 21 de juliol de 1991. Es tracta de normes de caràcter reglamentari que, a més de contenir regles d'actuació de la policia i regular el procediment disciplinari, institueixen un interessant model de *comitè d'ètica policial local*.[166]

Sens perjudici de les competències sancionadores legalment assignades a l'alcaldia i al ple, el Comitè desenvolupa un paper important en el procediment sancionador i en general en els assumptes que afecten la imatge de la policia local [167]. En aquest sentit, el Comitè pot convocar testimonis per reclamar les oportunes proves i valorar qualsevol escrit que se'ls dirigeixi[168]. I, en els procediments disciplinaris, el comitè emetrà un informe vinculant previ a la imposició de qualsevol sanció, de conformitat amb la norma continguda a l'art. 25 del Reglament:

> "Quan el Comitè decideixi que existeix matèria per a un procediment disciplinari, ho comunicarà a l'Alcaldia - Presidència als efectes corresponents.
> En l'expedient que es pugui instruir amb aquest motiu, el Comitè haurà de ser escoltat amb efectes vinculants mitjançant informe escrit, previ examen de les actuacions, en el moment immediatament anterior a la imposició de la possible sanció."

---

[166] La composició del Comitè es troba previst al Reglament Orgànic Municipal (ROM) de l'Ajuntament de Girona:

> "El Defensor o Defensora de la Ciutadania, a partir del moment de la seva designació tindrà la condició de president nat del Comitè d'Ètica de la Policia Local. Aquest Comitè estarà integrat per cinc vocals, a més del seu president, dos d'entre ciutadans escollits per l'alcalde i tres d'entre membres del servei de la Policia Local".

D'aquesta manera, la composició del Comitè afavoreix la comunicació, transparència i comprensió recomanada pel CEEP.

[167] Segons l'art. 21 del Reglament:

> "El Comitè actuarà en temes referits a la imatge pública de la Policia Municipal:
> - A petició d'un ciutadà.
> - A petició d'una entitat jurídica.
> - En cas d'instruir-se expedient a un policia de servei, si el tema afecta o pot afectar la imatge de la Policia Municipal.
> - En cas d'imposició de sanció a un policia municipal sense instrucció d'expedient, per tractar-se d'una falta lleu, si ho demana l'afectat.
> - Per consideracions internes dels serveis, a petició del Cap de Servei."

[168] L'art. 24 del Reglament estableix que:

> "El Comitè ha de considerar qualsevol escrit que li sigui adreçat i pot, segons el cas, després de la valoració corresponent:
> 1.- Si és una queixa:
> a) Rebutjar-la quan estimi que el fet denunciat no vulnera les normes d'actuació de la policia.
> b) Decidir que existeix matèria per a un procediment administratiu.
> c) Decidir que no existeix matèria per a un expedient, però sí que pot existir una falta lleu.
> 2.- Si és una mostra de satisfacció, proposar a l'alcalde l'atorgament de mèrits professionals, d'una recompensa o la comunicació d'una felicitació.
> 3.- Si l'escrit obeeix a motius interns del servei o és un expedient, l'acord del Comitè constituirà part de l'expedient."

Ens sembla que, d'aquesta manera, el model de regulació de l'ètica policial de Girona se situa en un nivell més avançat que el contingut al CEPC. A l'experiència local gironina vigent s'ha articulat una fórmula de control independent i eficaç de l'ètica policial, mentre que el CEPC representa una regulació de *soft law*, si es vol molt articulada; però de caràcter informatiu, on el Comitè no és el guardià de l'ètica dels cossos policials sinó del mateix codi. Un cop més, com afirma BALLBÉ, queda palès que l'Administració Local és el gran laboratori d'idees i experiències jurídiques i organitzatives dels sistemes democràtics moderns.

Finalment, cal comentar que l'establiment d'un paràmetre ètic com vol ser el CEPC i d'un òrgan de supervisió de la seva plicació requereix un profund consens del sector implicat, des de posicions de responsabilitat i esperit de servei i no des d'una visió messiànica il·lustrada per part de tots els implicats.

Bibliografia

BALLBÉ MALLOL, M., *Orden Público y Militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1985

BALLBÉ MALLOL, M., PADRÓS REIG, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997

BARBERO SANTOS, M. "El respeto de los Derechos Humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial (la situación en España)", a *Estudios penales y criminólogicos IX (1984-85)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1986.

BARCELONA LLOP, J., "La administración de la seguridad ciudadana: selección de problemas a comienzos del siglo XXI", a *Revista Vasca de administración Pública*, núm. 64, 2002.

BERISTÁIN, A., "Código deontológico policial según las Naciones Unidas»", a *Estudios penales y criminológicos VII (1982-83)*, Universidad de Santiago de Compostela, 1984

CURBET I HEREU, J., *Una seguridad ilusoria*, Institut de Ciències Polítiques i Socials de Barcelona, 2003.

CURBET HEREU, J. *L'ètica de la policia: declaracions internacionals*, Generalitat de Catalunya, Direcció General de Seguretat Ciutadana, Barcelona, 1983.

FUENTES I GASÓ, J. R., *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*, Cedecs, Barcelona, 2002.

GIFREU I FONT, J., FUENTES I GASÓ, J. R., *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, València, 2009

JANSON, B., "El Código Europeo de Ética de la Policía. Razones y directrices para el cambio", a *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 12/2003

LAMAS ESTEVES, M.A. *Deontología policial (ética profesional de los Cuerpos de Seguridad desde principios morales de los Derechos Humanos)*, Madrid, Dykinson, 2002

LÓPEZ-NIETO, F., "Seguridad Ciudadana y orden público", *El Consultor*, Madrid, 1992.

MAINAR ENE, J. M., "Una nueva policía mancomunada", *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 18, Madrid, setembre de 2008.

PALAU I MARGINET, A., *Conflictivitat competencial en matèria de seguretat pública*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.

PAREJO ALFONSO, L., *Seguridad pública y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

RECASENS BRUNET, A., "Les noves polítiques de seguretat", a *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núms. 6-7, desembre de 2000.

RECASENS BRUNET, A., *Comentarios al Código Europeo de Ética de la Policía*, Atelier, Barcelona, 2003.

SERVERA MUNTANER, J.L., *Ética policial*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1999

Capítol IV

L'ADOPCIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA COM A EINA PER AL BON GOVERN LOCAL

Ignacio Alamillo i Domingo
Advocat

SUMARI: 1. Introducció - 2. Les finalitats de la legislació d'Administració electrònica - 3. Els drets dels ciutadans en les relacions electròniques amb les administracions - 4. La implementació de bones pràctiques en l'Administració electrònica -4.1. En la seu electrònica i el tauler d'anuncis -4.2. En els mecanismes d'identificació i autenticació -4.3. En l'actuació administrativa automatitzada -4.4. En les evidències electròniques - **5. Conclusions**

1. Introducció

L'adopció de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) representa una oportunitat per a millorar la gestió dels assumptes públics[169], i alhora un dret dels ciutadans i ciutadanes, consagrat per l'article 6 de la Llei estatal 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics i desenvolupat a les lleis catalanes 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya i 29/2010, de 3 d'agost, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya.

Cal indicar que la Llei estatal 11/2007 resulta aplicable a totes les administracions públiques territorials i a les entitats de dret públic que estan vinculades o que en depenen[170], mentre que la Llei catalana 26/2010 resulta aplicable a[171]:

a) L'Administració de la Generalitat.
b) Les entitats que integren l'Administració Local.
c) L'Administració pròpia d'Aran.
d) Els organismes autònoms i les entitats públiques dependents o vinculats a qualsevol de les administracions públiques catalanes quan exerceixen potestats administratives.

---

[169] GARCÍA RUBIO, F., *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa: Un estudio sobre las repercusiones en la Administración Local*, Colección Estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

[170] D'acord amb l'article 2.1.a), tot i que l'aplicació resta limitada al que expressa la disposició final primera de la mateixa llei, que indica els articles d'aquesta amb caràcter bàsic i modula l'aplicació del títol IV de la Llei, amb excepció de l'article 42, a les administracions públiques en la mesura que aquestes participin o s'adscriguin als òrgans de cooperació o instruments que s'hi preveuen.

[171] D'acord amb l'article 3 de la Llei.

e) Els consorcis en què participen majoritàriament les administracions, els organismes i les entitats públiques inclosos en aquest article, i també les entitats públiques que depenen dels consorcis o hi estan vinculades, quan exerceixen potestats administratives.
f) Les entitats creades per llei del Parlament no dependents ni vinculades a l'Administració de la Generalitat quan exerceixen potestats administratives.

Així mateix, la Llei catalana 26/2010 resulta supletòriament aplicable a les corporacions de dret públic de Catalunya quan exerceixen potestats administratives[172], i estableix obligacions concretes en matèria d'administració electrònica a les societats i les fundacions del sector públic dependents o vinculades a les administracions públiques de Catalunya[173].

Per la seva banda, la Llei catalana 29/2010 resulta aplicable a[174]:

a) L'Administració de la Generalitat i els ens locals, i també les entitats públiques vinculades o que en depenen, sens perjudici del principi d'autonomia local que estableix l'article 159.6 de l'Estatut d'autonomia[175].
b) Els consorcis, les fundacions en què és majoritària la presència o la participació de les entitats esmentades en la lletra a, directament o indirectament, i les associacions i les societats constituïdes exclusivament per les entitats esmentades en la lletra a.
c) Les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, amb independència funcional o amb una autonomia especial reconeguda per la Llei, que tinguin atribuïdes funcions de regulació o de control extern sobre un sector o una activitat determinats.
d) Les universitats públiques, en el marc de llur autonomia i d'acord amb llur normativa específica.

Així mateix, la Llei catalana 29/2010 resulta aplicable als concessionaris de serveis públics en llurs relacions amb les administracions públiques i amb els ciutadans, si així ho disposa el títol concessional o ho aproven llurs òrgans de govern, i les corporacions de dret públic, en tots dos casos quan exerceixen potestats administratives.

---

[172] D'acord amb la disposició addicional primera de la Llei.
[173] En virtut de la disposició addicional desena de la Llei, aquestes entitats, que es troben excloses de la Llei estatal 11/2007, han de possibilitar la comunicació amb les persones per mitjans electrònics; la prestació de llurs serveis per mitjans electrònics, si escau, i informar sobre llurs serveis i activitats per mitjà d'un web propi.
[174] D'acord amb l'article 2.1 de la Llei.
[175] En relació amb els ens locals, cal indicar que, d'acord amb el que determina la disposició addicional tercera de la Llei, les disposicions del títol III són aplicables als ens locals de Catalunya, d'acord amb llurs disponibilitats pressupostàries i les característiques demogràfiques, organitzatives, de dimensió i de capacitat de gestió que tenen. En tots els casos i atenent aquestes característiques, el Pla de desenvolupament de l'ús dels mitjans electrònics del sector públic de Catalunya ha de preveure un calendari per a la seva aplicació progressiva, el qual ha de tenir en compte les disponibilitats dels recursos corresponents per a la seva consecució.

Amb l'adopció de la normativa d'administració electrònica es pretén la millora i la modernització dels serveis públics[176], i alhora ampliar la participació en aquesta, així com aconseguir la inclusió de principis de gestió moderna com el de "responsabilitat" o "compliment d'objectius"[177], de forma que es pot dir que aquesta llei, així com el seu desenvolupament, suposa un avenç d'excepcional importància en l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació (en endavant, les TIC) per part de les administracions públiques, en tots els nivells, incloent-hi els governs locals.

En sentit similar, expressa l'exposició de motius de la Llei catalana 29/2010 la seva voluntat de contribuir precisament a avançar en aquest procés de transformació de les administracions públiques catalanes a regular el paper dels mitjans electrònics per facilitar la consolidació d'unes administracions públiques que, sobre la base de l'ús dels mitjans electrònics, millorin l'eficiència interna i facilitin les relacions interadministratives i les relacions amb els ciutadans; i indica que la Llei persegueix millorar la transparència, l'eficàcia i la qualitat del sector públic a Catalunya per mitjà de l'ús dels mitjans electrònics en les relacions entre les entitats del sector públic, els ciutadans, les empreses i les organitzacions.

Tot i això, la simple adopció de les tècniques i els processos d'administració electrònica resulta insuficient per garantir els drets dels ciutadans en un entorn de millors pràctiques en la gestió pública, sinó que resulta necessari entendre correctament i implementar determinades configuracions de les institucions regulades per la legislació, tant per maximitzar el dret dels ciutadans com per evitar crear una administració electrònica tan burocràtica i ineficient com l'administració tradicional, com hem indicat en un altre lloc[178].

En aquest sentit, resulta imprescindible recordar les principals novetats contingudes en aquesta normativa, indicant algunes propostes d'orientació i implementació per aconseguir el bon govern, al qual, en definitiva, serveix l'estructura burocràtica de

[176] Tot i que el títol de la llei es refereix a "l'accés als serveis públics", de la lectura del text de la Llei es desprén immediatament que en realitat es tracta d'una veritable norma de procediment administratiu electrònic comú, adreçada a les administracions públiques territorials i als seus organismes i entitats dependents. Com indica la doctrina, cal centrar la càrrega semàntica dels serveis públics en la seva acepció genèrica (Escola de Bordeus), referida a la funció administrativa en sentit ampli, fins i tot la realitzada per les entitats amb personificació privada, hipòtesi que cedeix davant el tenor literal de l'article 2 de la Llei. Cfr. GAMERO CASADO, E., "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica: su posición en el sistema de fuentes", *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, 2007.

[177] BARRIUSO ORTIZ, C., *Administración electrónica*, Librería-editorial Dykinson, 2007.

[178] ALAMILLO DOMINGO, I., "La firma electrónica en la Administración Pública", a *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario, Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, juliol 2004.

l'Administració, que en forma electrònica pot fer sentir al ciutadà "ben administrat" i "correctament respectat"[179].

Com ha indicat l'OCDE, la implantació de les tecnologies de la informació i les comunicacions, i en particular la prestació dels seus serveis a través d'Internet, ha d'esdevenir un factor de canvi d'allò que fa el govern i com ho fa, al voltant de cinc àrees: l'e-Govern orientat a l'usuari, la distribució multicanal de serveis, l'enfocament en els processos de negoci més habituals, el govern electrònic com a cas de negoci i la coordinació[180], àrees algunes de les quals podem veure reflectides en la Llei estatal 11/2007, sempre que s'apliqui mitjançant bones pràctiques.

Al contrari, un desplegament incorrecte de les tecnologies de la informació i la comunicació, sense controls de bon govern, podria implicar abusos informàtics per part dels poders públics sobre la població, situació que ha estat qualificada de dictadura tecnològica per un sector de la doctrina[181], risc possiblement avui en dia conjurat per la legislació de protecció de dades personals.

Així mateix, també cal tenir en compte altres normatives que, tot i ser prèvies a la Llei estatal 11/2007, presenten aspectes molt interessants en relació amb els governs locals, ja que aborden qüestions en què no entra de forma suficient la citada Llei. En particular, aspectes com la transparència en l'actuació de les administracions[182] o la participació dels ciutadans i ciutadanes es tracten de forma insuficient en la Llei estatal 11/2007, dèficits que es poden corregir en forma de millors pràctiques.

Precisament en relació amb la participació, l'entorn local és un espai idoni per tal que els ciutadans expressin les seves necessitats i preferències sobre les qüestions que els afecten, de manera que les tecnologies de la informació i la comunicació poden reforçar la democràcia local significativament, oferint informació de caràcter institucional, desenvolupant aplicacions de participació electrònica, fins arribar a la votació electrònica[183]; sense perjudici de reconèixer que el simple fet de la disponibilitat de

---

[179] TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

[180] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *E-Gobierno para un mejor gobierno*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2008.

[181] DAVARA ORTIZ, M.A., *De las autopistas de la información a la sociedad virtual*, Aranzadi, 1996.

[182] La doctrina ha insistit sovint en el fet que, tot i que la llei d'accés ha establert una disciplina força estricta en la seu electrònica, amb l'objectiu fonalmental de garantir l'accessibilitat, l'exactitud, la seguretat i la qualitat de la informació que ofereixen les administracions públiques, s'ha desaprofitat l'oportunitat d'establir obligacions de transparència. Cfr. VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2a ed., editorial Comares, 2007.

[183] GALVÁN RUIZ J. i GARCÍA LÓPEZ P., *La administración electrónica en España*, Colección Fundación Telefónica, Instituto Nacional de Administración Pública, Ed. Ariel, 2007.

tecnologies de la informació i la comunicació no és suficient per augmentar les capacitats comunicatives dels ciutadans ni el seu interès per la política[184].

2. Les finalitats de la legislació d'Administració electrònica

Com és conegut, la Llei estatal 11/2007 té per objecte reconèixer el dret dels ciutadans a relacionar-se amb les administracions públiques per mitjans electrònics, així com regular els aspectes bàsics de l'ús de les TIC en l'activitat administrativa, les relacions entre les administracions públiques i les relacions dels ciutadans amb les administracions públiques.

Les finalitats essencials de la Llei estatal 11/2007 són diverses:

- Garantir els drets dels ciutadans.
- Garantir un tractament comú dels ciutadans davant de les administracions.
- Garantir la validesa i l'eficàcia de l'activitat administrativa en condicions de seguretat jurídica.
- Obligar les administracions a emprar les TIC d'acord amb la Llei, assegurant la disponibilitat, l'accés, la integritat, l'autenticitat, la confidencialitat i la conservació de les dades, informacions i serveis, cosa que connecta amb la necessitat d'establir polítiques de seguretat de la informació per part de les administracions públiques, com hem exposat en un altre lloc[185].

Com hem anticipat anteriorment, però, simplement l'ús de les TIC no garanteix un conjunt de millors pràctiques de bon govern local, sinó que cal seleccionar i implementar un conjunt de controls mínims, que de fet van més enllà de les previsions legals de la Llei estatal 11/2007, i que presentarem a continuació.

En relació amb l'àmbit d'aplicació de la Llei estatal 11/2007, abasta a l'administració general de l'Estat, a les administracions de les comunitats autònomes, a les entitats que integren l'Administració Local i a les entitats de dret públic que en depenen, per una banda; i és també aplicable als ciutadans i ciutadanes, en les seves relacions amb totes les administracions públiques; finalment, i de forma instrumental per garantir els drets dels ciutadans i ciutadanes, a les relacions entre les diferents administracions públiques[186].

---

[184] CARDENAL, A.S. i BATLLE, A., "La utopía virtual: Una crítica al cyberoptimismo desde la teoría de la elección racional", a *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 3, ed. UOC, 2006.

[185] ALAMILLO DOMINGO I., "L'Administració com impulsora de l'ús d'eines de seguretat en les relacions amb la ciutadania. La identitat i la capacitat electrònica", a *Llibre Blanc de la Seguretat dels Negocis a Internet*, Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona, 2007.

[186] En conseqüència amb aquesta orientació, gran part de la Llei és bàsica: en concret, els articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8.1, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21.1,21.2, 22, 23, 24.1, 24.2, 24.3, 25, 26, 27, 28, 29.1, 29.2, 30, 32, 35, 37.1, 38, 42, l'apartat 1 de la disposició addicional primera, la disposició addicional quarta, la disposició transitòria única i la disposició final tercera.

La Llei estatal 11/2007 no s'aplica a les activitats de les administracions públiques desenvolupades en règim de dret privat, la qual cosa implica que en aquests casos les actuacions electròniques d'aquestes restaran subjectes a la legislació de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic[187].

Les finalitats de la Llei estatal 11/2007 es poden presentar agrupades de la següent manera:

- Facilitar l'exercici dels drets i el compliment dels deures per mitjans electrònics, l'accés electrònic dels ciutadans a la informació i al procediment administratiu, i promoure la proximitat amb el ciutadà i la transparència administrativa.
- Crear condicions de confiança (intimitat, protecció de dades personals, garantia de seguretat), la qual cosa connecta clarament amb l'establiment d'un conjunt de bones pràctiques en el govern local.
- Contribuir a la millora del funcionament intern de l'Administració mitjançant les TIC, així com simplificar els procediments administratius i proporcionar oportunitats de participació i més transparència.
- Contribuir al desenvolupament de la societat de la informació.

Resulta particularment interessant la menció a la creació de les condicions de confiança en els mitjans electrònics, que necessàriament implica la determinació de les millors pràctiques en l'ús de les TIC.

Els principis de la Llei estatal 11/2007, que ja es podien trobar en alguns instruments previs com el model d'ordenança d'administració electrònica de Localret o l'ordenança reguladora de l'administració electrònica de l'ajuntament de Barcelona, són els següents:

- Respecte a la protecció de dades de caràcter personal, a l'honor i a la intimitat personal i familiar.
- Igualtat, per evitar que les TIC suposin discriminacions pels ciutadans que no les empren.
- Accessibilitat a la informació i als serveis electrònics, disseny segur i accessible per múltiples canals.
- Legalitat, mantenint la integritat de les garanties de la Llei estatal 30/1992.
- Cooperació en la utilització de les TIC per les administracions, en especial interoperabilitat i reconeixement mutu dels documents electrònics i de la identitat electrònica.
- Seguretat en la implantació i ús de les TIC.
- Proporcionalitat en les exigències de seguretat i identificació.
- Responsabilitat i qualitat en la veracitat i autenticitat dels serveis i informacions.

[187] VALERO TORRIJOS J., "La prestación de servicios de la sociedad de la información por la Administración municipal: Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados con Internet", a *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinari, Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, juliol 2004.

- Neutralitat tecnològica i d'adaptabilitat al progrés. Ús d'estàndards oberts.
- Simplificació administrativa.
- Transparència i publicitat del procediment.

En aquest cas, destaca el principi dedicat a la transparència i la publicitat del procediment, que de nou no resulta especialment ben tractat en la Llei estatal 11/2007. En aquest sentit, cal destacar el títol III de la Llei catalana 29/2010, que concreta la informació del sector públic i la participació de la ciutadania i de les empreses per mitjans electrònics.

L'article 4 de la Llei catalana 29/2010 recull els principis informadors, que de manera expressa consideren la transparència i la participació, la qualitat i l'eficàcia, l'eficiència i l'economia:

- Transparència, que implica que les entitats del sector públic han de promoure l'accés a l'estat de les tramitacions administraves i la informació que consta als seus arxius, d'acord amb el que preveu l'ordenament jurídic, així com l'establiment de mecanismes de participació activa en les decisions públiques i en la rendició de comptes.
- Qualitat, que implica que les entitats del sector públic han d'adoptar les mesures necessàries per tal que la difusió d'informació pública i la tramitació dels procediments administratius a través dels mitjans electrònics satisfacin les necessitats dels seus destinataris i facilitin l'assoliment de les finalitats previstes en aquesta Llei.
- Eficàcia, eficiència i economia, que implica que les entitats del sector públic han d'adoptar les mesures necessàries per a què la difusió d'informació pública i la tramitació dels procediments administratius a través dels mitjans electrònics satisfacin les necessitats dels seus destinataris i facilitin l'assoliment de les finalitats previstes en aquesta Llei.

Pel que fa a la transparència i la participació, cal considerar molt favorablement la inclusió d'un títol específic dedicat a aquesta matèria en la Llei catalana 29/2010, amb previsions específiques relatives a la qualitat de la informació del sector públic, a la comunicació de la ciutadania i les empreses amb les entitats del sector públic a través de mitjans electrònics i a les mesures per al foment de l'ús dels mitjans electrònics en les relacions entre el sector públic i els ciutadans i les ciutadanes.

En concret, l'article 9 de la Llei catalana 29/2010 obliga a les entitats del sector públic de Catalunya a difondre informació actualitzada, objectiva, útil i accessible; a establir els instruments adequats a fi que els ciutadans puguin sol·licitar que es corregeixi la informació difosa si aquesta no compleix els requisits; i a indicar la unitat, l'òrgan o l'organisme responsable de la difusió de la informació que ha de vetllar perquè es compleixin les anteriors obligacions.

Per la seva part, l'article 10 de la mateixa Llei catalana 29/2010 concreta el catàleg mínim d'informacions que totes les entitats del sector públic de Catalunya han de difondre per mitjans electrònics[188], incloent-hi, en el cas dels ens locals, les actes de les sessions del ple, sempre tenint en compte els principis i les garanties que estableix la normativa de protecció de dades i la de protecció del dret a l'honor i a la intimitat, i concretant que s'hi poden incloure dades de caràcter personal sense comptar amb el consentiment de la persona interessada, si es tracta de dades referents a actes debatuts al ple de la corporació o a disposicions objecte de publicació en el butlletí oficial corresponent, la qual cosa pot resultar criticable si considerem que en casos idèntics (per exemple, acords de bestretes de sou) les dades personals dels afectats seran objecte de publicació en funció de si hi ha hagut debat o no, en lloc d'en funció de la sensibilitat o pertinència de la publicació de les dades.

D'altra banda, l'article 12 de la Llei catalana 29/2010 estableix l'obligació de les entitats del sector públic de fomentar l'ús dels mitjans electrònics per a canalitzar la participació dels ciutadans i les empreses en l'activitat administrativa, i també en els tràmits d'informació pública en l'elaboració de disposicions de caràcter general, previsió que, en el cas de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, es troba més desenvolupada en l'articulat de la Llei catalana 26/2010; concretant el mateix article dos instruments específics de participació com són la gestió electrònica dels òrgans col·legiats en què participen ciutadans i empreses, i l'ús de tecnologies de xarxa social[189] per a facilitar la construcció de comunitats virtuals de ciutadans i empreses amb interessos comuns o connexos i facilitar-ne la canalització cap a les entitats del sector públic, la qual cosa podria implicar l'adopció de models d'identitat nous en l'espai de l'administració electrònica[190].

3. Els drets dels ciutadans en les relacions electròniques amb les administracions

Sense cap mena de dubte, la part més rellevant de la Llei estatal 11/2007 es troba en els drets dels ciutadans i ciutadanes[191], i, en concret, en l'anomenat dret a la relació electrònica amb les administracions públiques utilitzant mitjans electrònics, en relació

---

[188] L'article 11 de la Llei catalana 29/2010 indica que algunes informacions necessàriament han de ser difoses emprant la seu electrònica, i autoritza la difusió d'informacions a través de mitjans electrònics diferents de la pròpia seu, i en particular mecanismes que en permetin el coneixement per persones amb discapacitat o amb dificultats especials.

[189] El projecte e-Catalunya de la Generalitat de Catalunya (http://ecatalunya.gencat.net/portal/index.jsp) es pot considerar una experiència pionera en aquest aspecte.

[190] En un altre lloc hem exposat algunes condicions relatives a una participació electrònica basada en la preservació de la privadesa dels ciutadans, mitjançant l'ús de sistemes de signatura electrònica amb pesudònim: ALAMILLO DOMINGO, I. et alia, "La identidad y la firma electrónica en la participación electrónica", *Nuevas Tecnologías, Administración y participación ciudadana*, Comares, 2010.

[191] Vegeu, en general, CERRILLO MARTÍNEZ, A., *e-Administración*, Editorial UOC, 2008; VALERO TORRIJOS J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2a ed., editorial Comares, 2007.

amb l'article 35 de la Llei estatal 30/1992, que es manifesta en la possibilitat d'obtenció d'informació, realització de consultes i al·legacions, formulació de sol·licituds, manifestació de consentiment, establiment de pretensions, realització de pagaments i de transaccions, i oposició a les resolucions i actes administratius[192].

Addicionalment, la legislació d'administració electrònica a Catalunya concreta els següents drets:

- Dret a elegir el canal de relació electrònica, dels disponibles[193], així com a la igualtat en l'accés electrònic als serveis de les administracions públiques[194].
- Dret a no aportar dades i documents en poder de les administracions públiques, sempre que es doni consentiment per obtenir-los electrònicament[195], que es configura com una evolució i ampliació del dret ja reconegut a la Llei estatal 30/1992.
- Dret a conèixer per mitjans electrònics l'estat de tramitació dels procediments[196], així com a obtenir còpies electròniques dels documents electrònics que formin part de procediments en què tinguin la condició d'interessat[197]; o de forma correlativa als anteriors, a la conservació en format electrònic per les administracions dels documents electrònics que formin part d'un expedient[198], drets que aprofundeixen en la transparència administrativa que resulta de la crisi del model burocràtic i secret de l'Administració pública anterior a la Constitució Espanyola i, de fet, a la Llei estatal 30/1992[199].
- Dret a obtenir els mitjans d'identificació electrònica, en especial el DNI electrònic[200], així com utilitzar altres sistemes de signatura electrònica admesos en l'àmbit de les administracions[201]; i en general, a la garantia de la seguretat i confidencialitat de dades[202].
- Dret a la qualitat dels serveis públics prestats per mitjans electrònics[203].
- Dret a elegir aplicacions o sistemes per relacionar-se amb les administracions, sempre que estiguin basats en estàndards oberts o d'ús generalitzat[204].
- Dret a un espai personalitzat en les relacions del sector públic de Catalunya amb els ciutadans i les empreses[205].

---

[192] En el mateix sentit, pràcticament, es manifesta l'article 24.1 de la Llei catalana 26/2010, que a més es refereix al dret dels ciutadans a obtenir còpia de la informació publicada a la seu electrònica.

[193] Article 6.2.a) de la Llei estatal 11/2007 i article 24.2 de la Llei catalana 26/2010.

[194] Article 6.2.c) de la Llei estatal 11/2007 i articles 21, 23.1.a) i 24.6 de la Llei catalana 26/2010.

[195] Article 6.2.b) de la Llei estatal 11/2007 i article 22.1.e) de la Llei catalana 26/2010.

[196] Article 6.2.d) de la Llei estatal 11/2007 i articles 22.1.f) i 26 de la Llei catalana 26/2010.

[197] Article 6.2.e) de la Llei estatal 11/2007 i article 26 de la Llei catalana 26/2010.

[198] Article 6.2.f) de la Llei estatal 11/2007 i article 24.4.b) de la Llei catalana 26/2010.

[199] CERRILLO MARTÍNEZ, A., "e-Información: Hacia una nueva regulación del acceso a la información", a *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, Ed. UOC, 2005.

[200] Article 6.2.g) de la Llei estatal 11/2007 i article 24.5 de la Llei catalana 26/2010.

[201] Article 6.2.h) de la Llei estatal 11/2007, article 24.5 de la Llei catalana 26/2010 i article 14 de la Llei catalana 29/2010.

[202] Article 6.2.i) de la Llei estatal 11/2007 i article 24.4.a) de la Llei catalana 26/2010.

[203] Article 6.2.j) de la Llei estatal 11/2007 i article 23 de la Llei catalana 26/2010.

[204] Article 6.2.k) de la Llei estatal 11/2007.

Quant a la defensa dels drets dels ciutadans, cal dir que en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat, es crea la figura del Defensor de l'usuari de l'administració electrònica, mitjançant una previsió sense caràcter bàsic, el que permetria assignar, en la nostra opinió, aquesta responsabilitat als diferents síndics de greuges municipals.

La Llei estatal 11/2007 estableix el que denomina garantia de prestació de serveis i disposició de mitjans i instruments electrònics, expressant que totes les administracions han d'habilitar diferents canals o mitjans per a la prestació dels serveis electrònics[206], garantint l'accés a tothom, tot i que després, com succeeix amb la majoria d'obligacions de la Llei, aquesta garantia queda subjecta a les disponibilitats pressupostàries, en l'àmbit de les comunitats autònomes i dels governs locals.

Els drets es podran exercir en relació amb la totalitat de procediments de l'Administració General de l'Estat a partir del 31 de desembre de 2009, mentre que en el cas de les comunitats autònomes i de les entitats que integren l'Administració Local, com ja s'ha indicat anteriorment, l'efectivitat del dret es troba condicionada a les disponibilitats pressupostàries de cada ens[207].

Això no vol dir que els drets no existeixin i no siguin exigibles ja; vol dir que no són exigibles en relació amb la totalitat dels procediments, i per tant resta en mans de cada administració pública establir les prioritats quant als procediments que informatitza.

En la nostra opinió, resulta una bona pràctica l'establiment d'algunes orientacions que redueixin significativament aquesta discrecionalitat, especialment en l'àmbit de la gestió. En aquest sentit, entenem que cal insistir en el fet que els governs locals impulsin l'ús dels mitjans electrònics com a forma ordinària i habitual de treball, dotant-se de les infraestructures, sistemes i aplicacions que resultin necessaris.

En relació amb les prioritats de l'aplicació de les TIC a la gestió, cal promoure la realització íntegrament electrònica dels procediments de contractació pública, gestió de subvencions, gestió de la secretaria, de la intervenció i de la tresoreria dels ens locals, amb la necessitat de justificar l'ús de mecanismes no electrònics, ja que la digitalització

---

[205] Article 13 de la Llei catalana 29/2010.

[206] Previsió que també podem trobar a l'article 24.4.a) de la Llei catalana 26/2010.

[207] També la disposició final segona de la Llei catalana 26/2010 ha establert aquest condicionant, sense perjuici que la mateixa disposició indiqui que en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat i dels organismes i entitats públiques que hi estan vinculats o en depenen, els drets que reconeix aquesta llei poden ésser exercits en relació amb la totalitat dels procediments i les actuacions de llur competència a partir de l'1 de gener de 2012, d'acord amb les disponibilitats pressupostàries de cada departament, organisme i entitat pública. Amb aquesta finalitat, en el termini de tres mesos des de l'entrada en vigor de l'esmentada llei, el Govern ha d'establir i fer públic un calendari d'adaptació gradual de tots els procediments i les actuacions que ho requereixin. Cfr. també la disposició addicional tercera de la Llei catalana 29/2010.

intensiva d'aquests sistemes permet la implementació de sistemes datacèntrics de control de desviacions i increment d'eficiències.

En aquest sentit datacèntric, resulta una millor pràctica preveure l'accés total per part dels òrgans de fiscalització i control a les dades, per a la realització de les seves funcions, si s'escau de manera automatitzada.

Per una altra banda, ens resulta molt necessari aplicar les TIC al funcionament dels òrgans de govern, a partir de l'habilitació conferida per la Llei estatal 11/2007 i recollida ja de forma ordinària per la Llei catalana 26/2010, per a la qual cosa cal garantir l'accés electrònic a la informació necessària.

Finalment, en la nostra opinió és una millor pràctica absolutament necessària, en relació amb la seguretat jurídica, la publicació d'ordenances municipals que concretin en cada moment els drets efectivament exigibles per part dels ciutadans.

4. La implementació de bones pràctiques en l'Administració electrònica

4.1. En la seu electrònica i el tauler d'anuncis

Regulada a l'article 10 de la Llei estatal 11/2007, la seu electrònica és l'adreça electrònica disponible per als ciutadans a través de xarxes de telecomunicacions la titularitat, gestió i administració de la qual correspon a una administració pública, òrgan o entitat administrativa en l'exercici de les seves competències.

El seu establiment comporta la responsabilitat del titular respecte de la integritat, veracitat i actualització de la informació i els serveis als quals es pugui accedir a través d'aquesta, d'acord amb les necessàries previsions reglamentàries, ja que cada administració pública ha de determinar les condicions i els instruments de creació de les seus electròniques, d'acord amb els principis de publicitat oficial, responsabilitat, qualitat, seguretat, disponibilitat, accessibilitat, neutralitat i interoperabilitat. En tot cas, cal garantir la identificació del titular de la seu, així com els mitjans disponibles per a la formulació de queixes i suggeriments, la qual cosa ja de per si constitueix una inicial pràctica de bon govern, en aquest cas consagrada legalment.

No s'esmenta a la Llei estatal 11/2007 l'obligació de cada administració de disposar, com a mínim, d'una seu electrònica, tot i que aquesta obligació es podria inferir de l'obligació de tenir un sistema de registres electrònics suficients, i és requisit indispensable per la implementació de bones pràctiques en la relació electrònica amb els ciutadans.

En concret, en la nostra opinió constitueix una bona pràctica establir una norma que comprometi els governs locals a publicar un conjunt mínim d'informacions, tant de tipus organitzatiu com relatiu a la gestió municipal, en relació amb els pressupostos

municipals, la gestió pressupostària, de les alienacions de sòl o integració de superfícies, de la plantilla orgànica, dels acords adoptats...[208] o més recentment, d'acord amb les recomanacions de l'Assemblea del Consell General de Col·legis Oficials de Secretaris/ies, Interventors/es i Tresorers/es d'Administració Local, de data 21 de novembre del 2009, per lluitar contra la corrupció. En aquest sentit, cal valorar molt positivament el contingut de l'article 10 de la Llei catalana 29/2010.

Per la seva banda, l'article 12 de la Llei estatal 11/2007 conté una autorització legal expressa per a publicar, en un tauler d'anuncis electrònic, els actes que per disposició legal o reglamentària s'hagin de publicar en forma d'anuncis o edictes.

El tauler electrònic es troba a la seu electrònica corresponent, amb elevades mesures de seguretat, però amb accés lliure. El tauler electrònic pot complementar o substituir el tauler tradicional, d'acord amb la decisió purament discrecional de cada administració, tot i que pot resultar una bona pràctica que sempre existeixi el tauler, i publicar-hi obligatòriament una sèrie de continguts mínims.

Aquesta possibilitat de publicació en el tauler d'anuncis hauria de ser regulada amb més precisió, especialment en atenció als possibles conflictes amb la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

Així, resulta adient establir la necessitat que el tauler sigui d'accés anònim, i lliure, sense perjudici de la possibilitat d'establir mecanismes de subscripció, recerca i accés personalitzat dels ciutadans a les seves informacions pròpies, la qual cosa els permetria, de forma voluntària, obtenir alertes relatives a la seva pròpia informació i, d'aquesta manera, incrementar la transparència i l'efectivitat del sistema de tauler.

4.2. En els mecanismes d'identificació i autenticació

La Llei estatal 11/2007 estableix la possibilitat de l'ús de diversos mecanismes d'acreditació (identificació i autenticació) dels òrgans administratius en la comunicació electrònica (autenticació multinivell).

El seu ús ha de concretar-se en la normativa aplicable a cada procediment d'acord amb criteris de seguretat i proporcionalitat. Es tracta d'un mètode de determinació de mesures de seguretat pels procediments administratius basat en l'anàlisi de riscs i en l'ús de múltiples sistemes tècnics, que per una banda suposa una certa continuació dels criteris continguts a la Llei estatal 30/1992, mentre que per una altra banda finalitza amb la tendència a l'adopció de la signatura electrònica reconeguda com a paradigma de la identificació i l'autenticació.

[208] SÁNCHEZ BLANCO, A., *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, 2000.

Les administracions públiques podran utilitzar els següents sistemes per a la seva identificació electrònica i per a l'autenticació dels documents electrònics que produeixin:

a) Sistemes de signatura electrònica basats en la utilització de certificats de dispositiu segur o mitjà equivalent que permeti identificar la seu electrònica i l'establiment amb ella de comunicacions segurs.
b) Sistemes de signatura electrònica per a l'actuació administrativa automatitzada.
c) Signatura electrònica del personal al servei de les administracions públiques.
d) Intercanvi electrònic de dades en entorns tancats de comunicació, conforme a allò específicament acordat entre les parts.

Cada administració determina els casos d'ús de cada sistema d'acreditació de la identitat i voluntat, i cal reconèixer que l'elecció d'uns tipus de sistemes en lloc d'altres pot implicar un diferent grau de qualitat i seguretat de les dades, així com de la traçabilitat dels expedients i de la responsabilitat dels òrgans administratius unipersonals signataris dels documents. Com va indicar ja inicialment la doctrina, un cop aconseguida la informatització, tant en l'àmbit de les comunicacions entre el ciutadà i l'Administració, com en el del tractament i seguiment dels expedients, així com el control del registre i arxiu de totes les actuacions, aquesta no serviria per a res sense una garantia en la identificació, tant personal com de l'òrgan[209].

En aquest sentit, sembla necessari, en la nostra opinió, proposar un conjunt de normes mínimes que constitueixen millors pràctiques en l'ús de la signatura electrònica, incloent-hi la necessitat de fer servir certificats de signatura electrònica reconeguda amb la indicació de la condició de l'òrgan.

4.3. En l'actuació administrativa automatitzada

L'actuació administrativa automatitzada es defineix com la "produïda per un sistema d'informació adequadament programat sense necessitat d'intervenció d'una persona física en cada cas singular. Inclou la producció d'actes de tràmit o resolutoris de procediments, així com de simples actes de comunicació". És a dir, permet la realització de procediments basats en l'anomenada informàtica jurídica decisional, basada en regles lògiques programades en el sistema, de manera que pot actuar en atenció a criteris predefinits[210], sovint en connexió als sistemes datacèntrics als quals ens hem referit anteriorment.

[209] DAVARRA ORTIZ, M.A., *Manual de derecho informático*, Aranzadi, 1997.
[210] Cfr. article 39 de la Llei estatal 11/2007 i article 44 de la Llei catalana 26/2010.

Resulta particularment rellevant l'experiència de l'Agència Estatal d'Administració Tributària[211], que utilitza aquestes tècniques, ja recollides als articles 96.3 i 100.2 de la Llei estatal 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, per a la detecció de discrepàncies o irregularitats en la seva base de dades consolidada, podent fins i tot iniciar de forma completament automàtica procediments de verificació de dades o de comprovació limitada.

L'actuació administrativa automatitzada es garanteix mitjançant el "segell d'administració, òrgan o entitat de dret públic", amb un nivell de garantia equivalent, si el sistema es configura de forma adequada, a la signatura electrònica reconeguda de l'òrgan, i pot representar una oportunitat molt important d'objectivar alguns tipus d'actuacions de la pròpia Administració, reduint els casos de desviacions basades en una discrecionalitat mal aplicada o detectant possibles casos de corruptela administrativa, la qual cosa, sense cap dubte, ha de redundar en l'increment de la confiança dels ciutadans envers les administracions.

En termes més generals, alguns usos del segell d'òrgan poden ser, entre d'altres, rebuts de registre telemàtic, actes de tràmit, digitalització de documents en paper, foliat electrònic d'expedients, còpies autèntiques de documents, resolucions administratives (amb una certa cautela) o notificacions telemàtiques.

En qualsevol cas, i com hem indicat en un altre lloc[212], la reglamentació de les possibilitats de l'actuació administrativa automatitzada és absolutament necessària, ja que no n'hi ha prou amb una habilitació legal genèrica, sinó que cal un desenvolupament en un segon nivell, al marge de determinats aspectes tècnics que poden ser objecte de regulacions de rang inferior.

D'altra banda, l'automatització requereix una decisió prèvia de l'òrgan competent que, en funció de la naturalesa de l'acte, determini per raons d'interès general la seva automatització, la qual cosa suposarà el desenvolupament d'unes tasques administratives, jurídiques i tècniques per fer efectiva aquesta automatització en el marc jurídic i tècnic aplicable, determinant les condicions de programació que garanteixin que el contingut de l'acte s'adequa a la finalitat prevista, amb una adequada concreció lògica i tècnica de les condicions de producció de l'acte.

L'aprovació d'aquests programes i especificacions no exclou una supervisió de la seva actuació, tant de caire intern com el que es derivi de la reacció del destinatari de l'acte que, amb caràcter general, pot reaccionar davant una actuació administrativa que

[211] Exposada per DELGADO GARCÍA, A.M. i OLIVER CUELLO, R., "La actuación administrativa automatizada. Algunas experiencias en el ámbito tributario", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007.

[212] ALAMILLO DOMINGO, I. i URIOS APARISI, X., *L'actuació administrativa automatitzada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metodològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2010.

l'afecta i que, tractant-se d'un acte administratiu automatitzat, podrà efectuar tant en relació amb el seu contingut (com es produeix amb qualsevol acte administratiu), com en relació amb les condicions de la seva automatització i, en funció dels casos, podria arribar a determinar la nul·litat de ple dret de l'actuació produïda.

4.4. En les evidències electròniques

La necessitat de gestionar evidències electròniques és un dels aspectes més importants a l'hora d'establir bones pràctiques d'administració electrònica, i és degut a la clara indefinició de la Llei estatal 11/2007 en aquesta matèria, que per una altra banda pot afectar al dret del ciutadà a la defensa judicial, per la particular problemàtica de l'aportació de la prova electrònica[213], incloent-hi la seva complexitat per una banda, el que fa imprescindible en la majoria de casos comptar amb la necessària perícia informàtica; i la fiabilitat d'una altra banda, ja que les noves tecnologies també ofereixen noves formes de manipulació de la realitat representada digitalment. En la seva conseqüència, per tal que la formalització d'una actuació de l'Administració es pugui considerar una prova judicialment, ha de superar el test d'admissibilitat de manera particularment intensa, complint amb les garanties d'integritat, autenticitat i licitud.

En primer lloc, pel que fa a les evidències electròniques dels actes de l'Administració, es considera necessari dotar els sistemes de publicació d'informacions d'un conjunt de mesures de seguretat a l'efecte de garantir la realitat de l'acte de publicació i l'accessibilitat efectiva a la informació, així com per protegir l'Administració en cas d'al·legació fraudulenta d'impossibilitat d'accés per part de tercers, mesures de seguretat que poden, fins i tot, implicar la comanda del servei a una entitat que actuï com a tercera part de confiança.

Com indica la doctrina, efectivament resulta molt rellevant la figura institucional del tercer de confiança, un nou tipus d'intermediari entre l'Administració i els ciutadans que permet superar els principals problemes de la prova electrònica, com són la volatilitat de la prova electrònica i el seu caràcter intrusiu, que en particular afecta la licitud de la font de prova i per tant podria ser causa de no-admissió en seu processal[214].

En segon lloc, pel que fa a les evidències electròniques documentals, la Llei estatal 11/2007 conté una autorització legal per emetre documents electrònics originals, sempre que incorporin signatura electrònica, i també indica l'obligació de datar electrònicament els documents, mitjançant una referència temporal, que s'ha de garantir a través de mitjans electrònics quan la naturalesa del document ho requereixi[215], ja que els sistemes

[213] De URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, Colección Derecho y TICs, ed. Tirant lo Blanch, 2009

[214] ANGUIANO JIMÉNEZ, J.M., "La prueba electrónica", a *Revista Justicia*, 2009.

[215] A diferència del que inicialment s'havia previst en el projecte de llei, que considerava absolutament factultatiu l'ús de la referència temporal, durant la tramitació del projecte es va considerar que la

de signatura electrònica, fins i tot els de signatura electrònica reconeguda a Espanya, no ofereixen prova del moment temporal del document, per la qual cosa resulta necessari combinar el seu ús amb sistemes que efectivament ofereixin garantia d'existència de les dades en un moment concret del temps[216].

La Llei estatal 11/2007 no determina cap pauta en relació amb els sistemes de referència temporal ni amb els casos en els quals cal fer-los servir, i això ofereix un marge important de discrecionalitat de l'Administració en quelcom tan sensible com la datació dels documents. Els sistemes de referència temporal amb garantia electrònica poden ser de diversos tipus, però no tots ofereixen, evidentment, les mateixes garanties. En concret resulta interessant l'ús de segells criptogràfics de data i hora, per evitar de manera efectiva l'avantdatat o postdatat dels documents.

Els segells de data i hora criptogràfics generen una signatura electrònica a partir dels continguts del document electrònic, a la qual afegeixen la data i l'hora procedent d'una font de temps oficial, protegida amb les corresponents mesures de seguretat informàtica, de manera que el document que incorpora el segell de data i hora realment garanteix en quin moment del temps existia.

Finalment, resulta important establir bones pràctiques en relació amb el diligenciat i la custòdia de les esmentades evidències electròniques[217], així com en l'accés de totes les parts a les mateixes, pràctiques que necessàriament caldrà tractar coordinadament amb la gestió dels expedients, considerant la necessària preservació dels documents electrònics i de les corresponents evidències electròniques.

En aquest sentit, la doctrina[218] ha realitzat diverses indicacions sobre els elements necessaris per al manteniment a llarg termini de les propietats de seguretat dels documents electrònics, que es poden considerar bones pràctiques per a la preservació.

---

incorporació de referència temporal havia d'esdevenir obligatòria. Cfr. SANZ LARRUGA, F.J., "Documentos y archivos electrónicos", *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, 2007.

[216] MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Colección Estudios de Derecho Mercantil, ed. Civitas, 1998.

[217] Particularment rellevant resulta l'aparició de plataformes de serveis específics de preservació i assegurament de l'evidència electrònica associada als documents arxivats, com en el cas de l'iArxiu promogut per l'Agència Catalana de Certificació, segons exposa NUALART MERCADÉ, R., "iArxiu: un servicio de custodia y preservación a largo plazo de documentos electrónicos", *El document electrónico. Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Col·lecció Estudis Jurídics, núm. 16, Universitat Jaume I, 2008.

[218] Vegeu, per tots, SOLER, J., *La preservación de los documentos electrónicos*, Ed. UOC, 2008; així com les experiències presentades en l'obra col·lectiva editada per BLASCO DÍAZ, J.L. i FABRA VALLS M.J., *El document electrónico. Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Col·lecció Estudis Jurídics, núm. 16, Universitat Jaume I, 2008.

5. Conclusions

L'Administració electrònica representa una oportunitat molt rellevant per a la millora dels processos de gestió de les administracions públiques, però també per a la millora de la governança, mitjançant la superació dels dèficits tradicionals en transparència i participació.

La Llei estatal 11/2007, i encara més el seu desplegament a Catalunya per les lleis 26/2010 i 29/2010, ha suposat un indubtable pas endavant en la consagració dels drets dels ciutadans a la relació electrònica amb les administracions públiques, tot i que la indefinició d'alguns elements institucionals permet diverses configuracions operatives, més o menys estrictes.

Conseqüentment, la simple adopció del mitjà electrònic, que pot ser molt parcial, no implica de manera natural l'adopció de bones pràctiques en la gestió pública, sinó al contrari, podria fins i tot generar nous problemes.

L'establiment d'uns principis rectors que orientin una concreta configuració de les institucions d'Administració electrònica, en canvi, pot ajudar a conjurar aquests perills. Entre aquests principis rectors podem situar els següents:

- L'increment de la transparència, que es plasma en l'ús de les TIC per a donar accés a informacions municipals als regidors de l'oposició, gestionar electrònicament els òrgans col·legiats, retransmetre les reunions dels òrgans plenaris per Internet, incrementar la participació ciutadana per via electrònica, publicar una sèrie d'informacions mínimes a la seu electrònica o l'obligació de disposar del tauler electrònic d'anuncis.

  En relació amb les informacions mínimes a publicar, s'han recollit, entre d'altres, les recomanacions de l'Assemblea del Consell General de Col·legis Oficials de Secretaris/àries, Interventors/res i Tresorers/res d'Administració Local, de data 21 de novembre del 2009, per lluitar contra la corrupció.

- L'increment de la seguretat jurídica i de la participació efectiva de la ciutadania, mitjançant una ordenança obligatòria que efectivament concreti els drets que ja es poden exercir, tant en relació amb el procediment administratiu, com en relació amb la participació per via electrònica.

- L'impuls a la dotació de sistemes de gestió de caire datacèntric, a partir de les dades contingudes en els expedients administratius, que permeti l'establiment de sistemes més eficients de detecció de possibilitats de millora i de desviacions, tant per part dels òrgans gestors, com pels òrgans de fiscalització i control.

- L'impuls a l'actuació administrativa automatitzada, que objectiva les decisions administratives mitjançant l'adequada programació del sistema automàtic, evitant tractes discriminatoris *ratione personae* i, per tant, reduint les possibilitats de desviacions de poder per part dels òrgans administratius.

- La producció d'evidències electròniques segures i de qualitat, mitjançant normes d'identificació i signatura electrònica aplicable als òrgans administratius i al personal al servei dels governs locals, que incrementen les garanties efectives en relació amb els actes administratius, siguin o no formalitzats documentalment, així com normes sobre evidència electrònica dels actes.

A partir d'aquests principis, que constitueixen una base teòrica per al bon govern de les administracions electròniques, maximitzant els drets dels ciutadans i les garanties i controls interns de les pròpies administracions, es desenvolupen normes concretes per a cada govern local, d'acord amb la potestat reglamentària i d'autoorganització, en aplicació del principi més general de bona administració.

Bibliografia

ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO, "L'Administració com impulsora de l'ús d'eines de seguretat en les relacions amb la ciutadania. La identitat i la capacitat electrònica", *Llibre Blanc de la Seguretat dels Negocis a Internet*, Cambra de Comerç, Indústria i Navegació de Barcelona, 2007.

ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO, "La firma electrónica en la Administración Pública", *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinari, Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, julio 2004.

ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO ET ALIA, "La identidad y la firma electrónica en la participación electrónica", *Nuevas Tecnologías, Administración y participación ciudadana*, Comares, 2010.

ALAMILLO DOMINGO, IGNACIO I URIOS APARISI, XAVIER, *L'actuació administrativa automatitzada en l'àmbit de les administracions públiques. Anàlisi jurídica i metodològica per a la construcció i explotació de tràmits automàtics*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2010.

ANGUIANO JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, "La prueba electrónica", *Revista e-Justicia*, 2009.

BARRIUSO ORTIZ, CARLOS, *Administración electrónica*, Librería-editorial Dykinson, 2007.

BLASCO DÍAZ, JOSÉ LUIS I FABRA VALLS, MODESTO J., *El documento electrónico. Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Col·lecció Estudis Jurídics, núm. 16, Universitat Jaume I, 2008.

CARDENAL, ANA SOFÍA I BATLLE, ALBERT, "La utopía virtual: Una crítica al cyberoptimismo desde la teoría de la elección racional", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 3, ed. UOC, 2006.

CERRILLO MARTÍNEZ, AGUSTÍ "E-Información: Hacia una nueva regulación del acceso a la información", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, ed. UOC, 2005.

CERRILLO MARTÍNEZ, AGUSTÍ, *e-Administración*, Ed. UOC, 2008.

DAVARA ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, De las autopistas de la información a la sociedad virtual, ed. Aranzadi, 1996.

DAVARA ORTIZ, MIGUEL ÁNGEL, *Manual de derecho informático*, ed. Aranzadi, 1997.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La valoración de la prueba electrónica*, Colección Derecho y TICs, ed. Tirant lo Blanch, 2009.

DELGADO GARCÍA, ANA MARÍA I OLIVER CUELLO, RAFAEL, "La actuación administrativa automatizada. Algunas experiencias en el ámbito tributario", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007.

GALVÁN RUIZ, JESÚS I GARCÍA LÓPEZ, PEDRO, *La administración electrónica en España*, Colección Fundación Telefónica, Instituto Nacional de Administración Pública, ed. Ariel, 2007.

GAMERO CASADO, EDUARDO, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración Electrónica: su posición en el sistema de fuentes", *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, ed. Aranzadi, 2007.

GARCÍA RUBIO, FERNANDO, *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa: Un estudio sobre las repercusiones en la Administración Local*, Colección Estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

MARTÍNEZ NADAL, APOL·LÒNIA, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Colección Estudios de Derecho Mercantil, ed. Civitas, 1998.

NUALART MERCADÉ, RAIMON, "iArxiu: un servicio de custodia y preservación a largo plazo de documentos electrónicos", *El documento electrónico. Aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*, Col·lecció Estudis Jurídics, núm. 16, Universitat Jaume I, 2008.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *E-Gobierno para un mejor gobierno*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2008.

SÁNCHEZ BLANCO, ÁNGEL, *Internet. Sociedad, empresa y poderes públicos*, ed. Comares, 2000.

SANZ LARRUGA, FRANCISCO JAVIER, "Documentos y archivos electrónicos", *La Ley de Administración Electrónica*. Comentario sistemático a la ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Aranzadi, 2007.

SOLER, JOAN, *La preservación de los documentos electrónicos*, ed. UOC, 2008.

TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ, *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

VALERO TORRIJOS, JULIÁN, "La prestación de servicios de la sociedad de la información por la Administración municipal: Especial referencia a los servicios de intermediación relacionados con Internet", *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinari, Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, juliol 2004.

VALERO TORRIJOS, JULIÁN, *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*, 2a edició, ed. Comares, 2007.

Capítol V

BON GOVERN A L'ÀMBIT DELS SERVEIS PÚBLICS LOCALS: DIAGNOSI DE LA SITUACIÓ

Dra. Judith Gifreu i Font
Professora Titular de Dret Administratiu (UAB)

SUMARI: 1. Punt de partida –2. L'establiment i la reglamentació dels serveis públics locals –3. Les formes de prestació dels serveis públics locals –4. La continuïtat, la igualtat i no-discriminació i la qualitat en la prestació dels serveis públics locals –5. El control sobre la prestació dels serveis públics locals –6. La transparència en els serveis públics. Publicitat i informació sobre els serveis públics locals –Bibliografia –Abreviatures.

1. Punt de partida

Els governs locals són l'expressió bàsica de l'organització democràtica de la comunitat ciutadana. Una bona gestió de les competències que aquests tenen reconegudes, especialment pel que fa a la prestació dels serveis públics, reforça els lligams entre els membres de la comunitat. Efectivament, mercès a les prestacions que aquests serveis reconeixen a favor de la població es pot construir un teixit social equilibrat i socialment just en què s'atenguin les necessitats de la comunitat local i es tingui cura dels sectors més desafavorits. Per això, es fa indispensable que els governs locals treballin amb la finalitat que la prestació dels serveis es faci de la manera més eficaç i democràtica possible[219], tot conreant i compartint bones pràctiques a favor d'aquest interès comú que haurien de guiar l'actuació administrativa des de la mateixa creació dels serveis, passant per la seva organització i la garantia de qualitat de les prestacions que aquests ofereixen als ciutadans-usuaris. Ja al segle XIV, el pensador medieval FRANCESC EIXIMENIS afirmava en el seu tractat *Regiment de la cosa pública* que aquesta "més i millor s'ha de mantenir amb bons costums que no pas amb armes", una màxima que es recollia en forma similar a la compilació *Constitutions y altres Drets de Cathalunya* amb aquestes paraules: "... justícia, pau i veritat del príncep amb què tot regne ha de ser governat valen el regne i més que el regne". Més proper als nostres dies, l'eminent jurista F. MASPONS i ANGLASELL ponderava en la seva obra *L'esperit del dret públic català* (1932) la necessitat que el Govern i l'Administració actuessin de forma exemplar guiats

[219] Vid. ANECHIARICO, F. i JACOBS, J.B., *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

per una aplicació excel·lent del dret, com a reflex de la justícia i de la llibertat, i no com un simple mandat legislatiu.

El principi de bona administració, de construcció jurisprudencial, és avui en dia un principi rector de l'activitat de les administracions i un dret de la ciutadania, recollit per primera vegada en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2000 i reconegut pel Tractat de Lisboa. L'article 22 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya el recull en el capítol I del títol II sota la rúbrica *Drets i deures dels ciutadans* i hi inclou, a més del foment de la participació ciutadana, els drets a què
sigui proporcional a la finalitat perseguida, a participar en la presa de decisions, a què les decisions administratives estiguin motivades, a obtenir resolució expressa de llurs peticions, a no aportar les dades o els documents

persones interessades. El nostre sistema jurídic preveu l'existència d'organismes estatutaris amb funcions de *watchdog* que vetllen per eradicar les males pràctiques i les conductes contràries al principi de legalitat: qualsevol actuació que pugui ser susceptible de subsumir-se en la categoria de *maladministration*[220] és objecte de supervisió pel Síndic de Greuges i, si porta afegida una gestió anòmala de fins públics, per la Sindicatura de Comptes i, arran de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, també per l'Oficina Antifrau de Catalunya.

Al fil d'aquesta mateixa preocupació secular, l'any 2005 la Generalitat de Catalunya va publicar l'*Informe sobre bon govern i transparència administrativa*[221] l'objecte del qual era la determinació dels principis que han d'orientar les actuacions de les administracions públiques catalanes i de llurs organismes i empreses.[222] L'informe centra la seva anàlisi i conclusions en l'Administració de la Generalitat i abasta l'actuació administrativa amb caràcter general, però una part de les seves consideracions són en bona mesura extrapolables a l'Administració Local i especialment a la gestió dels serveis públics locals.

Per tal d'abordar aquesta comesa, l'informe parteix d'una visió social de l'Administració Pública, una òptica no centrada en un cos o entitat jurídica aïllada en si mateixa sinó en una institució integrada en el context de la realitat nacional, amb els seus defectes i les seves virtuts. Des d'aquest punt de vista s'observa el sistema polític en general i les seves institucions (entre elles l'Administració) com un reflex de la

[220] La *maladministration* cobreix, entre altres, actuacions negligents, imprudents, incompetents, perverses, arbitràries… de l'Administració així com situacions en què no es garanteixen els drets dels ciutadans, no es dóna una resposta raonable a les seves peticions, etc. MANDESLTAM, M., *Community Care Practice and the Law*, 3a ed., J.K. Publishers, Londres, 2005, pp. 73 i 74.
[221] *Informe sobre bon govern i transparència administrativa*, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2005.
[222] Acord del Govern de la Generalitat de 21 de desembre de 2004.

societat, "una societat en canvi permanent, que reclama una Administració de qualitat a l'alçada de les seves necessitats, amb capacitat d'innovació, àgil i diligent en la resposta. Aquest clam, però, és més intens quan es fonamenta en l'existència d'una cultura democràtica, en la qual la ciutadania exerceix les virtuts cíviques, participa de manera compromesa en els afers públics, motivant i estimulant els canvis socials i institucionals en un esforç tenaç per assolir majors cotes de legitimitat democràtica." [223]

Aquesta afirmació referida a l'Administració en general cobra major sentit encara quan ens referim a l'Administració Local, tenint en compte que la doctrina jurídica i el nostre dret positiu (article 86 de l'EAC) consideren que l'essència mateixa dels governs locals, especialment dels municipis, és l'acostament del poder públic als ciutadans per tal de fer possible, a través d'aquesta, una major participació política, una més gran transparència de les institucions públiques i l'augment de l'eficiència dels serveis públics.

Però la realització d'aquests principis teòrics requereix una aplicació conscient i decidida d'aquests, que no sempre impera en el nostre dia a dia. Sovint els governs locals duen a terme les seves comeses, presten els seus serveis, obviant-los en major o menor mesura en perjudici de l'eficàcia i la democràcia d'aquesta gestió. En les properes planes provàrem d'assenyalar aquestes mancances a fi que la seva identificació pugui ésser un punt de partida per a la seva correcció.

2. L'establiment i la reglamentació dels serveis públics locals

La primera de les tasques que cal dur a terme en relació amb els serveis públics és la definició de la missió i de les obligacions que l'Administració assumeix vers els ciutadans-usuaris en la mesura que la bona o mala resolució d'aquest aspecte esdevé clau a l'hora d'escollir el *modus* de prestació i el seu control.

La Unió Europea, respectant alguns principis fonamentals, deixa als estats membres una gran llibertat d'acció a l'hora de definir els serveis públics. La Comissió Europea contempla especialment la llibertat dels estats membres per definir les prestacions d'interès general així com l'establiment de drets especials o exclusius per assegurar llurs comeses a les empreses que les tenen encomandes, reglamentar llur gestió i vetllar, si s'escau, pel seu finançament.[224] Sense anar més lluny, el Llibre blanc sobre els serveis d'interès general estableix que aquests constitueixen una responsabilitat compartida entre la Unió i els estats membres, si bé correspon de forma essencial a les autoritats competents de caràcter estatal o subestatal definir, organitzar, finançar i controlar els serveis d'interès general.

---

[223] *Informe ..., op. cit*, p. 10.

[224] "La liberté des États membres pour définir les missions d'intérêt général, octroyer les droits spéciaux ou exclusifs pour assurer ces missions aux entreprises qui en sont chargées, régler leur gestion et veiller le cas échéant à leur financement". Communication de la Commission européenne du 26/9/1996, *Les services d'intérêt général en Europe*, JOC 281/3.

S'estén doncs que l'establiment d'un servei públic pertany a l'esfera discrecional de l'Administració. La doctrina així ho ha considerat fins i tot en el cas en què la pròpia Llei hagués adoptat respecte d'això una decisió de principi, ja que aquest es presenta normalment com una simple autorització per a l'actuació de l'Administració més que com un veritable mandat.[225]

En l'àmbit local es fa necessari, però, matisar aquesta afirmació ja que tant la LBRL (article 26) com el TRLMC (article 67) defineixen diversos serveis locals com a serveis de prestació obligatòria per part dels municipis en funció del nombre d'habitants que tinguin. En aquest supòsit, l'obligatorietat del servei va acompanyada de l'apoderament que s'atorga als veïns per impugnar els pressupostos municipals en cas d'inexistència o insuficiència de les partides pressupostàries corresponents que permetin atendre aquells serveis (article 44.2 TRLMC) i fins i tot reclamar-ne el seu establiment acudint a la jurisdicció o demanar l'actuació del Síndic de Greuges amb la mateixa finalitat [articles 18.1 g) de la LBRL i 44.1 TRLMC].[226]

No obstant això, ni la LBRL ni el TRLMC no defineixen de forma detallada quines són les prestacions concretes que els municipis han d'oferir al ciutadans a través dels serveis esmentats. Tampoc ho fa la legislació sectorial, tret d'algunes excepcions com ara la Llei 6/1993, de 15 de juliol, reguladora dels residus. Per tant, continua quedant en molt bona part en mans de l'Administració Local la determinació del contingut dels serveis que li correspon prestar com a obligatoris i la decisió de prestar-los així com la definició del seu contingut en els casos en què la legislació merament li atorga la facultat de fer-ho. Aquesta definició inclou les finalitats, els objectius i les obligacions de servei públic que han d'assegurar una total transparència de la gestió. Són, doncs, els poders públics, i entre ells els locals, els qui han de definir els principis de funcionament, triar els operadors, fixar els controls als quals s'han de sotmetre, etc.

És aquest un punt fonamental per a la bona gestió dels serveis públics que presten els municipis i la resta de governs locals i, com no, un mandat legal: l'article 247 del TRLMC estableix en aquest sentit que els ens locals han d'acordar expressament la creació del servei públic local i regular-lo mitjançant reglament abans d'iniciar la seva prestació, així com determinar les modalitats de prestació i el règim estatutari dels usuaris. De forma més concreta, l'article 159 del ROAS prescriu que:

---

[225] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Civitas, Madrid, 11a ed., 2008, p. 72.

[226] L'article 158 del ROAS preveu també, sense limitar-la al serveis obligatoris, la possibilitat que els veïns, per si mateixos i/o mitjançant les entitats o associacions legalment constituïdes per vetllar pels interessos veïnals puguin exercir la iniciativa per a l'establiment de serveis. En aquest cas, s'ha d'acompanyar la petició amb una memòria justificativa que fonamenti la necessitat o la conveniència de l'establiment del servei.

"1. La creació d'un servei s'ha d'instrumentar mitjançant una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que n'estableixi el règim jurídic de la prestació.
2. El projecte d'establiment i prestació del servei ha de contenir els aspectes següents:
a) Les característiques del servei
- La forma de gestió.
- Les obres, els béns i les instal·lacions necessàries per a la prestació, amb la indicació, si s'escau, de les que hagi de realitzar el contractista.
- L'estudi econòmic i financer i , si s'escau, les tarifes a percebre dels usuaris.
- En el supòsit de gestió indirecta, el cànon o la participació que ha de percebre l'ens local, i la compensació econòmica que si s'escau, aquest hagi de satisfer.
- El règim estatutari dels usuaris.

3. El reglament que reguli el servei ha de declarar expressament que l'activitat de què es tracta resta assumida per l'ens local com a pròpia i ha de determinar l'abast de les prestacions a favor dels ciutadans. (...)"

A despit de les esmentades previsions legals, no són pocs els municipis que presten serveis sense haver adoptat mai una decisió formal respecte del seu establiment i, en conseqüència, sense haver instruït el corresponent expedient que justifiqui la necessitat o l'oportunitat del seu establiment. Molts d'altres ajuntaments ofereixen els serveis sense reglamentar-ne la seva prestació, de manera que la determinació dels drets i deures dels usuaris i de l'Administració o de l'empresa o empreses que els presten per compte de l'Administració queden en el camp de la indefinició, si no en el de l'arbitrarietat.

La creació d'un servei s'ha d'instrumentar mitjançant una memòria justificativa, un projecte d'establiment i un reglament que n'estableixi el règim jurídic de prestació (article 159 del ROAS). Però, com hem vist, sovint la instrucció del corresponent expedient que justifiqui la necessitat o l'oportunitat del seu establiment i la seva reglamentació s'adopten amb un caràcter merament formal per tal de complir amb la legalitat. Això implica que en ocasions la corporació local obvia aquest tràmit, o que es limita a copiar mecànicament i mimèticament d'altres models, de vegades ja caducats i no adaptats a la realitat vigent.

Aquesta mancança suposa no només una contravenció formal dels preceptes legals que regulen l'establiment dels serveis públics, sinó que, més enllà d'això, atempta contra el principi d'interdicció de l'arbitrarietat (article 9.3 de la CE) i esdevé una mala pràctica que caldria esmenar en benefici dels usuaris i de l'eficàcia de l'Administració en la prestació dels serveis implicats (article 103 de la CE).

3. Les formes de prestació dels serveis públics locals

La tria del *modus* de prestació dels serveis públics i la seva justificació és una de les decisions bàsiques que l'Administració ha d'adoptar abans d'iniciar la seva prestació o quan s'escaigui la necessitat de modificar aquesta forma de gestió.

L'*informe sobre bon govern i transparència administrativa*, anteriorment esmentat, es refereix a la tria de les formes de prestació dels serveis públics en els següents termes:

> "L'Administració contemporània acostuma a escollir entre tres grans opcions a l'hora de decidir com gestionarà els serveis i activitats que li pertoquen: mitjançant els seus òrgans i funcionaris, creant organismes, entitats o empreses públiques (i fins i tot fundacions privades) o bé externalitzant els serveis o activitats de la seva competència a gestors privats.
>
> L'opció per una o l'altra d'aquestes solucions és una decisió política, que massa sovint s'acostuma a prendre sota la pressió ideològica dels apriorismes dominants sobre aquestes qüestions *("els funcionaris són gestors poc eficients", "l'externalització, especialment en règim de competència, és més eficient", "la privatització és contrària als interessos públics")*, sense ponderar suficientment, cas per cas, els avantatges i els inconvenients de cadascuna d'aquestes.
>
> D'aquesta manera, no és infreqüent la gestió directa, per part de funcionaris o altres empleats de l'Administració, de funcions que segurament es podrien prestar amb més eficiència i eficàcia per gestors privats, la creació d'entitats, organismes o empreses perfectament prescindibles o l'externalització de serveis o funcions que poden implicar una deixadesa excessiva de responsabilitats públiques, en la mesura que afecten aspectes centrals de l'exercici del poder públic.
>
> Aquesta manca d'una estratègia prou meditada sobre quines són les grans opcions organitzatives que cal prendre per gestionar amb la major eficàcia possible cada tipus de servei o funció de l'Administració denota un funcionament poc eficient dels serveis públics. Però també comporta desconfiança i incertesa per part de funcionaris i usuaris dels serveis, sentiments que, a més a més, poden ser fàcilment estimulats pels prejudicis ideològics existents sobre aquestes qüestions i traslladats als ciutadans en general.
>
> Per tal de resoldre aquests dèficits d'eficiència i de confiança, cal que l'Administració s'esforci per definir una estratègia global sobre el *modus* més idoni per gestionar cada tipus de servei o activitat de la seva competència, amb el benentès que l'opció escollida en cada cas ho serà tot ponderant els criteris de responsabilitat pública i d'eficiència, i garantint sempre l'audiència o participació

dels usuaris i la transparència en l'apreciació dels avantatges i inconvenients que presenta cadascuna de les opcions ponderades".[227]

Aquestes afirmacions són, en bona mesura, aplicables a l'Administració Local catalana.

El TRLMC estableix en el seu article 247.1, que abans de començar a prestar un servei els ens locals n'han de determinar les modalitats de prestació. De forma més concreta, l'article 159 del ROAS prescriu que la tria de la forma de gestió d'un servei és un dels aspectes que ha de determinar el projecte d'establiment d'un servei.

La facultat d'establir el sistema de gestió dels serveis públics correspon a la potestat d'autoorganització dels ens locals [articles 249 i 8.1 a) TRLMC].[228] És tracta així d'una potestat discrecional, mitjançant la qual el ple de la corporació local ha de realitzar una tria, una apreciació de circumstàncies concretes, entre les diferents maneres possibles de prestació d'un servei públic amb la vista posada en quina d'aquestes satisfarà millor en cada cas l'interès públic: és a dir, determinar la forma jurídica que resulti més eficaç per a la prestació d'un servei concret –per la mateixa estructura administrativa pública o mitjançant un tercer aliè (concessionari, arrendatari, gestor interessat, societat mixta, titular del concert, article 253 de la LCSP)–, en un ens local concret i en un moment concret.[229]

No existeix a priori una fórmula o estratègia de caràcter general per a determinar la manera més idònia de gestionar un servei públic. Aquesta manera ha de ser escollida en cada cas valorant els criteris de responsabilitat pública i d'eficiència, ponderant els avantatges i inconvenients de les diverses opcions i justificant l'opció escollida mitjançant la memòria corresponent, en l'elaboració de la qual haurien de participar els usuaris.

No obstant això, sovint la tria de la forma de prestació del servei obeeix més a la dinàmica dels corrents que imperen en favor d'una determinada fórmula, amb un mimetisme poc raonat, o de la comparació amb les fórmules emprades en un municipi més o menys proper o en un municipi que compta amb un nombre similar d'habitants. En aquests supòsits, la tria del servei està decidida per endavant i la redacció de la memòria esdevé un tràmit formal totalment desnaturalitzat de la seva vertadera funció.[230] Cal dir que, en altres ocasions, la tria es fa pensant també en la fugida dels

---

[227] *Informe ..., op. cit*, p. 24.

[228] Vegeu també els articles 6 del CEAL, 4.1 a) i 62 (darrer paràgraf) de la LBRL i 188 del ROAS.

[229] Cal recordar que la llibertat d'elecció del mode de gestió del servei públic queda limitada per la previsió recollida als articles 85.3 de la LBRL, 189.1 del ROAS i 251.1 de la LCSP, que preveuen que no es podran prestar per gestió indirecta ni mitjançant societat mercantil de capital social exclusivament local els serveis públics que impliquin exercici d'autoritat.

[230] Vegeu el *Document de bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de llei de governs locals de Catalunya*, Departament de Governació i Administracions públiques i Universitat Rovira i Virgili, Estudis de Dret Local, Tarragona 2007, p. 119 i següents.

controls administratius respecte de la contractació, la provisió de personal o l'endeutament públic. En qualsevol cas, és obvi que motivar la tria d'una forma de prestació del servei en alguna de les raons anteriorment adduïdes constitueix un exemple de mala *praxis* que caldria corregir.

L'Administració ha d'esforçar-se perquè la tria d'una forma determinada de prestació sigui ajustada a les necessitats que el servei ha de satisfer. Aquest aspecte s'ha de materialitzar principalment en l'expedient d'establiment d'un determinat servei (al qual acabem de fer referència) o bé en el de creació de l'ens instrumental que l'hagi de prestar o en el de contractació de l'empresa privada que hagi de gestionar-lo (en el supòsit de recórrer a maneres indirectes de prestació).

Al respecte, cal apuntar que les fórmules de col·laboració entre municipis o diversos ens locals es troben infrautilitzades, si les comparem amb la prolixa utilització d'ens instrumentals estrictament individuals, és a dir, dependents d'un únic ens local. En el passat, arreu de Catalunya florien múltiples maneres d'associació, així les rodalies, els carreratges, les lligues i patzeries són manifestacions històriques el testimoni de les quals podrien recollir en l'actualitat les mancomunitats, els consorcis o les fórmules societàries amb capital compartit per diversos municipis. Curiosament, però, en un moment com l'actual en què cauen les fronteres i s'acosten les distàncies al pas de la unificació europea, la globalització i l'extensió de les noves tecnologies, des del món local no sempre s'aposta clarament per unes formes precisament pensades per a assolir la major eficàcia i eficiència en la gestió dels serveis públics.[231]

No s'han d'oblidar tampoc els perills derivats de l'opció per una forma de prestació indirecta dels serveis, pel que fa a la tria del prestatari del servei. Per a validar la tramitació de l'expedient de contractació de la gestió dels serveis públics i l'adjudicació per l'òrgan de contractació cal atendre les previsions contingudes a la normativa sobre contractació, la qual a l'article 25 de la LCSP (també a l'article 273 del TRLMC) introdueix una referència expressa al principi de bona administració en disposar que els ens locals poden concertar els contractes i pactes que considerin adequats, sempre que no siguin contraris a l'interès general, a l'ordenament jurídic o als principis de bona administració. Així, les autoritats locals han de cenyir-se escrupolosament als requisits exigits per la norma a les persones naturals o jurídiques que volen contractar amb l'Administració (capacitat d'obrar i solvència econòmica, financera i tècnica) i als supòsits de prohibició de contractar (empreses insolvents o subjectes a procediment concursal, incórrer les persones físiques o administradors de la persona jurídica en supòsits d'incompatibilitat d'alts càrrecs o empleats públics contemplat a les lleis[232]…)[233] per tal d'evitar la mala gestió, les actuacions corruptes com la desviació de poder o la prevaricació provocades per la connivència amb els interessos privats i la

[231] *Ibídem*.
[232] Vid. la modificació operada en la LBRL per la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl.
[233] Articles 43 i 49 de la LCSP.

manca de transparència que malmeten l'ètica, la integritat i la credibilitat de les institucions públiques i creen desconfiança entre els polítics i els ciutadans. En aquest sentit, són diverses les declaracions i recomanacions per a fomentar l'ètica pública a nivell local i consolidar pautes de comportament determinades. Entre elles, podem citar les Recomanacions núm. 60 i 86 (1999) i el *Codi Europeu de Conducta per la integritat política dels representants locals electes*, aprovats pel Congrés de Poders Locals i Regionals del Consell d'Europa així com el *Codi de bon govern local* de la Federació Espanyola de Municipis i Províncies o, més genèricament, el *Codi de bona conducta administrativa*, aprovat pel Parlament Europeu l'any 2001 o el *Codi de bones pràctiques administratives*, aprovat pel Síndic de Greuges de Catalunya l'any 2009.

4. La continuïtat, la igualtat i no-discriminació i la qualitat en la prestació dels serveis públics locals

Són obligacions bàsiques respecte de la prestació dels serveis públics: a) la continuïtat i la regularitat establertes reglamentària o contractualment, i b) la d'admetre qualsevol persona que compleixi els requisits establerts reglamentàriament en la utilització del servei.[234]

En virtut del principi de continuïtat, els serveis públics locals han de garantir la no-interrupció de les prestacions essencials encomanades als ens locals com ara el subministrament domiciliari d'aigua potable i la recollida de residus, entre d'altres. Per altra banda, la continuïtat està estretament lligada a la igualtat d'accés als mateixos i al principi de no-discriminació.

El principi de no-discriminació és al cor mateix dels drets dels ciutadans i per comprendre el seu abast se l'ha de situar en aquest context. De conformitat amb aquest principi, tota persona gaudeix pel simple fet de ser-ho d'una dignitat, d'uns drets que l'acompanyen independement del fet que gaudeixi d'un nivell de renda major o menor o que pertanyi a una majoria o a una minoria social. [235]

La universalitat dels drets difícilment pot ser invocada mentre aquesta no es trobi formalment reconeguda i mentre la credibilitat política dels governs respecte a la justícia social no impregni aquell reconeixement formal. Donarà prova d'aquesta superació el sistema que protegeixi i apoderi els dèbils i els desafavorits, que respecti els drets de les persones excloses poc populars o políticament invisibles. Aquesta és una obligació immediata i inderogable dels poders públics que no poden diferir ni suspendre sota cap pretext llur obligació d'evitar i prevenir la discriminació[236].

---

[234] Vid. els articles 30.1 de l'EAC, 235 del ROAS i 193 a 208 i 256 de la LCSP.

[235] Vegeu l'article 21 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment administratiu de les administracions públiques de Catalunya.

[236] International Council on Human Rights Policy, *Local Government and Human Rights: Doing Good Service*, Geneva, 2005, pp. 19 i 20.

Però cal també observar que per tal d'assegurar de manera més efectiva i completa la igualtat dels ciutadans-usuaris pot ser necessari aplicar en alguns casos un tractament diversificat (tarifes, ajudes, condicions d'accés…) a fi de tenir en compte les situacions objectives diferents dins de les quals es troben els usuaris o els candidats a l'ús del servei.[237]

Segurament els principis de continuïtat i d'igualtat són, en termes generals, cada cop més observats per l'Administració Local catalana; malgrat tot, l'assoliment de la qualitat en la prestació[238] –que ha complementar aquests dos principis perquè realment siguin efectius– és tota una altra cosa.

L'*Informe sobre bon govern i transparència administrativa* es refereix a aquest aspecte tot afirmant que l'Administració només estarà al servei del ciutadà quan garanteixi realment la prestació efectiva dels serveis i de les funcions que preveuen les lleis, i a més amb unes ràtios mínimes de celeritat o de qualitat, així com de minimització de costos. Segons l'informe, l'Administració catalana està lluny d'assolir aquests objectius, tret d'algunes prestacions molt puntuals, si bé la figura que s'està estenent més per aconseguir aquesta finalitat és la de la carta de serveis, mitjançant la qual cada organisme, dependència o servei públic expressa amb detall les funcions o prestacions que estan sota la seva responsabilitat i es compromet formalment a proporcionar-les dins d'uns terminis màxims i amb uns requisits determinats mínims de qualitat.

L'article 30 de l'EAC sota la rúbrica *Dret d'accés als serveis públics i a una bona Administració* preveu que les administracions públiques catalanes han de fixar les condicions d'accés i els estàndards de qualitat dels serveis públics, amb independència de llur règim de prestació (article 30.1). Així mateix, estableix que les lleis determinaran els casos en què les administracions i els serveis públics que en depenen han d'adoptar una carta de drets dels usuaris i d'obligacions dels pr

[237] Consell d'Europa, Comitè de Ministres, Recomanació (97)7 del Comitè de Ministres sobre els serveis públics locals i els drets dels seus usuaris, adoptada l'1 d'abril de 1997, p. 3. Traducció no oficial al català a càrrec d'Antoni Amengual Frau que trobareu publicada *on-line* al Centre de documentació Municipal del Govern de les Illes Balears (http://www.caib.cat).

[238] El Ministeri d'Administracions Públiques compta amb un òrgan de cooperació anomenat Xarxa Interadministrativa de Qualitat en els Serveis Públics, que integra els òrgans responsables de la qualitat de l'Administració General de l'Estat: l'Agència d'Avaluació i Qualitat (EVAL), els de l'Administració de les comunitats autònomes i de les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, la Federació Espanyola de Municipis i Províncies (FEMP) i l'Agència Nacional d'Avaluació de la Qualitat i Acreditació (ANECA). Aquesta Xarxa té per objectiu institucionalitzar la cooperació interadministrativa en els àmbits relacionats amb la qualitat i l'excel·lència en els serveis públics. Entre les seves activitats hi figura l'intercanvi de bones pràctiques.

qualitat, en els termes que estableixi la normativa corresponent.

No obstant això, i a despit de les esmentades previsions estatutàries, la figura de la carta de serveis dista molt de ser adoptada per totes les administracions públiques, i es troba infradesenvolupada en el món local. Es defuig així d'assumir compromisos concrets i tangibles de prestació de serveis, dins de terminis i nivells de qualitat garantits, amb el benentès que qualsevol incompliment d'aquests compromisos hauria de generar la corresponent compensació o indemnització a favor del damnificat.[239] Malgrat tot, s'ha de tenir en compte que les noves concepcions sobre els models de govern a nivell local estan molt influenciades per la idea de la qualitat entesa no només com un paràmetre de control dels serveis que presta l'ens públic sinó com una filosofia organitzativa integral que cerca la millora contínua en totes les esferes de competència municipal i la satisfacció del ciutadà-client (gestió de qualitat total) i per la materialització de la qual l'Administració es preveu de metodologies diverses (sistemes d'indicadors de gestió de processos i avaluacions de rendiment, guies de serveis, cartes de serveis, enquestes de qualitat, intercanvi de bones pràctiques amb altres administracions *–benchmarking–*, premis a l'excel·lència, simplificació de procediments…). Així, "La introducció conceptual de la 'gestió de la qualitat' en l'àmbit dels serveis públics locals invita a un canvi de mentalitat vers la ciutadania: el ciutadà abandona el seu rol passiu de simple 'receptor' per esdevenir un 'demandant' de millors serveis públics i, encara més, en la mesura que les seves expectatives respecte del serveis són objecte de valoració, constituirà el referent dels compromisos i dels objectius que es traçaran les entitats locals. En conseqüència, l'administració es veu abocada a orientar tots els seus recursos organitzatius i de funcionament cap a una gestió proactiva i participativa que malda per donar satisfacció a les exigències i a les expectatives de la societat. De fet, els requeriments de la ciutadania poden canviar amb el temps, però el servei s'ha de prestar d'acord amb els objectius i en millora contínua; per això, les entitats locals s'han de sotmetre a processos continuats i ininterromputs d'avaluació que s'articulen en un *cicle de gestió per a la millora contínua* en la prestació dels serveis municipals. Aquest cicle es basa en l'aplicació de l'anomenada espiral Shewhart-Deming o PDCA (acrònim format amb les inicials de *plan, do, check, act*) i que consisteix en la repetició cíclica i constant de les activitats següents: planificar (definir objectius i indicadors i elaborar plans d'actuacions), actuar (prestar el servei d'acord amb la planificació efectuada), avaluar (mesurar els resultats) i corregir (establir millores i redisseny de processos). La *millora contínua* ha de ser, en conseqüència, un objectiu permanent de l'administració, de manera que l'anàlisi de les dades i la informació obtinguda serveixin de base per a la planificació i l'avaluació de la seva execució. Com ja hem dit, el coneixement de les expectatives i la percepció dels ciutadans-clients vers l'actuació administrativa permetran adoptar millors decisions, atès que la clau per oferir un servei de qualitat es

[239] Vegeu GIFREU FONT, J., "La gestió de la qualitat a l'Administració Local", a GIFREU FONT, J. i FUENTES GASÓ, J.R. (dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch-ACM, València, 2009, pp. 449-476.

troba en l'equilibri entre ambdues (expectatives de servei i percepcions dels ciutadans-clients). Certament, el model de qualitat dels serveis considera que la ciutadania té una expectativa de com serà el servei (servei esperat); la diferència entre el servei esperat i el servei rebut en determina la percepció de la seva qualitat".[240]

5. El control sobre la prestació dels serveis públics locals

La Comissió Europea no s'ha estat de recordar que si bé la prestació dels serveis generals pot ser organitzada en cooperació amb el sector privat o confiada a empreses públiques o privades, en canvi la definició de les obligacions de servei públic resta reservada als poders públics. Aquests són igualment els encarregats de regular els mercats i de vetllar per tal que els operadors compleixin la missió del servei públic que els ha estat confiat. És necessari, per tant, que conservin a les seves mans els poders necessaris per garantir la realització efectiva de les polítiques públiques afectades pel servei sobretot pel que fa al nivell de qualitat i les despeses públiques que en resulten.[241]

El servei en funció del qual una administració crea, per a la seva millor gestió, un ens instrumental o que és cedit en concessió o qualsevol altra forma indirecta de prestació contínua sent un servei propi de l'administració matriu. Així ho recull explícitament l'article 85.2 de la LBRL quan afirma que els serveis públics de competència local podran prestar-se mitjançant diverses formes de gestió directa o indirecta.

De cap manera amb la creació d'un ens filial (organisme autònom, entitat pública empresarial o societat mercantil) o amb la concessió o qualsevol de les altres formes indirectes de prestació d'un servei no es transfereix la titularitat d'aquest de l'administració matriu cap a l'ens gestor. Que la responsabilitat empresarial es pot traslladar mitjançant les fórmules esmentades a l'ens gestor és un fet evident, però no succeeix el mateix amb la responsabilitat política i de rendiment del servei vers els ciutadans-usuaris.[242]

Pel que fa a les formes directes de prestació, l'article 85.1 bis de la LBRL estableix ben clarament que els organismes autònoms i les entitats públiques empresarials hauran de quedar adscrits a una regidoria, àrea o òrgan equivalent de l'ens local [lletra a) de

---

[240] GIFREU FONT, J., "La gestió de la qualitat a l'Administració Local", *op. cit*., p. 459.

[241] "Si la fourniture des services d'intérêt général peut être organisée en coopération avec le secteur privé ou confiée à des entreprises privées ou publiques, la définition des obligations et missions de service public, en revanche, reste du ressort des pouvoirs publics à l'échelon approprié. Les pouvoirs publics concernés sont également chargés de réguler les marchés et de veiller à ce que les opérateurs accomplissent les missions de service public qui leur sont confiées.(…) [Ils] doivent conserver les pouvoirs nécessaires pour garantir la réalisation effective des choix définis en matière de politique publique ainsi que le respect des choix démocratiques, notamment en ce qui concerne le niveau de qualité et les coûts qui en résultent". Communication de la Commission européenne du 26/9/1996, *Les services d'intérêt général en Europe*, JOC 281/3.

[242] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I*, ed. Civitas, Madrid, 14a ed., 2008, p. 400.

l'esmentat precepte] que exercirà sobre aquests un control d'eficàcia així com controls específics en matèria de despeses de personal i gestió de recursos humans [lletres f) i i) de l'esmentat precepte].

Pel que fa a les formes indirectes, l'article 229 del ROAS determina que l'ens local manté sobre els serveis la gestió dels quals es contracta la titularitat i les potestats de direcció i control que es deriven de la mateixa ordenació legal del servei i d'aquest reglament, per preservar-ne el seu bon funcionament. Igualment, l'article 248 b) recull com una de les potestats de l'Administració la de fiscalitzar la gestió del concessionari.

Malgrat les previsions legals esmentades, sigui quina sigui la forma de prestació dels serveis públics, rarament l'administració que n'és titular elabora indicadors d'eficàcia i d'eficiència per controlar els seus gestors, propis o aliens. Llevat de comptades excepcions, no són comuns els programes d'auditoria externa de gestió dels serveis a fi de detectar disfuncions i oportunitats de reforma, incorporar-hi els nous avenços i millorar-ne l'eficàcia, l'agilitat i la transparència. Això deixa en la nebulosa tant els bons com els mals resultats i també les seves causes, impedint així la seva esmena, millora o extensió coherent i conscient.

En el mateix sentit, caldria tenir en compte que l'estructura i la dinàmica dels consells d'administració de les empreses públiques hauria d'adaptar-se a la tasca de gestió o de supervisió de la gestió des d'un punt de vista professional. L'article 221 del ROAS així ho determina, tot i que massa vegades respon més a un repartiment de poders en els governs locals o en la simple extensió de la representació política existent als òrgans de govern de l'administració matriu que sovint repercuteix en l'eficàcia de la seva gestió.

Resulta una paradoxa que la composició dels consells d'administració obeeixi a aquest repartiment i en canvi les administracions locals matrius sovint no exerceixin els seus drets dominicals sobre les societats públiques de prestació de serveis perquè actuïn d'una manera eficient.

Si bé és cert que la gestió eficient dels serveis públics ha d'ésser desenvolupada en ocasions per empreses públiques no es pot perdre de vista que "aquestes empreses ho són tan sols pel que fa a l'estructura formal de companyies mercantils que utilitzen, però no pel que fa al seu funcionament profund, ja que els seus gestors mai no resten sotmesos al control dels propietaris –accionistes–, ni la seva gestió rep sempre ni necessàriament la sanció del mercat. Si a aquesta absència del control propi de les societats mercantils –junta d'accionistes i mercat–, s'hi afegeix la no-subjecció als mecanismes de control propis de la normativa administrativa, provocada precisament pel seu caràcter societari, resulta que aquestes societats queden en una mena de *terra de ningú*, grisa i indefinida, apta per a tota mena d'ingerències, discrecionalitats i irregularitats".[243]

[243] *Informe ..., op. cit*, p. 40.

Qualitat, accessibilitat i proximitat en la prestació dels serveis públics són conceptes estretament lligats i evolutius que cal adaptar a les noves necessitats ciutadanes que evolucionen al pas dels canvis que experimenta la població, les tecnologies, les formes de vida, de relació i comunicació social.

L'evolució i l'adaptació dels serveis públics a aquestes necessitats no pot tenir lloc sense un control en l'eficàcia de la seva prestació que en detecti les mancances i les virtuts, els punts febles i les oportunitats de desenvolupament. Per tant, el control en la prestació dels serveis públics és una obligació general de bon govern per a tota administració i especialment per a la local, com avantguarda dels nostres poders públics, que no obstant això avui dista molt de ser aplicada majoritàriament pels municipis i altres ens locals catalans.

6. La transparència en els serveis públics. Publicitat i informació sobre els serveis públics locals

Una de les observacions més interessants de les que es formulen sobre els serveis públics en l'*Informe sobre bon govern i transparència administrativa* és la referida al coneixement de l'activitat de les empreses públiques que gestionen serveis públics. Respecte d'això s'afirma que "les empreses públiques haurien de donar la informació suficient per conèixer les dades més rellevants de la seva activitat i per avaluar el seu sistema de govern i l'assumpció efectiva de la responsabilitat social".[244]

Ja fa uns anys que pren cos una doctrina que considera que tot servei públic posseeix un doble contingut: la prestació del servei en si mateixa i la informació sobre aquest servei. D'acord amb aquesta concepció del servei públic, aquest vindria configurat per l'activitat material de prestació i, en segon terme, per l'activitat d'informació sobre la seva existència i sobre les regles de la seva utilització. Ambdós aspectes, prestació i subministrament d'informació, formarien part del servei en qüestió.[245]

L'estreta vinculació entre les nocions de servei i d'informació sobre aquest obren la porta a examinar l'existència d'una relació entre la informació sobre un servei i la qualitat de la seva prestació. Així es pot afirmar amb força certesa que la qualitat de la informació sobre un determinat servei denota i/o incideix en la pròpia qualitat del servei prestat.[246]

Si en termes generals es pot afirmar que la transparència i la publicitat estan consolidades en el si de l'Administració municipal, no succeeix el mateix quan els ajuntaments creen societats mercantils o altres instruments gestors. Les sessions dels

[244] *Informe ..., op. cit*, pp. 18 i 19.
[245] CERRILLO MARTÍNEZ, A. i GALÁN GALÁN, A., "La información administrativa en el ámbito local. El caso del Ayuntamiento de Barcelona", *REALA*, núm. 283 (maig-agost 2000) p. 553.
[246] *Ibídem* p. 554.

òrgans de govern i administració d'aquestes entitats no són públiques i els seus acords no tenen per regla general un règim de publicitat similar al que és vigent per als òrgans corporatius dels ajuntaments.

En aquest cas, a diferència de les reflexions formulades als apartats anteriors, les males pràctiques no són el reflex de l'incompliment de cap prescripció legal que reguli amb detall aquests aspectes. L'opacitat i el desconeixement de l'activitat de les empreses públiques troba precisament un camp abonat en una legislació de règim local que regula amb detall algunes qüestions organitzatives, el caràcter bàsic i fins i tot necessari de les quals es podria ben bé discutir, i en canvi guarda el més absolut silenci sobre l'accés a la informació, als arxius i registres de les mateixes per part dels ciutadans i els electes locals.

L'article 155 del TRLMC sota la rúbrica *Publicitat de les actuacions locals* estableix el dret dels ciutadans a obtenir la més amplia informació sobre les activitats de l'ens local i en el seu apartat segon determina que tots els ciutadans tenen dret a: a) obtenir còpies i certificacions acreditatives dels acords adoptats per les corporacions locals i els seus antecedents, i b) consultar la documentació, els arxius i els registres de la corporació[247].

En virtut de la regulació general d'accés a la informació i als arxius i registres de les administracions públiques establerta per a totes elles als articles 35 i 37 de la LRJAP-PAC i d'acord amb allò que disposa el seu article 2, aquestes previsions es podrien entendre també aplicables als organismes autònoms locals. Però, podem aplicar-les a les entitats públiques empresarials locals? i a les societats mercantils locals? Si respecte a les primeres podem tenir algun dubte, respecte de les segones sembla clar que queden fora de l'àmbit d'aplicació d'aquells preceptes.

Si passem de l'òrbita ciutadana a la dels electes locals ens trobarem amb una situació similar. Els articles 77 de la LBRL i 164 del TRLMC estableixen que tots els membres de les corporacions locals tenen dret a obtenir de l'alcalde o alcaldessa o del president o presidenta de l'ens local tots els antecedents, les dades o les informacions que estan en poder dels serveis de la corporació i són necessaris per al desenvolupament de llur funció.

En aquest cas la dicció literal del precepte i la seva referència als "serveis de la corporació" podria jugar en favor d'una interpretació extensiva que avalés el dret d'accés a la informació en poder dels ens instrumentals de la corporació. Ara bé, si observem el desenvolupament de la LBRL duta a terme pel ROF en aquest aspecte (articles 14, 15 i 16 del ROF) veurem com la referència als serveis públics és feta als "serveis administratius locals", és a dir, als departaments o negociats dels ajuntaments o altres ens locals (article 15).

[247] Vegeu també l'article 70 de la LBRL i els articles 35 a) i h) i 37 de la LRJAP-PAC.

Aquesta llacuna no sembla lògica, les entitats dependents de l'Administració Local (organismes autònoms, entitats públiques empresarials, societats mercantils) haurien de sotmetre's pel que fa a la publicitat dels acords dels seus òrgans de govern i a l'accés a la informació sobre la seva activitat als mateixos principis que l'entitat matriu. Com a instruments que són, la seva organització interna i les seves normes de funcionament poden ser més senzilles i més àgils que les de l'administració de la qual depenen, però mentre que la seva missió és d'interès general i gestionen com aquella fons públics els principis de funcionament d'unes i altres haurien de ser idèntics.

Els principis de transparència i publicitat de l'actuació administrativa són principis que imposen als poders públics la CE i l'EAC i que cap norma no hauria d'excloure pel simple procediment de creació d'ens convencionals als quals es vulgui dotar de règims exempts d'aquests deures.

La relació d'instrumentalitat d'aquests ens respecte a l'administració matriu l'expressa la LBRL amb el concepte d'"adscripció". Aquest terme fa pensar en un "complex organitzatiu unitari" entre els ens instrumentals i l'ens fundador, que ens porta a concloure que els fonaments sobre els quals s'assenta l'actuació dels primers són per força els mateixos, atès que no són altra cosa que branques que neixen d'un tronc comú i que s'alimenten de la mateixa saba, de la qual no poden prescindir, ja que en depenen per a la seva pròpia existència.[248]

Sent així, no és comprensible ni pot considerar-se en darrera instància fundada en dret l'exclusió del règim de publicitat dels actes i de l'accés a la informació per part dels electes i dels ciutadans-usuaris dels serveis que es presten mitjançant fórmules de personificació instrumentals de l'Administració.

Cal concloure aquesta diagnosi sobre els serveis públics locals –com a pas previ per la formulació d'unes propostes de millora que es recullen en l'annex de l'obra– tot afirmant que els dits serveis contribueixen a la cohesió social, mitjançant les prestacions previstes a la Llei o aquelles que lliurement assumeixen els ens locals en funció de les seves competències, necessitats i recursos existents en la comunitat local. Una bona gestió d'aquests serveis reforça els lligams entre els habitants d'aquesta comunitat, tendeix a evitar el deteriorament del teixit social i a regenerar-lo, si s'escau, gràcies als béns o serveis que proporcionen a la població, en particular a les classes més desafavorides.[249]

És per tot això que convé aprofundir en la millora de la seva gestió. Hom ha de prendre consciència d'un seguit de males pràctiques que avui enterboleixen la gestió d'alguns serveis. Esperem que llur identificació en les planes anteriors pugui contribuir a la seva

[248] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I, op. cit.*, p. 394 i següents.

[249] Consell d'Europa, Comitè de Ministres, Recomanació (97)7 del Comitè de Ministres sobre els serveis públics locals i els drets dels seus usuaris, adoptada l'1 d'abril de 1997.

esmena per tal que la prestació dels esmentats serveis sigui més eficaç i més democràtica, afavorint d'aquesta manera el progrés econòmic i social dels nostres municipis.

Bibliografia

ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960.

ANECHIARICO, F. i JACOBS, J.B., *The pursuit of absolute integrity: how corruption control makes government ineffective*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

BORRAJO, I., "El intento de huir del Derecho Administrativo", *REDA*, núm. 78.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. i GALÁN GALÁN, A., "La información administrativa en el ámbito local. El caso del Ayuntamiento de Barcelona", *REALA*, núm. 283 (maig-agost), 2000.

CITY OF JOHANNESBURG, *Human Development Strategy of the City of Johannesburg*, 2005.

COMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission européenne du 26/9/1996, Les services d'intérêt général en Europe*, JOC 281/3.

CONSELL D'EUROPA, COMITÈ DE MINISTRES, *Recomanació (97)7 del Comitè de Ministres sobre els serveis públics locals i els drets dels seus usuaris, adoptada l'1 d'abril de 1997*. Traducció no oficial al català a càrrec d'Antoni Amengual Frau que trobareu publicada *on-line* al Centre de documentació Municipal del Govern de les Illes Balears (http://www.caib.cat).

DEPARTAMENT DE GOVERNACIÓ I ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES I UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI, Estudis de Dret Local, *Document de bases per a l'elaboració d'un avantprojecte de llei de governs locals de Catalunya*, FUENTES, J.R., RENYER, J. i SOTO, J.I., (Coord.), Tarragona, 2007.

DUPORT, J. P., *Pour des Services Publics Tournés vers l'Avenir*, Rapport au Prémier ministre, 12 février 2007.

EIXIMENIS, F., *Regiment de la cosa pública*, València, 1499. Edició facsímil, ed. L'Estel, València, 1972.

GARCIA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I* i *II*, Ed. Civitas, Madrid, 14a ed. (vol I) i 11a, ed. (vol II), 2008.

GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Informe sobre bon govern i transparència administrativa*, Barcelona, 2005.

GIFREU I FONT, J., "La gestió de la qualitat a l'Administració Local", a GIFREU I FONT, J., i FUENTES GASÓ, J.R., (dirs.), *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Tirant lo Blanch-ACM, València, 2009.

GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *Local Government and Human Rights: Doing Good Service*, Geneva, 2005.

MANDELSTAM, M., *Community Care Practice and the Law*, 3a ed., J.K. Publishers, Londres, 2005.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. i YSA FIGUERAS, T., *Las personificaciones instrumentales locales en Cataluña: organismos autónomos, consorcios, mancomunidades y sociedades públicas*, INAP-EAPC, Madrid, 2003.

MASPONS ANGLASELL, F., *L'esperit del dret públic català,* ed. Barcino, Barcelona, 1932.

QUINTANA LÓPEZ, T., *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, ed. Civitas, Madrid, 1987.

RENYER I ALIMBAU, J., SABATÉ VIDAL, J. M., "Els serveis públics locals", a *Introducció al Dret Local de Catalunya*, GIFREU I FONT, J., (Coord.), Cedecs, Barcelona, 2002.

RENYER I ALIMBAU, J., "Prestació de serveis públics. Noves perspectives per a la prestació dels serveis públics locals a Catalunya", ponència presentada al 2n Congrés de Municipis de Catalunya, març 2001.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 6a. ed., Civitas, 2004.

Abreviatures

CE, Constitució Espanyola, de 27 de desembre de 1978.

CEAL, Carta Europea de l'Autonomia Local, feta a Estrasburg el 15 d'octubre de 1985.

EAC, Estatut d'Autonomia de Catalunya, aprovat per Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol.

LBRL, Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local.

LCSP, Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

LRJAP-PAC, Llei 30/1992, de 26 de novembre de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú.

ROAS, Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals.

ROF, Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament d'organització, funcionament i regim jurídic de les entitats locals.

TRLMC, Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

Capítol VI

RÈGIM DE LA BONA CONTRACTACIÓ DE LES ENTITATS LOCALS

Rafel Audivert Arau
Professor Associat de Dret Administratiu (UAB)
Advocat

Marina Ramos Solé
Advocada

SUMARI: 1. Introducció –2. Els canvis introduïts per la nova Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic –2.1. Àmbit d'aplicació subjectiu: subjectes contractants –2.2. Àmbit d'aplicació objectiu: tipologia de contractes –2.3. Contractes administratius i contractes privats –2.4. Contractes subjectes a regulació harmonitzada –2.5. Procediments d'adjudicació –2.6. principis rectors dels procediments d'adjudicació –2.7. El règim de garanties i recursos establerts a la LCSP –2.7.1. El règim jurídic i àmbit d'aplicació del recurs especial en matèria de contractació –2.7.2. Procediment i resolució del recurs especial en matèria de contractació pública –2.7.3. Les mesures provisionals –2.7.4. Regulació dels supòsits especials de nul·litat contractual –2.7.5. L'ordre jurisdiccional competent –2.7.6. L'arbitratge **–3. Règim específic de contractació de les entitats locals** –3.1. Àmbit d'aplicació de la Llei a les entitats locals –3.2. Les societats mercantils locals –3.3. Instruccions internes de contractació de les societats públiques locals **–4. Conclusions –Bibliografia –Abreviatures.**

1. Introducció

El present treball analitza el règim de garanties establert en la normativa de contractació pública, matèria sempre oberta a l'evolució tant de l'actuació del sector públic en les seves diferents formes, com a la innovació en procediments que al mateix temps que atorguen les garanties adients, permeten una major eficiència en la pròpia actuació administrativa.

D'aquesta manera, el treball que ens ocupa se centra en els preceptes de la nova LCSP més destacables, i que en gran part introdueixen les interpretacions efectuades pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees en relació amb la normativa comunitària en matèria de contractació pública i, al seu torn, la interpretació que d'aquesta han dut a terme les Juntes Consultives de Contractació Estatal i Catalana.

El primer capítol passa a analitzar l'àmbit d'aplicació de la Llei 30/2007 de contractes del sector públic i els principis bàsics que han de regir la contractació administrativa. Analitzarem especialment la nova LCSP, que obeeix a la necessitat de transposar la

normativa comunitària en matèria de contractació pública, normativa que ha estat impulsada per dos motius principals:

-En primer lloc, per garantir el pilar comunitari de la lliure circulació de serveis i permetre l'obertura de la licitació a empreses comunitàries.

-En segon lloc per a aprofundir en la transparència dels procediments i formes de licitació, evitar la corrupció i propiciar la concurrència d'empreses en un autèntic mercat interior únic, evitant així pràctiques discriminatòries. [250]

Fins a l'aprovació d'aquesta Llei, la normativa interna de contractació pública regulava els aspectes del contracte prenent com a àmbit subjectiu l'Administració pública, amb un règim jurídic diferenciat quan l'ens contractant era una altra entitat del sector públic, sense tenir la naturalesa d'administració pública pròpiament. Per tal de garantir els principis de publicitat, concurrència i transparència s'articula un nou marc jurídic entorn de la contractació pública. L'aplicabilitat de la norma a tots els subjectes del sector públic era una de les principals demandes per tal d'incrementar la seguretat jurídica i l'eficiència tot tenint en compte la configuració jurídica peculiar de cada destinatari. D'aquesta manera, la norma pretén modular adequadament les regles que li són aplicables, i preveient un nínxol normatiu perquè, en línia amb les posicions que postulen una major disciplina en l'actuació del sector públic en el seu conjunt, puguin ser incloses regles per als subjectes que tradicionalment s'han situat extramurs d'aquesta legislació. [251]

Per tant, l'objectiu de la norma és dotar d'una major disciplina i garanties l'actuació tant de les administracions públiques com dels altres subjectes del sector públic, i al mateix temps articular nous processos que garanteixin l'eficiència i l'adequació en l'evolució dels mitjans tècnics en la contractació pública.

En el següent capítol es descriu el nou règim establert per la LCSP i, especialment, les garanties i recursos introduïts per aquesta i que suposen un avanç important respecte del règim establert per l'anterior Decret legislatiu 2/2000 pel qual s'aprovava el Text refós de la Llei de contractes de l'Administració Pública (TRLCAP), fruit en bona part de la normativa comunitària i les decisions del TJCE. Pel que fa a l'àmbit subjectiu de la LCSP s'analitza la definició de *poder adjudicador*, concepte introduït per homogeneïtzar la normativa europea de contractes del sector públic, ja que la definició *d'Administració pública* no és homogènia en tots els Estats membres.

---

[250] AMOEDO SOUTO, C., TRAGSA. *Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 112

[251] Apartat II de l'Exposició de Motius de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

Cal destacar, així mateix, que el present treball incorpora les novetats introduïdes per la Llei 34/2010, de 5 d'agost, especialment rellevants pel que fa al règim de recursos especials, la regulació de les mesures provisionals i la qüestió de nul·litat.

Finalment, l'últim capítol es destina a fer una consideració al règim jurídic aplicable a la contractació dels ens locals. Es fa especial menció de la interpretació de l'àmbit subjectiu de la LCSP per part de les Juntes Consultives de Contractació Administrativa estatal i catalana, per tal d'analitzar el tractament jurídic de les societats mercantils locals i l'abast de les novetats introduïdes per la LCSP.

2. Canvis introduïts per la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic

2.1. Àmbit d'aplicació subjectiu: subjectes contractants del sector públic

Tal com ja hem posat de manifest, la causa fonamental de la nova Llei de Contractes del Sector Públic és la transposició a l'ordenament jurídic espanyol de la Directiva 2004/18/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i serveis, que hauria hagut de ser transposada abans del 31 de gener de 2006.

Així mateix, a partir de les modificacions operades per la Llei 34/2010, de 5 d'agost (en endavant Llei 34/2010) es pretén transposar la Directiva 2007/66/CEE, d'11 de desembre.

Tradicionalment, la legislació dels contractes públics a nivell espanyol regulava el règim jurídic d'un tipus específic de negoci jurídic (el contracte administratiu) i també regulava les potestats exorbitants i els privilegis dels quals disposava l'Administració. És en aquest sentit que la LCSP suposa un canvi de plantejament respecte de la normativa anterior, tal com recull BLANQUER[252]:

> "Desde una perspectiva subjetiva el eje central de la Ley ya no son sólo las Administraciones Públicas investidas de prerrogativas exorbitantes, sino también los distintos sujetos del sector público que no tienen esos mismos privilegios. La clave para acotar ahora el perfil subjetivo no es identificar formalmente la naturaleza de quién contrata, sino analizar desde una perspectiva funcional qué tipo de actividad realiza cada sujeto del sector público. La respuesta a este interrogante funcional determina cuáles son las reglas procedimentales que hay que seguir para seleccionar al adjudicatario del contrato".

[252] BLANQUER, D., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Práctica*, ed. Tirant lo Blanch. València, 2007.

Precisament, una de les novetats més importants que trobem a la LCSP respecte del TRLCAP és una major delimitació de l'àmbit subjectiu de la Llei, és a dir, dels subjectes contractants del sector públic. D'aquesta manera, la LCSP ha intentat clarificar i abastar tots els ens del sector públic en compliment de la normativa i jurisprudència comunitària. La intenció del legislador és superar el limitat enfocament de la LCAP de 1995 dirigit a "los contratos que celebran las Administraciones Públicas y basado en la figura del contrato administrativo, para sustituirlo por una más amplia regulación de la actividad contractual de todo el sector público español[253]".

En aquest sentit, cal recordar que tant el dret comunitari derivat com el TJCCEE s'han pronunciat de forma reiterada considerant que la forma jurídica dels ens que formen part del sector públic és irrellevant, i que sigui quina sigui aquesta, caldrà respectar els principis bàsics que han de regir la contractació administrativa, tal com recull NOGUERA DE LA MUELA[254]:

> "Se vislumbra por tanto, que en el concepto comunitario de empresa pública la forma jurídica es totalmente irrelevante. Siendo lo importante la delimitación entre el Estado -Poder público y el Estado- empresario, cualquiera que sea la forma que este adopte. En este sentido, se ha manifestado el TJCE en la importante Sentencia de 16 de junio de 1987, asunto *Amministrazione Autonoma dei monopoli di Stato* (en adelante AAMS), donde se acoge un criterio funcional de «empresa pública» y se pone de relieve como el dato de la personalidad jurídica y, por ende, el de la forma jurídica adoptada es intrascendente;(84) declarando a la AAMS «empresa pública».

Per tant, la nova LCSP, fent-se ressò de la normativa comunitària, pretén que el seu àmbit d'aplicació subjectiu abasti tots els ens del sector públic, per bé que de manera diferent i modulada, segons la forma i naturalesa jurídica d'aquests ens. Així, de conformitat amb la nova redacció atorgada per l'article 3 podem distingir:

- Entre aquells ens que tenen la consideració d'Administració pública i per tant són també poder adjudicador.

- Els ens que, no quedant inclosos en la definició d'Administració Pública, tenen la consideració de poder adjudicador.

- Com a categoria residual aquells ens, organismes i entitats del sector públic que no són poder adjudicador però resten subjectes de forma residual a la LCSP.

En primer lloc i segons l'article 3 de la LCSP tindran consideració d'administracions públiques: l'Administració General de l'Estat, les administracions de les comunitats

[253] MORENO MOLINA, J.A., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*. ed. La Ley, Madrid, diciembre de 2007.

[254] NOGUERA DE LA MUELA, B., "El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" a *El derecho comunitario de la contratación pública*. Atelier. Barcelona. 2005.

autònomes, les entitats que integren l'Administració Local, les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social, els organismes autònoms, les universitats públiques, les entitats de dret públic que amb independència funcional o amb una especial autonomia reconeguda per la Llei, tinguin atribuïdes funcions de regulació o control de caràcter extern sobre determinat sector o activitat i les entitats de dret públic vinculades a una o diverses administracions públiques o dependents d'aquestes i que compleixin els requisits establerts a l'apartat 2.e) de l'article 3 de la Llei.

No obstant això, tindran la consideració de poder adjudicador, a més de tots els ens que tenen la consideració d'administració pública, altres ens, organismes o entitats amb personalitat jurídica pròpia que hagin estat creats per a satisfer les necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que un o diversos subjectes que hagin de ser considerats poder adjudicador financin majoritàriament la seva activitat, controlin la seva gestió, o nomenin més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració (en termes similars a la modificació operada per la Llei 62/2003).

Finalment trobem tots aquells ens, organismes i entitats del sector públic que no tenen la consideració de poder adjudicador i que, això no obstant, entren dins l'àmbit d'aplicació de la Llei. Per tant podem dir que existeix una subjecció residual a la LCSP.

Aquest subjectes poden ser, per exemple, les entitats públiques empresarials, les agències estatals, les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia vinculada a un subjecte que pertanyi al sector públic, les societats mercantils en el capital social de les quals la participació, directa o indirecta, d'entitats de les esmentades a les lletres a) a f) de l'article 3.1 de la LCSP sigui superior al 50 per cent, els consorcis dotats de personalitat jurídica pròpia a què es refereix l'article 6.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i la legislació de règim local, les fundacions que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o diverses entitats integrades al sector públic, o el patrimoni fundacional de les quals, amb caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50 per cent per béns o drets aportats o cedits per aquestes entitats, les mútues d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social.

Per tal de determinar la inclusió d'aquests ens, organismes i entitats en la categoria d'ens, organismes i entitats que no tenen la consideració de poders adjudicadors, cal analitzar si han estat creats per satisfer necessitats que tinguin caràcter mercantil o industrial. Certament, la característica determinant per a considerar poders adjudicadors els ens, organismes o entitats que formen part del sector públic i que no tenen la consideració d'administracions públiques a efectes de la LCSP, serà la consistent a haver estat creades per satisfer necessitats generals que no tinguin caràcter industrial o mercantil.

Això és així perquè els ens, els organismes i les entitats a què ens estem referint compliran, en tot cas, algun dels requisits de l'article 3.3.b) de la LCSP ja que, si no se'n donés cap, l'ens, l'organisme o l'entitat no estaria comprès en el sector públic a efectes de la Llei i per tant, no es trobaria subjecte a la LCSP.[255]

D'aquesta manera l'article 3 de la LCSP consolida el concepte de *poder adjudicador*. Aquest concepte, que és originari de la normativa comunitària, és un terme ampli i funcional que deriva del fet que la noció d'*administració pública* no és unitària en l'àmbit comunitari.

Per tant, i per tal de donar compliment als requeriments comunitaris en matèria de contractació pública, la LCSP efectua una regulació exhaustiva i àmplia de tots els subjectes als quals els és d'aplicació la nova normativa, fet que intenta cobrir les mancances de la normativa anterior.

2.2. Àmbit d'aplicació objectiu: tipologia de contractes

Pel que fa l'àmbit d'aplicació objectiu, aquesta Llei proporciona una doble delimitació de la tipologia contractual. En primer lloc, trobem una primera tipologia que distingeix el contracte segons el seu objecte: així, tenim les figures clàssiques del contracte d'obres, de concessió d'obres públiques, de gestió de serveis públics, de subministrament, de serveis, i de la mateixa manera que feia el TRLCAP, la Llei distingeix entre els contractes de caràcter administratiu i els de caràcter privat. Així mateix, la LCSP introdueix la tipologia de contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat.

Per altra banda, com a conseqüència de l'aplicació de la normativa comunitària trobem una segona delimitació entre els contractes subjectes a regulació harmonitzada, per raó de l'entitat del contractant, tipus de contracte i quantia, i els contractes no subjectes a regulació harmonitzada, delimitació que ens ocuparà en el següent subepígraf.

Cal delimitar la tipologia dels contractes regulats en l'esmentada norma, és a dir, aquells onerosos i celebrats per escrit entre un o diversos operadors econòmics i un o diversos poders adjudicadors, l'objecte sigui l'execució d'obres, el subministrament de productes o la prestació de serveis en el sentit de la Directiva 2004/18 i la LCSP.

Són contractes d'obra [256]aquells que tenen com a objecte o bé l'execució, o bé conjuntament el projecte i l'execució d'obres que respongui a les necessitats

[255] Instrucció 1/2008, de 5 de febrer, de l'Advocacia General de l'Estat sobre contractació de les fundacions del sector públic estatal, societats mercantils de l'Estat i entitats públiques empresarials dependents de l'Administració General de l'Estat.

[256] De la definició del contracte d'obra pública, el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sala Primera) en el Cas Jean Auroux i altres contra Commune de Roanne (TJCE 2007\16) va dir en el seu APD.46:

específiques del poder adjudicador. Una obra és el resultat d'un conjunt d'obres de construcció o d'enginyeria civil destinada a complir per si mateixa una funció econòmica o tècnica.

Una segona categoria establerta per la LCSP és el contracte de concessió d'obres públiques. Aquest és un contracte que té per objecte la realització pel concessionari d'alguna de les prestacions a què es refereix l'article 6, incloses les de restauració i reparació de construccions existents i manteniment dels elements construïts, i en què la contraprestació a favor d'aquell consisteix o bé a explotar l'obra o bé a explotar l'obra i a percebre un preu. Respecte d'això, cal dir que aquesta tipologia de contracte, d'origen comunitari, es configura com una tipologia especial de contracte d'obres. Una conseqüència pràctica important derivada de la nova concepció de la LCSP és que podran celebrar contractes de concessió d'obra pública tant els subjectes que tenen la consideració d'administració pública com els que no tinguin aquesta característica. No obstant això, amb aquests últims es constata la possibilitat que existeixin contractes de concessió d'obra pública amb règim privat, trobant els seus únics límits en les limitacions que per a quest tipus de contracte preveu el dret comunitari. [257]

La següent categoria de contractes que trobem són els de subministrament, que tenen per objecte l'adquisició, l'arrendament financer, l'arrendament de productes o de béns mobles.

Els contractes de serveis són aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents o en el desenvolupament d'una activitat o en l'obtenció d'un resultat

---

''Del análisis del convenio se desprende que su objeto principal, como sostiene la Comisión, es la ejecución de un conjunto de actividades de obra que culminan con la realización de una obra –en concreto, un centro de ocio– en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva (LCEur 1993, 2560) . Los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra".

[257] Un exemple de la definició del Contracte de Concessió d'Obra pública entès segons el TRLCAP és la que trobem en el pronunciament de la Junta Superior de Contractació de la Comunitat Valenciana en el seu Informe de 19 juny (JUR 2007\333878) quan en la conclusió exposa:

''En efecto, el objeto principal de la obra es la prestación de un servicio público reservado a la Universidad y no una obra explotable económicamente por estar destinada a un servicio económico de interés general que, por ende, permita al contratista resarcirse de los costes de las obras y obtener beneficios mediante su explotación. Asimismo, el hecho patente de la existencia de determinadas zonas accesorias a la obra principal, que puedan ser objeto de explotación, no desvirtúa la afirmación de esta Junta, puesto que aquellas son un plus añadido, pero no lo determinante en el contrato de concesión de obra pública. Se descarta, igualmente, la existencia del riesgo concesional necesario, dado que el licitador es satisfecho periódicamente por la Administración durante 30 años, por la totalidad de sus prestaciones y sin que exista riesgo de demanda ni de disponibilidad. Todo ello se traduce en la figura del aplazamiento de pago, por cuanto tampoco es sostenible que sea objeto de consideración, de acuerdo con el Sistema de Contabilidad Europeo (SEC 95), el arrendamiento operativo, por lo que la deuda computará desde el momento en que se proceda a la adjudicación del contrato. La posible financiación privada, según entiende esta Junta, podría abordarse mediante el aplazamiento de pago siempre y cuando se respeten los límites máximos de aplazamiento y su formulación en una norma con rango de Ley".

diferent d'una obra o d'un subministrament. A efectes de l'aplicació de la Llei, els contractes de serveis es divideixen en les categories de serveis enumerades a l'Annex II de la LCSP. [258]

La nova LCSP ha introduït la categoria de contractes de col·laboració entre el sector públic i el sector privat. En aquest tipus de contractes s'encarrega a una entitat de dret privat, per un període determinat en funció de la durada de l'amortització de les inversions o de les fórmules de finançament que es preveuen, la realització d'una actuació global i integrada, a més del finançament d'inversions immaterials, d'obres i de subministraments necessaris per al compliment de determinats objectius de servei públic o relacionats amb actuacions d'interès general. Existeixen dificultats per a delimitar aquesta figura contractual tot i que, en tot cas, han de ser respectats els principis de concurrència i igualtat de tracte en la seva posada en pràctica.

Una altra de les categories importants de contractes és el contracte de gestió de serveis públics. En aquest tipus de contracte una administració pública encomana a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'administració encomanant. El caràcter uniforme que ha de tenir aquest tipus de contracte en l'àmbit comunitari ha fet que sigui objecte de diferents pronunciaments del TJCE. [259] Per últim, en relació amb aquesta tipologia de contracte, cal senyalar que no seran aplicables als supòsits en què la gestió del servei públic s'efectuï mitjançant la creació d'entitats de dret públic destinades a aquesta finalitat, ni a aquells en què aquesta s'atribueixi a una societat de dret privat el capital de la qual sigui, en la seva totalitat, de titularitat pública segons l'article 8.2 de la LCSP.

Finalment, quan un contracte contingui prestacions corresponents a una o altra classe s'haurà d'atendre en tot cas, per a la determinació de les normes que han de ser observades en la seva adjudicació, al caràcter de la prestació que tingui més importància des del punt de vista econòmic. Parlem dels anomenats contractes mixtes descrits a l'article 12 de la LCSP, que són aquells que contenen prestacions de dos contractes

[258] Queden fora d'aquesta modalitat de contractació els contractes que impliquin l'exercici d'autoritat inherent als poders públics. Així, per exemple, no pot ser objecte d'aquest contracte el servei de recaptació municipal. En qualsevol cas aquesta modalitat contractual no implica relació laboral o funcionarial, si bé el TS, en la seva STS de 3 de març de 1997 (RJ 1997/1625) ha considerat que existeix una relació laboral, al marge de la denominació formal que es doni a la relació contractual.

[259] En aquest sentit la STJCE de 7 de desembre de 2000 (TJCE 2000, 321) afirma que cal entendre que existeix una concessió de serveis quan la contraprestació que la primera empresa ofereix a la segona consisteix en què aquesta última obté el dret d'explotar la seva pròpia prestació, per aconseguir així una retribució. També la STJCE de 18 de novembre de 2004 (comissió/Alemanya) (TJCE 2004, 335) recorda que el contracte serà de serveis, si '"no s'emmarca en el context de les activitats d'interès general de la ciutat de Munich, sinó en el d'una activitat econòmica independent, clarament diferent i sotmesa a la seva competència, en relació amb l'explotació de la central tèrmica de Munich-Nord''

típics. Llavors ha de ser aplicat el règim jurídic de la prestació principal des d'un punt de vista econòmic. [260]

2.3. Contractes administratius i contractes privats

Addicionalment a la distinció dels contractes administratius segons el seu objecte, cal introduir la classificació dels contractes en funció de quin és el subjecte contractant. En aquest sentit, la LCSP distingeix entre contractes administratius i contractes privats, distinció que juntament amb la condició de subjecte a regulació harmonitzada condiciona de manera important les regles aplicables a un determinat contracte, especialment pel que fa als tràmits de licitació i adjudicació.

Respecte d'això, l'article 19 de la LCSP remarca que tenen la consideració de contractes administratius els que celebren les administracions públiques. L'article utilitza un criteri mixt subjectiu-objectiu-finalista. Subjectivament, només les administracions públiques poden celebrar contractes administratius: "Tendrán caracter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administación Pública". Per tant, cal tenir en compte el concepte d'*administració pública* que la LCSP ofereix en l'article 3.2 LCSP i al qual ens hem referit en el present informe.

Per altra banda, l'article 20 LCSP preveu la definició de contractes privats tot establint:

> "1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
>
> Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior."

La distinció entre contracte administratiu i contracte privat resulta especialment rellevant, mentre que segons aquesta condició es determina quin és el règim jurídic aplicable al contracte. L'apartat segon de l'article 19 LCSP preveu, quant als contractes administratius:

> "2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas."

[260] Respecte d'això, la STJCE de 21 de febrer de 2008 (TJCE 2008/30) insisteix en el fet que aquesta determinació de contracte mixt i l'abast del seu objecte s'han de determinar segons les obligacions essencials que prevalen i que, com a tals, caracteritzen el contracte, per oposició a aquelles altres que tenen caràcter accessori i complementari en el contracte.

Per tant, els contractes administratius es regeixen en totes les seves fases per la LCSP i supletòriament per les normes del dret administratiu. S'aplica la LCSP en totes les fases de la vida contractual: tant en la preparació i l'adjudicació com en l'execució dels contractes fins a la seva extinció. En canvi, pel que fa als contractes privats, l'article 20.2 preveu que la LCSP únicament s'aplica en el marc dels contractes privats en les fases de preparació i adjudicació, mentre que pel que fa als efectes i extinció, es regiran pel dret privat.

2.4. Contractes subjectes a regulació harmonitzada

Una de les principals novetats introduïdes pel text de la LCSP és la creació d'una nova categoria legal amb la denominació de *contractes subjectes a una regulació harmonitzada,* que engloba els contractes que en funció de l'entitat contractant, del seu tipus i quantia estan subjectes íntegrament a les prescripcions de les directives europees. D'aquesta manera, es pretén modular l'aplicació de les disposicions comunitàries als diferents contractes del sector públic restringint-la, quan així ho estimi convenient, únicament als casos estrictament exigits per les directives.

Així, per una banda, tot i que tots els contractes de tots els ens del sector públic entren dintre l'àmbit d'aplicació de la LCSP, cal tenir en compte que la Llei preveu diferents graus d'aplicació de la norma en funció del fet que l'òrgan de contractació tingui o no la condició d'administració pública i, per altra banda, en funció del fet que el contracte a licitar estigui sotmès a regulació harmonitzada, i per tant, entri dintre l'àmbit d'aplicació de les directives comunitàries. D'aquesta manera, els requisits procedimentals exigibles als contractes sotmesos a regulació harmonitzada són més estrictes, mentre que els contractes no sotmesos a regulació harmonitzada, tot i regir-se per la LCSP, tenen un règim més flexible quant a la seva aplicació tot mantenint les garanties bàsiques de la normativa.

En aquest sentit CEPEDA[261] recull a URÍA FERNÁNDEZ:

> "A juicio de Uría Fernández (en "La Ley", año XXVII, núm. 6435) "la decisión de mayor calado respecto a la organización interna de la nueva regulación se refiere al reconocimiento de una figura contractual específica, la de los contratos sujetos a una regulación armonizada, que, por entrar en los límites de la directiva, se ajustan plenamente a sus contenidos mientras que el resto de la regulación tiene una mayor flexibilidad. La delimitación de la figura se contiene en los arts. 13 a 17 del anteproyecto" y finalmente en los mismos preceptos de la LCSP."

De conformitat amb l'article 13 de la LCSP són contractes sotmesos a regulació harmonitzada els següents[262]:

[261] CEPEDA MORRÁS, J. i YÁÑEZ DÍAZ, C. (coord..) "Comentarios a la legislación de contratos del sector público", ed. Tirant lo Blanch, València 2008.

- Contractes de col·laboració entre el sector públic i el privat en tots els casos.
- Contractes d'obres i concessió d'obres públiques el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 4.845.000 euros.
- Contractes de subministrament i contractes de serveis el valor estimat dels quals sigui igual o superior al llindar de 125.000 euros (quan el subjecte contractant sigui l'Administració General de l'Estat, els seus organismes autònoms o bé entitats gestores de la Seguretat Social) o bé 193.000 euros (per la resta de subjectes contractants).
- Contractes subvencionats (en més d'un 50 per cent) d'obres i de serveis per entitats que tinguin la consideració de poders adjudicadors sempre que tinguin les categories indicades en l'article 17 LCSP i dintre els llindars econòmics que acabem de reproduir segons la tipologia contractual.

Per tant, tal com recull DEL SAZ[263] mentre la naturalesa administrativa o privada dels contractes i , en conseqüència, la seva regulació de fons depèn exclusivament de quina sigui l'entitat contractant, mentre que únicament són contractes administratius aquells duts a terme per l'Administració pública "la aplicación de las reglas relativas a capacidad, publicidad, licitación y adjudicación viene determinada no solo por el nombre y apellidos de la entidad contratante, sino por el hecho de que el contrato pueda o no incluirse dentro de los contratos típicos o calificados y de que se encuentre sometido o no a regulación armonizada".

Efectivament, tots els contractes es troben sotmesos a la regulació que ofereix la LCSP, ara bé, els requisits i procediments aplicables variaran en funció de, per una banda, si l'ens contractant té la condició d'administració pública i, per altra banda, si el contracte per raó d'objecte i quantia es troba sotmès a regulació harmonitzada. Això es fa especialment evident en els requisits aplicables al procediment de licitació i adjudicació, en els quals els requisits procedimentals són especialment exigents pel que fa als contractes sotmesos a regulació harmonitzada. En aquest sentit, el Consell d'Estat afirma en el Dictamen 4/2006 sobre l'avantprojecte de Llei:

> "Respecto al juego de los contratos sujetos a regulación armonizada, su delimitación es relativamente clara (artículos 13 a 17 de la ley, incluyendo los contratos subvencionados) y únicamente interesa ahora precisar la virtualidad que pueden tener los mismos dentro de la ley. A este respecto, dice la memoria justificativa:
>
> "Para lograr esta diferenciación [normas que provienen del Derecho comunitario y las que no tienen tal origen] se ha acuñado el concepto de "contratos sujetos a regulación armonizada", para designar a aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y cuantía, se encuentran sujetos a las directrices comunitarias. A la inversa y por exclusión, el

[262] Xifres dels llindars de conformitat amb l'Ordre EHA/3497/2009, de 23 de desembre, per la qual es fan públics els límits de diferents tipus de contractes a efectes de la contractació administrativa a partir de l'1 de gener de 2010.
[263] DEL SAZ, S., op. ult. cit.

concepto define también el ámbito de contratos respecto de los cuales el legislador goza de mayor libertad para su configuración".

Per tant, conjugant aquests dos criteris, tenim les següents possibilitats:

(1) Contractes celebrats per les administracions públiques. El règim fonamental continua sent el dels contractes celebrats per les administracions públiques. És en relació amb aquests contractes que s'apliquen la major part de preceptes previstos per la Llei. Així mateix, cal destacar que dintre dels contractes administratius, no resulta especialment rellevant la distinció entre contractes subjectes a regulació harmonitzada i els que no ho són. Tal com reconeix CEPEDA[264], l'única diferència de règim detectable entre uns i altres és la diversa exigència de publicitat en el Diari Oficial de la Unió Europea, extrem que ja es trobava recollit en el TRLCAP.

(2) Contractes celebrats per ens del sector públic creats per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil. Per als contractes celebrats per aquestes entitats del sector públic subjectes a regulació harmonitzada, incloent els contractes subvencionats, la Llei preveu les següents regles:

-En matèria de preparació, han de seguir les regles sobre especificacions tècniques, condicions especials d'execució i informació sobre determinades condicions dels articles 101, 102 i 103, respectivament (art. 104.1), addicionalment a les regles especials per cada contracte típic del Títol III del Llibre II.

-En adjudicació, han d'observar les mateixes regles que els contractes administratius amb algunes adaptacions (art. 174 a 177). En aquest segon nivell d'intensitat opera també una distinció interior de règim similar a la que existeix en els contractes administratius menors segons la quantia.

2.5. Procediments d'adjudicació

Els procediments d'adjudicació dels contractes que contempla la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, són el procediment obert, restringit, negociat, el diàleg competitiu, el procediment directe per a contractes menors i el concurs de projectes.

En primer lloc, el procediment obert és aquell en el qual tot empresari pot presentar una proposició, quedant exclosa tota negociació dels termes del contracte amb els licitadors i que es troba regulat als articles 141 a 145 de la Llei. Una de les novetats principals que s'incorporen en aquest procediment és l'accés de la documentació als licitadors, mitjançant l'enviament personalitzat o mitjançant l'accés per mitjans electrònics.

[264] CEPEDA MORRÁS, J. i YÁÑEZ DÍAZ, C., ob. ult. cit.

Aquestes són expressions operatives del principi de concurrència i transparència que proclama l'article 1 del LCSP per tant un reforç de les garanties en el procediment. [265]

Per altra banda, el procediment restringit serà aquell en el qual només podran presentar proposicions aquells empresaris que, a la seva sol·licitud i en atenció a la seva solvència siguin seleccionats per l'òrgan de contractació, estant prohibida la negociació dels termes del contracte amb els candidats o sol·licitants; aquest procediment es troba regulat als articles 146 a 152 de la Llei.

Cal destacar que el procediment obert i negociat són els procediments ordinaris, en el sentit d'habituals, d'adjudicació de contractes per part de l'Administració i la resta d'ens del sector públic. D'aquesta manera, si l'òrgan de contractació aplica altres procediments, caldrà que justifiqui el compliment dels requisits i supòsits exigits per la normativa.

El procediment negociat, regulat als articles 153 a 159, és aquell en què l'adjudicació haurà de recaure sobre el licitador justificadament escollit per l'òrgan de contractació i que serà objecte de publicitat prèvia en els casos previstos a l'article 161.

Una de les novetats introduïdes per la Llei pel que fa als procediments d'adjudicació és el diàleg competitiu i es troba regulat als articles 163 a 167. Aquesta tipologia de procediment incorpora característiques del procediment restringit i negociat. La finalitat d'aquest procediment és la negociació (diàleg) amb els candidats seleccionats per tal de desenvolupar una o diverses solucions a l'objecte de la licitació, les quals serviran de base per les ofertes. En relació a aquest extrem, CEPEDA[266] considera:

> "La esencia del diálogo competitivo estriba en que sean los propios contratistas los que definan los términos en que se puede llevar a cabo el contrato, ofreciendo soluciones, técnicas, jurídicas y económicas a la Administración".

El "diàleg competitiu" només es podrà utilitzar quan l'òrgan de contractació consideri que l'ús del procediment obert o del restringit no permet una adequada adjudicació del contracte com a conseqüència de la particular complexitat d'aquest. Es considera que existeix aquesta complexitat quan l'òrgan de contractació no es troba objectivament capacitat, diu la Llei, per a definir els mitjans tècnics aptes per a satisfer les seves necessitats o objectius o per a determinar la cobertura jurídica o financera d'un projecte.

El procediment s'inicia amb la publicació d'un anunci en el qual es donen a conèixer les necessitats i requisits de la licitació (al propi anunci o en un document descriptiu) perquè les empreses interessades puguin presentar les seves sol·licituds de participació. Es pot limitar el nombre d'empreses participants en un nombre no inferior a tres. Un cop rebudes les sol·licituds, l'òrgan de contractació remetrà les corresponents

[265] Informe de la JRdCA de Múrcia, de 24 de juliol. (JUR 1998\218797)
[266] CEPEDA MORRÁS, J. i YÁÑEZ DÍAZ, C., ob. ult. cit.

invitacions a prendre part en el diàleg i comunicarà els criteris d'adjudicació del contracte. A partir de la invitació i de la informació suplementària que els seleccionats poden demanar, es desenvolupa el diàleg on es poden debatre tots els aspectes del contracte d'acord amb els següents principis:

- Tracte igual a tots els licitadors; en particular no es facilitarà, de manera discriminatòria, informació que pugui donar avantatges a determinats licitadors respecte a la resta.
- L'òrgan de contractació no podrà revelar als demés participants les solucions proposades per un participant i altres dades confidencials, sense previ acord d'aquest.

El procediment pot articular-se en fases successives a fi de reduir progressivament el nombre de solucions a examinar, que haurà de ser suficientment ampli per a garantir una competència efectiva (sempre que s'hagin presentat un nombre suficient de solucions o de candidats adequats).

Un cop tancat el diàleg, l'òrgan de contractació convidaria als participants a presentar les seves ofertes finals i podrà demanar aclariments i informació complementària. Seguidament avaluarà les ofertes presentades i seleccionarà l'oferta econòmicament més avantatjosa tenint en compte diversos criteris sense que sigui possible adjudicar el contracte només basant-se en el preu ofert. Aquesta és una novetat important de la Llei ja que permet valorar diferents criteris per tal de garantir que el licitador és aquell que no només ofereix el preu més baix, sinó que també presta les màximes garanties en l'execució del contracte.

El procediment d'adjudicació de contractes descrit respon segurament a la necessitat de proporcionar a l'òrgan de contractació, al llarg del propi procés, la informació tècnica, jurídica i financera necessària per a avaluar les pròpies necessitats que es volen cobrir. La complexitat d'algunes solucions tècniques (tecnologies avançades) i d'alguns marcs jurídics i financers (enginyeria jurídica–financera) poden posar en inferioritat de condicions a les administracions respecte a les empreses d'un o diversos sectors del mercat. Malgrat que el "diàleg competitiu" pretén equilibrar aquesta relació, resultarà difícil justificar que l'òrgan de contractació de la pròpia administració actuant o poder adjudicador (que necessàriament són competents en la matèria) no es troben "objectivament capacitats" per a definir els mitjans tècnics, jurídics o financers d'un projecte.

La regulació de la Directiva 2004/18/CE només diu que el "diàleg competitiu" es pot emprar "quan el poder adjudicador consideri que l'ús dels procediments obert o restringit no permet l'adjudicació del contracte". No entra en la capacitat de l'òrgan de contractació sinó només en la –utilitzant un terme de la Llei comentada- complexitat del contracte. Dit d'una altra manera, no es tracta de suplir o completar capacitats (que s'haurien de donar per suposades) sinó de decidir si l'especial complexitat d'un tipus de

contracte requereix un tràmit negociador per a una millor protecció dels interessos públics. La nova Llei posa l'accent en una qüestió subjectiva (la capacitat de l'òrgan de contractació, en definitiva, de les persones que formen part d'aquest) de difícil tractament, en lloc de posar-lo en una qüestió que admet més fàcilment criteris objectius (la forma de licitar un contracte que millor garanteixi la finalitat perseguida).

Per tal de simplificar el procediment d'adjudicació en certs casos, la Llei estableix que en els contractes menors l'adjudicació podrà ser directa sempre que l'adjudicatari compti amb la capacitat d'obrar suficient i compti també amb l'habilitació professional necessària per tal de poder realitzar la prestació. La Llei indica a més quina tipologia de contractes podran tenir la consideració de contractes menors, que seran aquells amb import superior a 50.000 euros en el cas de contractes d'obres o d'import inferior a 18.000 euros quan es tracti de la resta de contractes.

Finalment trobem una última tipologia de procediment, que és el concurs de projectes. Aquest procediment està pensat per a l'elaboració de projectes d'arquitectura, urbanisme, enginyeria, processament de dades, etc., quan la selecció s'encomana a un jurat. S'exclouen d'aquest tipus de procediment els concursos subjectes a regulació harmonitzada per raó de la quantia, és a dir, els contractes de quantia igual o superior a 125.000 euros quan hagin de ser adjudicats per l'Administració General de l'Estat, els seus organismes autònoms, o les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social, i de quantia igual o superior a 193.000 euros quan els contractes hagin de ser adjudicats per ens, organismes o entitats del sector públic diferents dels anteriors.

2.6. Principis rectors dels procediments d'adjudicació

La contractació pública, tal com s'estableix en la Llei, té una sèrie de principis rectors que han de ser respectats tendents a garantir que tots els licitadors puguin concórrer a una determinada licitació en igualtat d'oportunitats i sense cap mena de discriminació. Aquests principis s'han fet més evidents i s'han reforçat, tal com hem comentat al llarg del present informe, mitjançant l'aprovació de directives comunitàries i jurisprudència del TJCCEE. Pel que fa aquests principis rectors trobem una distinció entre els contractes subjectes i els no subjectes a regulació harmonitzada.

D'aquesta manera l'article 1 de la LCSP preveu:

> "Artículo 1. Objeto y finalidad.
>
> La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no-discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición

previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".

Cal fer esment que ja el TC en la Sentència de 22 de abril de 1993 (RTC 1993, 141), publicada al BOE de 28 de maig de 1.993, declarava en el seu Fonament Jurídic núm. 5 el següent:

> «...la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas».

Així mateix, el TJCE ha considerat que la publicitat és un mecanisme necessari per a garantir la igualtat de tracte en diferents ocasions[267]. En el mateix sentit s'ha pronunciat la Comissió en la Comunicació interpretativa sobre el dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per Directives sobre contractació Pública (2006/C179) publicada en el DOUE d'1 d'agost de 2006.

Pel que fa als requisits de publicitat dels contractes públics s'estableixen en el punt 2.1 de la Comunicació citada de forma següent:

> «La obligación de transparencia exige que las empresas establecidas en otro Estado miembro tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener ese contrato. A juicio de la Comisión, la práctica de ponerse en contacto con varios licitadores potenciales sería insuficiente en este sentido, incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores. Este planteamiento selectivo no permite excluir la discriminación de licitadores potenciales de otros Estados miembros, en especial los recién llegados al mercado. Lo mismo ocurre con todas las formas de publicidad «pasiva», en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto por sus propios medios, la adjudicación de contrato prevista. Una simple *referencia a información en los* medios de comunicación, debates parlamentarios o políticos o eventos como congresos tampoco constituiría una publicidad adecuada.

[267] Els considerants 91 i següents de la Sentència del TJCE, de 12 de desembre de 2002 (TJCE 2002, 369), assumpte C-470-99, Universale-Bau afirmen que el compliment del principi d'igualtat de tracte requereix la publicitat de les licitacions. «Esta obligación de transparencia que incumbe a la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, un nivel adecuado de publicidad que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

Por tanto, la única manera de que los requisitos establecidos por el TJCE se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe publicarlo la entidad adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia.»

Els subjectes que tenen la consideració d'administració pública hauran de respectar les normes de procediment previstes en els articles 122 i següents. Per tant, la seva actuació s'haurà de realitzar de conformitat amb els principis d'igualtat i transparència establerts en l'article 1 LCSP. Així mateix, i sense afectar al principi de publicitat de l'adjudicació, els òrgans de contractació no poden divulgar els secrets tècnics o comercials ni els aspectes confidencials de les ofertes. Pel que fa al contractista, aquest haurà de respectar el caràcter confidencial de la informació a la qual tingui accés per mitjà de l'execució del contracte durant un termini de 5 anys des del coneixement de la informació, llevat que els plecs o els contractes estableixin un termini superior.

En els contractes no subjectes a regulació harmonitzada, els principis rectors dels procediments queden regulats a l'article 175 de la Llei. D'aquest article es desprèn que l'adjudicació estarà sotmesa en tot cas als principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació. A més d'enumerar els principis rectors, l'article disposa que els òrgans de contractació aprovaran unes instruccions d'obligat compliment per tal de reforçar l'efectivitat d'aquests. Així mateix, i pels contractes de quantia superior a 50.000 euros, caldrà la inserció de la informació relativa a la licitació dels contractes en el perfil del contractant de l'entitat.

L'exigència del respecte a aquests principis, concretament als principis de publicitat i concurrència, deriva en part de les exigències de les Sentències del TJUE de 15 de maig i de 16 d'octubre de 2003 que van ser introduïdes pel legislador en l'article 67 de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social que van donar una nova redacció al TRLCAP. El fraccionament de les encomanes generava, abans de l'aprovació de la LCSP, que els ens del sector públic poguessin escapar amb facilitat a la concurrència i publicitat dels seus contractes. [268] Cal recordar, pel que fa al contingut de la informació en els anuncis, que aquest està normalitzat mitjançant formularis.[269]

Finalment, cal introduir un element crític en relació amb el respecte als principis per part de la Llei. Així, malgrat que precisament la LCSP inclou els principis d'igualtat, lliure concurrència i no-discriminació dintre l'article 1 de la Llei i com a objecte principal d'aquesta, aquests principis podrien arribar a veure's compromesos amb l'existència de procediments excepcionals, que tot sovint són utilitzats amb caràcter general com el procediment negociat i el contracte menor. En aquest sentit, MORENO

[268] AMOEDO SOUTO, C., ob. ult. cit., p.121

[269] En tot cas cal recordar la STJCE de 26 de setembre de 2000, assumpte C-225/98 (TJCE 2000 / 221) Comissió de les Comunitats europees contra la República Francesa, on es va manifestar en el seu considerant 73 que una referència dels criteris d'adjudicació mitjançant una remissió a una disposició de la legislació nacional era insuficient per a complir el requisit de publicitat.

considera que aquest és un dels problemes cabdals de la contractació administrativa al nostre país[270]:

> "Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el art. 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden –como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones locales– utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista".

D'aquesta manera, segons considera l'autor, la LCSP ha deixat escapar una oportunitat de contemplar algun tipus de procediment simplificat aplicable a aquest tipus de contractes, per tal que no impliquessin una minva del principi de lliure concurrència. Respecte d'això, cal tenir en compte que en la Resolució del Parlament Europeu de 20 de juny de 2007, sobre problemes específics de transposició i aplicació de la legislació relativa la contractació pública s'adverteix de la greu preocupació de la Comissió Europea sobre l'existència en la UE "de numerosas adjudicaciones ilegales directas que se llevan a cabo sin respeto de las normas establecidas por las Directivas".

2.7. El règim de garanties i recursos en la contractació pública

2.7.1. El règim jurídic i àmbit d'aplicació del recurs especial en matèria de contractació

Un dels canvis més importants introduïts per la LCSP és sens dubte l'establiment i regulació d'un règim de recursos especial per als procediments de contractació. Així, el legislador vol esmenar un dèficit de garanties quant als recursos dels actes administratius dictats en el marc de l'expedient de contractació, que havia estat objecte de diverses modificacions per tal d'adequar-se a les exigències comunitàries, però que sens dubte requeria una reformulació global. D'aquesta manera, la LCSP pretén incorporar la normativa comunitària dictada respecte d'això, en aquest sentit es pronuncia PLEITE[271]:

> "la LCSP introduce un recurso especial en materia de contratación en el art. 37 con la finalidad de incorporar normas de derecho comunitario derivado y con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea"

El règim de garanties i recursos de la nova LCSP suposa un avanç important respecte del règim establert per l'anterior TRLCAP, tot introduint un recurs administratiu especial que pretén configurar-se com una eina d'impugnació més eficient i que respon

[270] MORENO MOLINA, J.A., ob. ult. cit
[271] MORENO MOLINA, J.A., ob. ult. cit.

a l'agilitat necessària que la matèria de contractació pública requereix. En aquest sentit, cal tenir en compte que la regulació jurídica del recurs especial ha variat substancialment amb la modificació de la LCSP operada per la Llei 34/2010, de 5 d'agost.

De conformitat amb la redacció original de la LCSP, el recurs especial es regulava en l'article 37. En canvi, a partir de la Llei 34/2010, l'article 37 i següents passen a regular els supòsits de nul·litat i s'afegeix a la LCSP un nou llibre, el Llibre VI que comprèn els articles 310 a 320 dedicats a regular el règim jurídic aplicable al recurs especial en matèria de contractació així com les mesures provisionals.

Com a novetat introduïda per la Llei 34/2010 hem de destacar el caràcter potestatiu del recurs especial de conformitat amb allò previst en l'article 310.6. La regulació anterior configurava el recurs especial com excloent, en el sentit que la manca d'interposició d'aquest impossibilitava la impugnació davant la jurisdicció contenciosa administrativa. De conformitat amb la regulació actual el recorrent podrà optar per recórrer en via administrativa mitjançant la interposició del recurs especial (en els supòsits que sigui aplicable) o bé acudir a la via de la jurisdicció contenciosa administrativa indistintament.

La creació d'aquest recurs deriva de les exigències comunitàries establertes en la Directiva 89/665/CEE sobretot des que la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 15 de maig de 2003 va condemnar el Regne d'Espanya per no haver estès el recurs contemplat en la directiva als actes relatius a l'adjudicació dels contractes sotmesos a les directives en matèria de contractació pública, independentment de la seva personalitat jurídica, i per no arbitrar mesures cautelars. Ara bé, queda clar que el legislador s'ha limitat a transposar la directiva de forma estricta, però sense incloure el recurs especial com a recurs general en matèria de contractació. Respecte d'això, destaca DEL SAZ[272]:

> "Prueba de ello es que, de acuerdo con el artículo 37 LCSP, solo pueden ser objeto de este recurso administrativo especial las decisiones de los poderes adjudicadores que recaigan en el procedimiento de licitación de los contratos sujetos a regulación armonizada y de los contratos de gestión de servicios públicos que reúnan determinadas características. De ahí que convivan con el recurso especial los recursos administrativos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, para los actos separables de los contratos de las Administraciones públicas no sujetos a regulación armonizada y aquellos otros actos, como la adjudicación definitiva, que, aún dictados en el procedimiento de adjudicación de un contrato armonizado, no son objeto del recurso especial".

Efectivament, el recurs especial té una aplicació limitada, des d'una doble perspectiva, únicament són recorribles determinades decisions adoptades en la fase de preparació i

[272] DEL SAZ, S., ob. ult. cit.

adjudicació dels contractes, la fase precontractual, i únicament s'aplica en l'àmbit de determinats contractes, tal com passem a indicar:

- Contractes subjectes a regulació harmonitzada.
- Contractes subvencionats.
- Contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'Annex II de quantia igual o superior a 193.000 euros.
- Contractes de gestió de serveis públics en els quals el pressupost de despeses de primer establiment sigui superior a 500.000 euros i el termini de duració del contracte superior a cinc anys.

En aquest sentit, la LCSP pretén donar compliment a la normativa comunitària, emparant per aquest recurs tots els actes dictats pels poders adjudicadors que estan sotmesos a les directives comunitàries de contractes, en particular la Directiva 89/665/CEE[273].

Tot i que com hem vist des d'un punt de vista objectiu l'aplicabilitat del recurs especial està limitada segons el tipus de contracte, pel que fa a l'àmbit d'aplicació subjectiva, cal tenir en compte que el recurs especial s'aplica a tots els ens i entitats subjectes a la Llei de Contractes del Sector Públic amb consideració de poder adjudicador. No obstant això, cal destacar que aquest extrem no suposa una novetat, mentre que la Llei 62/2003 ja estenia l'aplicació del règim de recursos a totes les entitats adjudicadores, independentment de la seva naturalesa jurídica.

Des d'aquesta perspectiva, podria arribar a considerar-se que el recurs especial previst en l'article 310 i ss., que en tots els casos es resol per un òrgan administratiu, converteix en acte administratiu allò que inicialment era un acte privat, en els casos en què l'autor de l'acte no era una administració Pública. Ara bé, cal tenir en compte tal com recull DEL SAZ[274]:

> "este argumento decae si tenemos en cuenta que no todos los actos preparatiorios son susceptibles de este recurso especial, por lo que cuando se trate de una entidad de Derecho público que sujeta su actividad al Derecho privado, o una sociedad, o una fundación, la adjudicación definitiva de un contrato privado armonizado no es susceptible de recurso administrativo, ni del recurso especial, ni procede de una Administración pública, pero será controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa"

Quant als actes que poden ser recorreguts mitjançant aquest recurs trobem per una banda els acords d'adjudicació, els anuncis de licitació, els plecs reguladors de la licitació, documents contractuals que estableixin les condicions que han de regir la

[273] MORENO MOLINA, J.A. et al., ob. ult. cit .
[274] DEL SAZ, S., ob. ult. cit

contractació, i els actes de tràmit adoptats en el procediment antecedent sempre que decideixin directament o indirectament sobre l'adjudicació.

El fet que hi hagi contractes no susceptibles de ser recorreguts mitjançant aquest recurs no vol dir que no hi hagi garanties per aquests. Així, els contractes no subjectes a regulació harmonitzada disposaran del règim de recursos ordinaris previstos a la Llei 30/1992 de Règim Jurídic de les Administracions públiques i Procediment Administratiu Comú sempre i quan es tracti de contractes administratius, de conformitat amb l'article 310.5 LCSP.

2.7.2. Procediment i resolució del recurs especial en matèria de contractació pública

Quant a la competència per a resoldre el recurs, la Llei 34/2010 ha introduït un canvi substancial respecte de la redacció original de la LCSP. La regulació jurídica original que la LCSP feia del recurs especial no preveia un òrgan independent que resolgués el recurs especial, sinó que era la pròpia administració contractant, o bé, l'administració de la qual depenia l'ens contractant aquella resolia.

Part de la doctrina havia criticat la manca d'imparcialitat de la configuració del recurs especial, mentre que no es preveia un ens amb la suficient independència que garantís el respecte als principis d'igualtat i no-discriminació en el marc de la resolució dels recursos. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya es pronuncia en aquest sentit en la Recomanació 2/2004 de 7 de juliol en afirmar:

> "No es garanteix així una independència de criteri per la resolució de la infracció al·legada. És cert que la Directiva 89/665/CEE no fixa unes característiques de l'organisme que conegui en primera instància dels recursos en matèria de contractació pública ni exigeix que hagi de ser de caràcter jurisdiccional, però és absolutament insuficient la previsió de l'apartat 5 de l'article 93 de la LCAP que preveu que l'empresari licitador, adjudicat ja el contracte i notificada l'adjudicació al conjunt d'empreses licitadores, pot sol·licitar de l'òrgan de contractació un informe que motivi les raons per les quals l'empresa no ha estat considerada adjudicatària del contracte".

I finalment, CEPEDA es fa ressò d'aquesta crítica doctrinal[275]:

> "Un sector doctrinal ha criticado el sistema (GIMENO FELIU entre otros) por resultar deficiente desde la perspectiva de las garantías, dado que difícilmente puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el órgano contratante lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga u obstáculo procedimental habida cuenta su carácter preclusivo. Por lo que se propugna que el recurso se encargue a un órgano administrativo especializado".

[275] CEPEDA MORRÁS, J. i YÁÑEZ DÍAZ, C., ob. ult. cit.

Amb la finalitat d'incorporar les reflexions que acabem de reproduir, i per tal de configurar un sistema de recursos i mesures provisionals amb més garanties, la Llei 34/2010 introdueix una novetat en preveure que la resolució dels contractes es durà a terme per un òrgan especialitzat amb independència funcional. D'aquesta manera, en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat es crea el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, adscrit al Ministeri d'Economia i Hisenda, previst en l'article 311.1 LCSP.

Per altra banda, l'article 311 LCSP preveu quant a l'àmbit de les comunitats autònomes, així com dels òrgans competents de les seves assemblees legislatives, i de les institucions autonòmiques anàlogues al Tribunal de Comptes i al Defensor del Poble, que la competència per resoldre els recursos serà establerta per les seves normes respectives. En qualsevol cas, hauran de crear un òrgan independent que conegui la resolució dels recursos, i aprovar normes en les quals es regulin aquests òrgans, i llur funcionament.

Responent al mandat del legislador, i pel que fa al cas de Catalunya, en el moment de la redacció d'aquest treball es troba en tramitació el projecte de decret que preveu la creació del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic i que s'adscriurà al Departament d'Economia i Finances. De conformitat amb l'article 2.1 del projecte de decret (segons redacció de data 21 de setembre de 2009, sotmesa a tràmit d'informació pública), el Tribunal es configura com un òrgan col·legiat independent que coneix i resol els recursos especials en matèria de contractació que s'interposin en relació als procediments de contractació de l'Administració de la Generalitat i dels ens que conformen el seu sector públic.

Quant a la composició del Tribunal l'article 3.2 del projecte de decret preveu que tots els membres han de ser designats entre funcionaris de carrera dels cossos o escales del grup A, amb títol de llicenciat en dret i amb més de quinze anys d'activitat professional a l'Administració pública. El president i el secretari del Tribunal hauran de pertànyer al cos de l'Advocació de la Generalitat.

Dos dels vocals del Tribunal hauran de ser designats a proposta de les entitats representatives dels ens locals de Catalunya d'entre funcionaris de carrera. Els tres vocals restants seran designats entre funcionaris que hagin desenvolupat, respectivament, la seva activitat en llocs de caràcter consultiu en l'àmbit de la contractació pública, llocs de treball de fiscalització o control, i en llocs de treball de gestió contractual en centres o unitats de contractació.

Així mateix, l'article 311.3 LCSP preveu quant a l'àmbit de les corporacions locals, que la competència per resoldre els recursos serà l'establerta per les normes de les comunitats autònomes quan aquestes tinguin atribuïda competència normativa i d'execució en matèria de règim local i contractació. En el supòsit que no existeixi previsió expressa en la legislació autonòmica, la competència correspondrà al mateix

òrgan al qual les comunitats autònomes del territori en què es troben ubicades les corporacions locals hagin atribuït la competència per resoldre els recursos del seu àmbit.

En relació amb les corporacions locals, el projecte de decret que regula la creació del Tribunal Català de Contractes del Sector públic preveu que aquest Tribunal també coneixerà en relació als recursos especials dels procediments de contractació dels ens que integren l'Administració Local de Catalunya, i de les entitats que integren el seu sector públic que tinguin la consideració de poders adjudicadors.

En qualsevol cas, respecte de l'òrgan competent quant a la resolució dels recursos en l'àmbit de la comunitat autònoma de Catalunya, caldrà tenir en compte la redacció definitiva del decret regulador del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, quan aquest s'aprovi de forma definitiva.

Així doncs, la regulació del recurs especial és una garantia que s'estableix per aquells contractes subjectes a procediments amb regulació harmonitzada, inclosos els subvencionats. Aquest recurs està previst pels acords d'adjudicació, els plecs reguladors de la licitació i els que estableixin les característiques de la prestació. Mitjançant aquest recurs també és possible recórrer els actes de tràmit, sempre que aquests decideixin sobre l'adjudicació o impossibilitin la continuació del procediment.

De conformitat amb l'article 314.1, la interposició del recurs s'haurà d'anunciar a l'òrgan de contractació de forma prèvia mitjançant escrit indicant l'acte del procediment que sigui objecte de recurs. L'obligació de presentació d'aquest anunci representa una novetat introduïda per la Llei 34/2010 en relació amb la redacció original de la LCSP.

El termini d'interposició és de quinze dies hàbils comptadors des del dia següent al que es remeti la notificació de l'acte impugnat . Ara bé:

- En cas que el recurs s'interposi contra el contingut dels plecs o altres documents contractuals, el còmput s'iniciarà a partir del dia següent a aquell en què aquests hagin estat rebuts o posats a disposició dels licitadors.
- Quan s'interposi contra actes de tràmit adoptats en el procediment d'adjudicació o contra un acte resultant de l'aplicació del procediment negociat sense publicitat, el còmput s'iniciarà a partir del dia següent a aquell en què s'hagi tingut coneixement de la possible infracció.
- Quan es pretengui recórrer l'anunci de licitació, el termini començarà a comptar a partir del dia següent al de la publicació.
- En cas que es recorri l'acord d'adjudicació el termini es comptarà des del dia següent a aquell en què aquest es publiqui en un diari oficial o en el perfil del contractant. En cas de tramitació per la via d'urgència, el termini serà de set dies hàbils.

Quant a la presentació, és important ressaltar que suposa una excepció a la presentació de documents a l'Administració pública, mentre que la presentació de l'escrit

d'interposició s'ha de fer en el registre de l'òrgan de contractació o en l'òrgan competent per la resolució del recurs. L'esmena dels defectes d'aquest escrit s'ha d'efectuar, si escau, en el termini de tres dies. Caldrà presentar el recurs davant el registre de l'òrgan de contractació o l'òrgan competent per la resolució del recurs.

Els efectes de la interposició es troben regulats a l'article 315. En primer lloc i en el cas en què es recorri l'acte d'adjudicació, quedarà en suspens la tramitació de l'expedient fins que es resolgui expressament el recurs. Posteriorment procedeix el trasllat del recurs interposat als interessats atorgant un termini de cinc dies per a formular al·legacions. Llavors es reclama l'expedient a l'entitat, l'òrgan o el servei que l'hagi tramitat (2 dies per remissió).

També en aquest termini de cinc dies, l'òrgan competent resoldrà sobre si procedeix o no el manteniment de la suspensió automàtica, que s'entendrà vigent fins que no es dicti resolució expressa acordant-ne l'aixecament.

Pel que fa la resolució del recurs, cal dir que un cop rebudes les al·legacions o transcorregut el termini a l'efecte, l'òrgan competent resoldrà el recurs dintre el termini dels cinc dies hàbils següents. Es notificarà la resolució a tots els interessats. En qualsevol cas, la resolució pot estimar en tot o en part, així com desestimar les pretensions formulades o declarar la inadmissió.

Quant al règim de silenci administratiu, la redacció original de la LCSP preveia un termini de vint dies a partir dels quals, en cas de no resoldre's el recurs es considerava desestimat per silenci negatiu. Aquest termini a efectes de silenci negatiu ha estat suprimit en la redacció introduïda per la Llei 34/2010. En qualsevol cas, resulta d'aplicació el règim general del silenci regulat en la LRJPAC, que preveu el silenci negatiu en cas d'impugnació d'actes en l'article 43.

Pel que fa a la resta d'actes administratius que no s'inclouen en àmbit del recurs especial en matèria de contractació definit en l'article 310 i següents de la LCSP, caldrà acudir al sistema general de recursos de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques, tal com recull l'article 310.5. Ara bé, en aquest sentit, únicament resultaran d'aplicació per aquells actes que pròpiament siguin actes administratius, és a dir, aquells dictats per una administració pública, i no pas la resta d'ens integrants del sector públic.

2.7.3. Les mesures provisionals

Íntimament relacionades amb el recurs especial introduït per la LCSP, cal fer referència a les mesures provisionals regulades en l'article 313 de la Llei. Respecte d'això, cal recordar que aquestes no suposen una novetat, mentre que les mesures cautelars van ser introduïdes per primer cop a l'ordenament jurídic espanyol a partir de l'article 67 de la Llei 62/2003, de 30 de desembre. D'aquesta manera, s'afegia al TRLCAP un nou article

60 bis amb el títol de "mesures provisionals" que derivaven de la Sentència del TJCE de 15 de maig i 16 d'octubre de 2003.

En la nova LCSP, es preveuen les mesures provisionals en l'article 313 i tenen com a principal objectiu corregir les infraccions de procediment o evitar que es causin altres perjudicis als interessats afectats. Entre aquestes mesures s'inclouen mesures destinades a suspendre o fer que se suspengui el procediment d'adjudicació del contracte en qüestió o l'execució de qualsevol decisió adoptada per els òrgans de contractació.

Els contractes als quals s'apliquen aquestes mesures són els mateixos que en el recurs especial.

Els òrgans competents per a resoldre l'atorgament d'aquestes mesures són els mateixos que en el recurs administratiu especial. Pel que fa al procediment de les mesures provisionals cal dir que aquestes es poden sol·licitar simultàniament amb la interposició del recurs especial en matèria de contractació o de manera independent amb anterioritat a la seva interposició.

La decisió d'atorgament o no s'haurà de prendre dins els cinc dies hàbils des de la petició de mesures provisionals o del recurs a través del qual es presentessin. L'òrgan competent quant a la resolució comunicarà la petició de les mesures provisionals a l'òrgan de contractació en el mateix dia en què es rebi, tot atorgant-li termini de dos dies per tal que contesti.

Si de l'adopció de les mesures provisionals se'n poguessin derivar perjudicis, es podrà imposar la constitució de caució o garantia suficient. En el cas que la caució sigui necessària, les mesures provisionals no seran efectives fins que no es constitueixi la caució o garantia. Amb les mesures provisionals es pretén que la resolució d'una impugnació sigui efectiva. [276]

---

[276] És important en aquest sentit la STJCE de 15 de maig de 2003 (TJCE 2003, 138) sobretot pel que fa referència a les apreciacions 47, 48 i 49 del TJCE que es transcriuen :

> 47 Ha quedado acreditado que, a tenor del artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995 (RCL 1995, 1485, 1948) , en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en el ordenamiento jurídico español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.
> 48 Resulta de lo anterior que, para determinar si esta exclusión constituye una adaptación correcta del Derecho interno al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) , es necesario comprobar si el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en esta disposición se refiere únicamente a los organismos que se rigen por el Derecho público, como sostiene el Gobierno español, o si los organismos que tengan estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.
> 49 A este respecto, procede recordar que, según se desprende de sus considerandos primero y segundo, la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) pretende reforzar los mecanismos existentes, tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas en materia de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro y de obras, en particular en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse. Para ello, el artículo 1,

En definitiva, i com a conclusió, el nou règim de mesures provisionals, així com el recurs especial suposen un gran avenç pel que fa a les garanties que la Llei atorga als licitadors que pretenguin recórrer algun acte administratiu de l'expedient de contractació. Avenç que es fa encara més important de conformitat amb les modificacions introduïdes per la Llei 34/2010 que preveu la creació d'òrgans administratius independents que coneixeran amb autonomia de la resolució dels recursos especials i de les mesures provisionals.

D'aquesta manera, el règim previst a la Llei suposa una major seguretat jurídica, mentre que configura un règim de recurs específic, tot detallant els terminis de presentació, efectes i òrgan davant el qual procedeix la presentació. Així mateix, configura un règim de mesures provisionals àgil i eficient, que assegurarà l'efectivitat del recurs especial, i en definitiva afavorint i garantint el compliment dels principis que han de regir la contractació administrativa.

2.7.4. Regulació dels supòsits especials de nul·litat contractual

La Llei 34/2010 ha introduït com a novetat la regulació d'una sèrie de supòsits de nul·litat especial en l'àmbit de la contractació pública, així com la possibilitat d'interposar qüestions de nul·litat per tal que els interessats en el procediments puguin impugnar-los si consideren la concurrència d'algun d'aquests supòsits. La regulació d'aquests supòsits especials respon a la necessitat de transposar a l'ordenament jurídic espanyol les previsions de la Directiva 2007/66/CE, d'11 de desembre que modifica la Directiva 89/665/CEE de 21 de desembre que regula els recursos en matèria de contractació.

Així, l'article 37 i següents, que de conformitat amb la redacció original de la LCSP regulaven el recurs especial, en l'actualitat a partir de les modificacions operades per la Llei 34/2010 regulen els supòsits especials de nul·litat contractual.

De la mateixa manera que el recurs especial, els supòsits de nul·litat especial no resulten d'aplicació en relació amb tots els contractes. Així, aquests supòsits únicament s'aplicaran en relació amb els contractes subjectes a regulació harmonitzada, així com els contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'Annex II, el valor dels quals superi 193.000 euros.

Doncs bé, en relació amb els contractes que acabem d'esmentar, concorreran els supòsits especials de nul·litat contractual:

---

apartado 1, de la citada Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las decisiones ilegales adoptadas por las entidades adjudicadoras en el marco de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 (LCEur 1992, 2431) , 93/36 (LCEur 1993, 2559) y 93/37 (LCEur 1993, 2560) puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.''

- Quan el contracte s'hagi adjudicat sense complir prèviament el requisit de publicació de l'anunci de licitació en el "Diario Oficial de la Unión Europea" en els casos en què sigui preceptiu.

- Quan no s'hagi respectat el termini de quinze dies hàbils per la formalització del contracte sempre que el licitador s'hagi vist privat de la possibilitat d'interposar el recurs especial, i concorri alguna infracció dels preceptes que regulen el procediment d'adjudicació dels contractes.

- Quan malgrat haver-se interposat el recurs especial en matèria de contractació es dugui a terme la formalització del contracte sense tenir en compte la suspensió automàtica de l'acte d'adjudicació, sense esperar a que l'òrgan d'adjudicació hagi dictat resolució respecte d'això.

- En el supòsit que en un contracte sotmès a regulació harmonitzada basat en un acord marc celebrat per diversos empresaris s'hagin incomplert les normes d'adjudicació previstes en l'article 182.4.

- En el supòsit d'adjudicació d'un contracte específic basat en un sistema dinàmic de contractació en el qual estiguin admesos diversos empresaris, sempre que el contracte a adjudicar estigui subjecte a regulació harmonitzada i s'haguessin incomplert les normes de l'article 186 sobre adjudicació de contractes.

Qualsevol persona que tingui un interès legítim en l'esmentat procediment de licitació pot plantejar la qüestió de nul·litat davant l'òrgan previst en l'article 311, és a dir, el mateix òrgan que s'ocupa de la resolució dels recursos especials en matèria de contractació. Per tant, l'òrgan competent per conèixer i resoldre les qüestions de nul·litat és el mateix que el dels recursos especials en matèria de contractació.

El termini d'interposició és de trenta dies hàbils a comptar des de la publicació de l'adjudicació del contracte, o des de la notificació als licitadors afectats, dels motius del rebuig de la seva candidatura o proposició i de les característiques de la proposició de l'adjudicatari que van ser determinants de l'adjudicació. Fora d'aquests supòsits el termini d'interposició finalitzarà als sis mesos a comptar des de la formalització del contracte.

Pel que fa a la tramitació de la qüestió de nul·litat, de conformitat amb l'article 39.5 es tramitarà de conformitat amb les normes previstes quant al recurs especial en matèria de contractació amb algunes excepcions:

- No aplica l'obligació d'anunciar prèviament la interposició del recurs.

- La interposició no implica la suspensió del procediment.

- El termini per tal que l'òrgan de contractació formuli al·legacions en relació a la sol·licitud de mesures cautelars s'eleva a set dies hàbils.

- El termini per la remissió de l'expedient per part de l'òrgan de contractació és de set dies hàbils.

- En la resolució, l'òrgan de contractació es pronunciarà en relació amb la procedència d'aplicar sancions alternatives.

Pel que fa als efectes de la declaració de nul·litat, l'article 38.1 preveu que es produiran els previstos en l'article 35 LCSP:

> "La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido."

No obstant això, l'article 38.2 preveu la possibilitat que l'òrgan competent per declarar la nul·litat no la declari i acordi el manteniment dels efectes del contracte quan atenent circumstàncies excepcionals, consideri que existeixen raons imperioses d'interès general que ho justifiquin. Ara bé, els interessos econòmics únicament es consideraran com a circumstàncies excepcionals en el següent supòsit:

> "Solo se considerará que los intereses económicos constituyen las razones imperiosas mencionadas en el primer párrafo de este apartado en los casos excepcionales en que la declaración de nulidad del contrato dé lugar a consecuencias desproporcionadas."

En aquests supòsits la declaració de nul·litat es podrà substituir per sancions alternatives que no podran ser inferiors al cinc per cent ni superar el vint per cent del preu. Per determinar la quantia d'aquestes multes, l'òrgan competent tindrà en compte la reiteració, el percentatge del contracte que hagi estat executat, els danys causats a l'interès públic. Així mateix, la LCSP també preveu que es pugui imposar com a sanció la reducció proporcionada de la duració del contracte.

2.7.4. Ordre jurisdiccional competent

Per tal de determinar l'ordre jurisdiccional competent en matèria de contractació caldrà determinar el tipus de contracte i el subjecte contractant.

D'aquesta manera la jurisdicció contenciosa administrativa coneixerà les qüestions litigioses relatives als contractes administratius en totes les seves fases (preparació, compliment i extinció) i efectes. També coneixerà els contractes privats de les administracions públiques i els contractes privats sotmesos a regulació harmonitzada en les fases de preparació i adjudicació dels contractes. S'entenen inclosos els contractes subvencionats regulats en l'article 17, així com els contractes de serveis de les

categories 17 a 27 de l'Annex II, el valor estimat dels quals sigui igual o superior a 193.000 euros que pretenguin concertar ens, organismes o entitats, que sense ser administracions públiques, tinguin la condició de poders adjudicadors. La jurisdicció contenciosa administrativa també coneixerà els recursos interposats contra les resolucions que es dictin pels òrgans de resolució de recursos especials en matèria de contractació.

De la mateixa manera la jurisdicció civil coneixerà sobre les qüestions litigioses que sorgeixin entre les parts en relació amb els contractes privats pel que fa als efectes, el compliment i l'extinció dels contractes i en els contractes privats que celebrin entitats públiques que no tinguin el caràcter d'administració pública a més en les fases de preparació i adjudicació sempre que no estiguin sotmesos a regulació harmonitzada.

Així, quan el subjecte no tingui la condició d'administració pública, cal posar de manifest que en els contractes subjectes a regulació harmonitzada de les fases de preparació i adjudicació coneixerà l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu. No obstant això, pel que fa als efectes, al compliment i a l'extinció, coneixerà la jurisdicció civil. En canvi en els contractes no subjectes a regulació harmonitzada, coneixerà la jurisdicció civil en totes les fases, a saber, preparació, adjudicació, efectes, compliment i extinció.

Tal com destaca CEPEDA[277], la regulació de la jurisdicció competent en la LCSP planteja dos problemes:

- Atès que l'article 20.2LCSP no distingeix entre el règim jurídic de la preparació i l'adjudicació dels contractes privats en funció de la naturalesa del subjecte o entitat que els celebra, la competència de l'ordre civil atribuïda per l'article 21.2 suposa que els jutjats i els tribunals civils podrien arribar a conèixer prejudicialment les qüestions de dret administratiu aplicables a aquestes fases.

- L'article 21.2 LCSP dóna a entendre que hi poden haver supòsits de contractes privats celebrats per entitats que no són administració pública però estan subjectes a regulació harmonitzada, als quals els correspondria la jurisdicció contenciosa administrativa.

2.7.5. L'arbitratge

La possibilitat de l'arbitratge com a mecanisme de resolució de conflictes en els procediments de contractació pública es troba regulat a l'article 320 de la LCSP. D'aquesta manera els ens, els organismes i les entitats del sector públic que no tinguin el caràcter d'administracions públiques podran remetre a un arbitratge, conforme a les

[277] CEPEDA MORRÁS, J. i YÁNEZ DÍAZ, C., ob. ult. cit.

disposicions de la Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge, la solució de diferències que puguin sorgir sobre els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes que se celebrin.

Cal tenir en compte quant a la naturalesa jurídica de l'arbitratge que, essent un equivalent jurisdiccional mitjançant el qual les parts poden obtenir els mateixos objectius que la jurisdicció civil, això és, l'obtenció d'una decisió que posi fi al conflicte amb els efectes de cosa jutjada, és evident que la creació d'òrgans de naturalesa arbitral i l'establiment d'aquest procediment és matèria pròpia de la legislació processal civil, relacionada quant a efectes del laude arbitral i al sistema de recursos, amb l'Administració de Justícia.

3. Règim específic de contractació dels ens locals

3.1. Àmbit d'aplicació de la Llei als ens locals

A la vegada que la Disposició Derogatòria Única de la Llei deroga els preceptes dedicats a la contractació continguts en la Llei de Bases de Règim Local, la Llei de Contractes del Sector Públic estableix normes específiques de contractació per a les entitats locals en la seva disposició addicional segona. Així, la LCSP incorpora al seu contingut la regulació de la contractació local, tot i unificant-la mentre que fins al moment es trobava repartida entre diversos articles de la Llei de Bases de Règim Local, així com el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local. D'aquesta manera s'estableixen especificitats que seran tractades en aquest apartat.

En primer lloc i pel que fa a les competències com a òrgan de contractació, la LCSP fa una doble distinció segons tipologia i quantia del contracte i segons la població del municipi.

D'aquesta manera ostenta la competència com a òrgan de contractació l'alcalde i en general els presidents de les entitats locals en els següents casos:

a) contractes d'obres
b) contractes de subministrament
c) contractes de serveis
d) contractes de gestió de serveis públics
e) contractes especials
f) contractes privats quan el seu import no superi el 10% dels recursos ordinaris del pressupost ni en cap cas els sis milions d'euros, inclosos els de caràcter plurianual quan la seva durada no sigui superior a quatre anys i sempre que l'import acumulat de totes les anualitats no superi ni el percentatge de recursos ordinaris del pressupost ni la quantia.
g) Concessions sobre béns de les entitats locals, adquisició de béns immobles, adquisició de drets subjectes a la legislació patrimonial i alienació de patrimoni

quan el seu import no superi el 10% dels recursos ordinaris del pressupost ni en cap cal els tres milions d'euros.

Així mateix, la competència com a òrgan de contractació l'ostentarà el ple en la resta de contractes. Cal posar de manifest que els contractes privats de quantia més elevada són competència del ple de la corporació. Així mateix, correspon al ple l'adjudicació de concessions sobre els béns de la corporació i l'adquisició de béns immobles i drets subjectes a la legislació patrimonial així com l'alienació del patrimoni quan no estigui atribuït a l'alcalde o president, també dels béns declarats de valor històric o artístic qualsevol que sigui el seu valor.

Pel que fa a la segona distinció anotada i que feia referència a la classificació del municipi segons la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de Bases de Règim Local (LRBRL), cal posar de manifest que en els municipis de gran població, segons la definició de l'article 121 de la LRBRL, les competències seran exercides per la junta de govern local sigui quin sigui l'import i la duració del contracte.

Per tal de flexibilitzar el règim d'aplicació de la Llei a les entitats locals, serà potestativa la constitució de juntes de contractació que actuaran com a òrgans de contractació en els contractes d'obres que tinguin per objecte treballs de reparació simple, de conservació i manteniment, contractes de subministrament que es refereixin a béns consumibles o de fàcil deteriorament per l'ús, contractes de serveis l'import dels quals no superi el 10% dels recursos ordinaris o que, superant aquest import, les actuacions estiguin previstes al pressupost de l'exercici. En els casos d'actuació de les juntes de contractació es prescindirà de la intervenció de la mesa de contractació, que recordem que està regulada a l'article 295 de la LCSP i és l'òrgan d'assistència competent per a la valoració de les ofertes.

La disposició addicional segona, relativa a les normes específiques de contractació en les entitats locals, disposa en el seu apartat 10 que la mesa de contractació ha d'estar presidida per un membre de la corporació o un funcionari o funcionària d'aquesta corporació i que n'han de formar part, com a vocals, el secretari o secretària o, si escau, el titular de l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic, i l'interventor o interventora, com també els altres que designi l'òrgan de contractació entre el personal funcionari de carrera o personal laboral al servei de la corporació, o membres electes d'aquesta, sense que el seu nombre, en total, sigui inferior a tres; que actua com a secretari o secretària un funcionari o funcionària de la corporació; i que a les entitats locals municipals es pot integrar a la mesa personal al servei de les corresponents diputacions provincials o comunitats autònomes uniprovincials.[278]

[278] Informe 3/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: composició i funcionament de les meses de contractació.

Pels municipis amb menys de 5.000 habitants, les competències en matèria de contractació poden ser exercides pels òrgans que, amb caràcter de centrals de contractació, es constitueixin a tal efecte. La Llei també preveu que es puguin concertar convenis de col·laboració en virtut dels quals s'encomani la gestió del procediment de contractació a les diputacions provincials. L'aprovació de la despesa serà substituïda per una certificació d'existència de crèdit efectuada pel secretari interventor o, si escau, per l'interventor de la corporació.

Pel que fa al procediment, l'aprovació de l'expedient i l'obertura del procediment d'adjudicació correspon a l'òrgan de contractació. Prèviament a l'aprovació del plec de clàusules administratives particulars, el secretari elaborarà un informe. Així mateix, l'interventor de l'entitat local realitzarà els actes de fiscalització que li pertoquin.

En els casos d'utilització del procediment negociat en supòsits d'urgència, caldrà una justificació per part del secretari i de l'interventor justificant degudament la urgència.

Es permet als municipis de menys de 5.000 habitants que en els contractes d'obres amb execució que excedeixi d'un pressupost anual, es pugui redactar projectes independents per a cadascuna de les parts de l'obra, sempre i quan siguin susceptibles d'utilització separada en el sentit d'ús general del servei, o poden ser substancialment definides, cal però l'autorització del ple de la corporació, adoptada per la majoria absoluta dels seus membres sense que sigui possible la delegació d'aquesta autorització.

Pel que fa els contractes que tinguin per objecte l'adquisició de béns immobles, l'import de l'adquisició podrà ser objecte d'un aplaçament de fins a quatre anys.

Pel que fa la creació de centrals de contractació, a què fa referència l'article 188 de la LCSP, aquestes podran ser creades per part de les diputacions per acord del ple.

3.2. Les societats mercantils locals

Cal fer una especial consideració al règim jurídic de les societats mercantils locals de capital íntegrament públic, així com el seu règim de contractació. En aquest sentit, cal tenir en compte que en les municipalitzacions i la generalització d'un estat de benestar amb un important paper del sector públic en la prestació de serveis de naturalesa econòmica, s'ha concretat la possibilitat que les administracions públiques en general i en especial les administracions locals, puguin per a la realització de serveis públics estrictes com pels serveis de simple gestió econòmica utilitzar fórmules organitzatives com la societat mercantil local. En aquest sentit, tal com destaca GARCÍA RUBIO[279]:

> "Por tanto, ha quedado superada, tal y como afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA, la relación de actividad administrativa y servicio público sometida al derecho

[279] GARCÍA RUBIO, F., "La contratación de las sociedades mercantiles municipales", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 66, juliol 2007.

administrativo puro, puesto que no toda actividad administrativa o de prestación es actividad de servicio público, y a la vez no todo el régimen de servicio público propiamente tal es un régimen de derecho común, por lo que habrá partes de la actividad prestadas por la Administración que se podrán someter al derecho privado".

És rellevant en aquest sentit l'Informe 4/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, quan conclou que les previsions del TRLMRLC que estableixen el règim jurídic aplicable a la contractació de les societats mercantils locals no es troba actualment vigent, per ser contrari a la normativa bàsica establerta en la LCSP. [280]

Per tant, i per a determinar el grau de subjecció de les societats mercantils locals de capital integrament públic a la LCSP, serà necessari determinar si han estat creades específicament per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, atenent especialment el seu objecte. D'aquesta manera, tenint en compte la finalitat pública que han de satisfer aquest tipus de societats, l'informe conclou que aquest tipus de societats tenen el caràcter de poder adjudicador segons la LCSP.

En el marc de l'Informe 11/2008, de 27 de novembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, es va plantejar la possibilitat que un organisme, entitat o ens que no tingui la consideració d'administració pública pogués licitar i adjudicar contractes de gestió de servei públic o bé prestar directament el servei. D'aquesta manera i de conformitat amb l'article 8.2 de la LCSP, la Comissió va considerar que és possible encarregar directament a una societat de dret privat la gestió d'un servei públic quan hi concorrin els requisits que estableix la Llei. Aquesta alternativa ha estat avalada pel Tribunal Suprem, entre altres, en Sentència d'11 de maig de 2005, que va considerar ajustada a dret la decisió de l'Administració andalusa d'encarregar la gestió de la campanya de sanejament ramader a un empresa pública.

En el supòsit que delimita l'article 8.2 de la LCSP, l'activitat o prestació del servei no es realitza indirectament mitjançant la seva adjudicació a un tercer, sinó que l'Administració crea un ens amb personalitat jurídica pròpia o una societat mercantil per a la gestió d'un servei determinat. En definitiva, aquest article estableix una excepció a l'aplicació de la LCSP perquè tradicionalment s'ha considerat que es tracta de la gestió instrumental d'un servei públic. Dit en unes altres paraules, s'ha entès com una fórmula d'organització de les administracions públiques per a l'exercici de les seves competències.

[280] L'Informe 4/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: règim de contractació de les societats mercantils locals de capital íntegrament públic. Règim de contractació de la societat mercantil Santa Oliva Gestió Urbanística Municipal, societat anònima municipal (SOGUM, SAM)

Aquesta fórmula es troba definida en la normativa de règim local en l'article 85.2 de la LRBRL i l'article 249.1 i 2 del TRLMRLC que determinen que els serveis públics es poden gestionar directament o indirectament i, entre les formes de gestió directa, preveu la gestió a càrrec d'organismes autònoms, entitats públiques empresarials locals o bé societats mercantils de capital íntegrament públic.

No obstant això, per a ser considerades poder adjudicador, és imprescindible que la titularitat del capital social d'aquesta societat sigui totalment de l'administració titular del servei o d'uns ens d'aquesta administració, i que disposi dels mitjans personals i materials necessaris per a prestar un servei públic competència de l'administració pública a la qual està vinculada.[281]

En conseqüència, la redacció actual de la LCSP i el tractament jurídic que fa del règim jurídic aplicable a la contractació per part de les societats mercantils locals, dista molt de les determinacions tradicionals d'exclusió absoluta de l'àmbit d'aplicació. En aquest sentit, GARCÍA RUBIO[282] ja anteriorment a l'entrada en vigor de la LCSP establia:

> "Dejando al margen dicho precepto excepcional, debemos concluir, en la línea que recoge el Texto del Proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, la aplicabilidad de las determinaciones en relación con el concepto de poder adjudicador de las directivas y reglas de contratación, para las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades pertenecientes al sector público sea superior al cincuenta por ciento".

Per tant, cal concloure que les societats mercantils locals, sempre que el capital social sigui com a mínim del cinquanta per cent públic, es troben subjectes al règim de contractació establerta per la LCSP, sent considerades poder adjudicador, tot i que la normativa local fins a l'aprovació de la LCSP entenia que no se subjectaven a la normativa de contractació pública.

Així, la contractació de les societats mercantils locals es regeix de conformitat amb allò previst en la LCSP. Altra cosa és que, de conformitat amb el que hem exposat, la totalitat de contractes celebrats per societats mercantils locals tenen la naturalesa jurídica de contractes privats (art. 20); per tant, el règim jurídic aplicable en relació amb la preparació i l'adjudicació serà el previst per la LCSP, mentre que pel que fa als seus efectes, compliment i extinció es regiran per el dret privat.

---

[281] INFORME 11/2008, de 27 de novembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya Assumpte: contracte de gestió de servei públic. Possibilitat que un organisme, entitat o ens que no tingui la consideració d'administració pública pugui licitar i adjudicar aquest tipus de contracte o bé prestar directament el servei.

[282] GARCÍA RUBIO, F., ob. ult. cit.

3.3. Instruccions internes de contractació de les societats públiques

Tal com hem posat de manifest, un dels elements que determina el grau d'aplicació i el règim jurídic aplicable als contractes és la seva consideració com a contracte administratiu o contracte privat. En aquest sentit, cal tenir en compte que els contractes celebrats per societats mercantils locals, especialment si no estan subjectes a regulació harmonitzada, poden flexibilitzar els procediments d'adjudicació i licitació. Així, ofereix la possibilitat a les societats mercantils locals que aprovin instruccions internes en les quals es fixin els procediments d'adjudicació i licitació de contractes a aplicar als contractes no sotmesos a regulació harmonitzada. En cas que no s'adoptessin aquestes instruccions, resultaria d'aplicació el procediment previst en la LCSP pel que fa als contractes sotmesos a regulació harmonitzada. Precisament sobre aquesta qüestió es pronuncia ETXEZARRETA[283]:

> "Las sociedades mercantiles locales no están sometidas con carácter general, a ningún procedimiento específico a la hora de seleccionar al contratista y su oferta para suscribir un contrato. Como más adelante se señalará, sí que lo están cuando el contrato a celebrar es un contrato de regulación armonizada"

En aquest sentit, una de les novetats introduïdes per la LCSP és que, de conformitat amb l'article 175 LCSP, les societats públiques municipals, que amb la nova Llei passen a ser considerades poder adjudicador, hauran de dotar-se d'instruccions internes de contractació. L'obligació de l'existència de les instruccions expresses i la subjecció a aquestes en l'adjudicació té l'origen en una consideració del Consell d'Estat, recollida en el Dictamen 514/2006 de l'avantprojecte de la Llei, que assenyalava:

> "Las instrucciones internas que regulen los procedimientos de contratación, que menciona el artículo 175.b), deberían imponerse como obligación directamente a los órganos de contratación (y no sol, como ahora se prevé, de modo que los órganos de las Administraciones Públicas a los que corresponda el control funcional de las entidades velarán para que los órganos competentes de estas elaboren y aprueben instrucciones"

De conformitat amb el Dictamen del Consell d'Estat, l'article 175 de la LCSP estableix que els òrgans competents aprovaran unes instruccions d'obligat compliment en l'àmbit intern d'aquestes, en les quals es regularan els procediments de contractació de manera que quedi garantida l'efectivitat dels principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació. També caldrà que garanteixin que el contracte s'adjudica a l'oferta econòmicament més avantatjosa. Les instruccions s'han de facilitar a tots els interessats en participar del procediment d'adjudicació dels

[283] ETXEZARRETA VILLALUENGA, J.C., "Régimen jurídico de la actividad contractual de las sociedades mercantiles locales en la nueva ley de contratos del sector público". *Revista Contratación Administrativa Práctica*., año 9, núm. 84, marzo 2009.

contractes regulats per elles i s'ha de publicar al perfil de contractant de l'entitat. Per tant, en el cas dels no subjectes a regulació harmonitzada, la seva tramitació i adjudicació es regirà per les instruccions internes de contractació que aprovi la societat pública en qüestió.[284]

Aquesta normativa específica de contractació, que haurà d'estar a disposició de tots els possibles contractants, estarà subjecte als principis essencials de la contractació pública, de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació. El sotmetiment d'aquesta normativa pròpia als principis rectors i a la legalitat en general, serà l'objecte de l'informe preceptiu de l'Advocacia de l'Estat, quan es tracti d'ens del sector públic estatal. En el cas de les comunitats autònomes, caldrà acudir a la seva normativa específica, sent recomanable i previsible aquesta mateixa exigència com a garantia de la legalitat de les instruccions i de la observança dels principis esmentats.

4. Conclusions

1. L'aprovació de la Llei de Contractes del Sector públic ha suposat un canvi de model en la contractació pública, tant pel que fa a l'ampliació de l'àmbit subjectiu d'aquesta Llei com per l'increment de les garanties de procediment per als licitadors. En aquest sentit, convé destacar que els canvis introduïts per la LCSP responen a la necessitat d'adequar la normativa de contractació administrativa a les exigències del dret comunitari (en consonància amb les modificacions ja operades anteriorment en el Text refós 2/2000).

2. En aquest sentit, cal tenir en compte que el TJCCEE s'havia pronunciat en les Sentències de 15, 22 de maig i 16 d'octubre de 2003 tot determinant que l'Estat espanyol havia incomplert la normativa comunitària. Així, el TJCCEE establia clarament que Espanya incomplia les obligacions en matèria de contractació pública bàsicament en relació a dos extrems:

   - En excloure les entitats de dret privat participades per administracions públiques, i que també formaven part del sector públic de les normes de contractació pública, i en particular tenint en compte que aquests ens no respectaven els principis de lliure concurrència i no-discriminació.
   - En no disposar d'un sistema de recursos i de mesures cautelars eficient i que permetés la impugnació dels actes administratius separables que conformaven l'expedient de contractació.

3. Per tant, el principal objectiu a assolir per part de la LCSP és la transposició de la normativa comunitària, i en particular, la Directiva 2004/81/CEE. Així, la LCSP estén el seu àmbit d'aplicació no únicament a les administracions públiques, sinó

[284] Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias. Informe de 31 de juliol (JUR 2008\254986)

a tots aquells ens que sense tenir la consideració d'administració, formen part del sector públic.

4. En correspondència amb la jurisprudència del TJCCEE, pel que fa l'àmbit d'aplicació subjectiu de la LCSP, s'incorpora el concepte de poder adjudicador, per tal d'homogeneïtzar la normativa comunitària de contractació pública. Per tant, es consideren com poder adjudicador tots aquells ens, entitats o organismes que no tenint la consideració d'administració pública hagin estat creats per a satisfer necessitats d'interès públic i el seu capital sigui públic.

5. A aquests efectes aquells ens del sector públic que tot i no ser administració pública, tinguin com a objectiu respondre a necessitats d'interès general, tindran la consideració de poder adjudicador, i els resulta d'aplicació pel que fa al seu règim de contractació la LCSP, que determinarà quines són les normes que hauran de regir, tot respectant els principis bàsics de la contractació pública, a saber, igualtat, lliure concurrència, publicitat i no-discriminació.

6. Així, la LCSP distingeix tres tipus de subjectes de contractació: aquells que tenen la consideració d'Administració Pública i per tant són poder adjudicador, els ens que no tenen la consideració d'administració pública però tenen la consideració de poder adjudicador i finalment, aquells organismes que formen part del sector públic però no són poder adjudicador. Tots els organismes que formen part del sector públic, tot i que no tinguin la consideració d'administració pública, els resulta d'aplicació la LCSP, per bé que la mateixa Llei en funció de diversos criteris, entre els quals es troba la fórmula jurídica del subjecte contractant, modularà el grau d'exigència i requisits procedimentals de contractació a seguir.

7. Quant a la tipologia de contractes en funció del seu objecte, cal destacar que la LCSP ha introduït la categoria de contractes de col·laboració entre el sector públic i privat. Aquesta és una tipologia de contracte que només pot ser utilitzada en el cas que altres formes de contractació no permetin la satisfacció de les finalitats públiques. És a dir, és una fórmula subsidiària de contractació. S'exigeix en tot cas com a regla general el procediment de diàleg competiu com a procediment d'adjudicació, fet que destaca el caràcter subsidiari del procediment.

8. Pel que fa als procediments d'adjudicació la nova Llei ha incorporat el diàleg competitiu. Aquest procediment és fruit de la directiva 2004/18 on es va incorporar un procediment per tal de flexibilitzar l'adjudicació en contractes especialment complexos. D'aquesta manera és un procediment de caràcter especial que el poden utilitzar les administracions públiques. Pel que fa als procediments d'adjudicació cal destacar que la LCSP introdueix un nou procediment d'adjudicació, el diàleg competitiu, regulat als articles 163 a 167 LCSP. Aquesta tipologia de procediment, que incorpora característiques del procediment restringit i negociat, té com a finalitat la negociació amb els

candidats seleccionats per tal de desenvolupar una o diverses solucions a l'objecte de la licitació, les quals serviran de base per a les ofertes.

9. La LCSP reforça la distinció entre contractes administratius i contractes privats, de manera que és en funció de si els contractes són celebrats per administracions públiques o bé per altres ens del sector públic que es determina quin és el règim jurídic aplicable. Així mateix, també la LCSP regula determinats contractes que malgrat formalitzar-se per part de l'Administració tenen la consideració de contractes privats.

10. Juntament amb la distinció entre contractes administratius i contractes privats, resulta especialment rellevant la distinció entre contractes subjectes a regulació harmonitzada, és a dir aquells regulats per la normativa comunitària i els que no. La LCSP estableix en els articles 13 i següents quins són els llindars a partir dels quals es considera que els contractes estan sotmesos a regulació harmonitzada. A través d'aquesta distinció, la LCSP modula l'aplicació de la norma i els procediments a aplicar en el cas dels contractes no subjectes a regulació harmonitzada són més laxes i no tan estrictes com els harmonitzats.

11. Per tant, és en funció de la naturalesa de contracte administratiu o contracte privat, així com si el contracte es troba subjecte a regulació harmonitzada o no, que es determinarà quin és el règim jurídic aplicable i la jurisdicció competent per a conèixer dels litigis que puguin sorgir. D'aquesta manera la jurisdicció contenciosa administrativa coneixerà sobre les qüestions litigioses relatives als contractes administratius en totes les seves fases (preparació, compliment i extinció) i efectes. També coneixerà sobre els contractes privats subjectes a regulació harmonitzada en les fases de preparació i adjudicació dels contractes, els contractes subvencionats als quals es refereix l'article 17, i els contractes de serveis compresos en les categories 17 a 27 de l'Annex II de quantia igual o superior a 193.000 euros.

12. Igualment, la jurisdicció civil coneixerà les qüestions litigioses que sorgeixin entre les parts en relació als contractes privats pel que fa als efectes, al compliment i a l'extinció. Així mateix aquest ordre jurisdiccional serà competent quant als litigis que afectin la preparació i l'adjudicació dels contractes privats celebrats per ens que no tinguin la consideració d'administració pública i no estiguin subjectes a regulació harmonitzada.

13. Per mitjà de la nova Llei, s'han consolidat els principis rectors del procediment. L'actuació dels subjectes del sector públic haurà de respectar els principis d'igualtat i transparència, podent-se flexibilitzar la seva aplicació segons es tracti de contractes harmonitzats o no harmonitzats.

14. Una de les novetats més importants quant al règim de garanties que s'ofereixen als licitadors és la introducció d'un recurs administratiu especial. Així, el recurs especial suposa una garantia que s'estableix per aquells contractes subjectes a procediments amb regulació harmonitzada, inclosos els subvencionats. Poden ser impugnats a partir d'aquest recurs, els acords d'adjudicació, els plecs reguladors de la licitació, documents contractuals que estableixin les condicions que han de regir la licitació pública. Mitjançant aquest recurs també és possible recórrer els actes de tràmit, sempre que aquests decideixin sobre l'adjudicació o impossibilitin la continuació del procediment.

15. Així mateix, es preveuen també mesures provisionals que es poden arribar a aplicar per tal d'assegurar l'adequada celebració dels procediments d'adjudicació. Aquestes garanties estan previstes essencialment pels contractes harmonitzats, per tal de donar compliment a les exigències comunitàries.

16. Cal destacar que a partir de les modificacions operades per la Llei 34/2010 es preveu que els recursos especials i les mesures provisionals seran tramitats i resolts per òrgans independents i amb autonomia funcional que garanteixin la imparcialitat necessària. Això implica un canvi essencial respecte la redacció original que preveia que el recurs especial seria resolt pel propi òrgan de contractació.

17. Així mateix, a partir de les modificacions operades per la Llei 34/2010, es regulen en els articles 37 i següents de la LCSP determinats supòsits especials de nul·litat de contractes. Per tant les persones que tinguin un interès legítim en la licitació podran interposar qüestió de nul·litat davant l'òrgan competent, el mateix que coneix la tramitació i la resolució dels recursos especials i mesures provisionals. La declaració de nul·litat pot comportar deixar sense efecte els contractes i els documents contractuals. Ara bé, l'òrgan competent pot decidir justificant-se en motius d'interès general imposar alternativament sancions econòmiques o bé quant a la reducció de l'objecte contractual.

18. Pel que fa a la contractació en l'àmbit local, la disposició addicional segona de la LCSP estableix les normes específiques de contractació per a les entitats locals. Entre aquestes normes trobem especificitats segons la població del municipi. S'estableix qui ostenta la competència com a òrgan de contractació i quina composició ha de tenir la mesa de contractació.

19. Pel que fa les societats mercantils locals, passen a ser considerades poder adjudicador segons la definició de la pròpia LCSP i l'opinió de diferents informes emesos per les juntes consultives de contractació a raó de consultes formulades per diferents ens locals. La rellevància d'aquest fet ve donada pel fet que la subjecció actual d'aquestes societats a la LCSP és més forta que amb la normativa

anterior. El caràcter bàsic d'aquesta norma fa que s'hagin de considerar derogades disposicions de règim local anteriors i contraries a la norma.

20. Les societats mercantils locals es poden dotar d'instruccions internes de contractació, per tal de garantir que en l'adjudicació en els contractes no harmonitzats es garanteixen els principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació.

Bibliografia

AMOEDO SOUTO, Carlos, TRAGSA. *Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 2004

BLANQUER, David, La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Pràctica, ed. Tirant lo Blanch, València, 2007.

CEPEDA MORRÁS, Javier y YÁÑEZ DÍAZ, Carlos, (Coord.) *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, ed. Tirant lo Blanch, València 2008.

DEL SAZ, Sílvia, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, núm. 174, setembre-desembre (2007), pp. 335-366

ETXEZARRETA VILLALUENGA, Juan Carlos, "Régimen jurídico de la actividad contractual de las sociedades mercantiles locales en la nueva ley de contratos del sector Público", *Revista Contratación Administrativa Pràctica*, any 9, núm. 84, març 2009.

GARCÍA RUBIO, Fernando, "La contratación de las sociedades mercantiles municipales", *Contratación Administrativa Práctica*, any 7, núm. 66, juliol 2007.

GUINTO BARONA, María, "El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, núm.74, abril 2008.

MORENO MOLINA, J.A., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, ed. La Ley, Madrid, desembre de 2007.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén *"*El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cap. I, *El derecho comunitario de la contratación pública"*, Atelier, Barcelona, 2005.

TRONCOSO REGADA, A., *Privatización empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Recomanació 2/2004 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Dictamen del Consell d'Estat 514/2006 sobre l'avantprojecte de llei de contractes del sector públic.

Informe de 19 juny de la Junta Superior de Contractació de la Comunitat Valenciana (JUR 2007\333878)

Informe de la Junta Superior de Contractació Administrativa de Múrcia, de 24 juliol. (JUR 1998\218797)

Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Canàries, de 31 juliol. (JUR 2008\254986)

Informe 3/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: composició i funcionament de les meses de contractació.

Informe 11/2008, de 27 de novembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya Assumpte: Contracte de gestió de servei públic. Possibilitat que un organisme, entitat o ens que no tingui la consideració d'administració pública pugui licitar i adjudicar aquest tipus de contracte o bé prestar directament el servei.

Instrucció 1/2008, de 5 de febrer, de l'Advocacia General de l'Estat sobre contractació de les fundacions del sector públic estatal, societats mercantils de l'Estat i entitats públiques empresarials dependents de l'Administració General de l'Estat.

Abreviatures

BOE, Butlletí Oficial de l'Estat.
DOUE, Diari Oficial de la Unió Europea.
LCSP, Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del sector públic.
LRBRL, Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local.
TJCE, Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.
TRLCAP, Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.
TRLMRLC, Decret legislatiu 2/2003, de 28 abril, d'aprovació del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

Capítol VII

TRANSPARÈNCIA I BONES PRÀCTIQUES EN DRET URBANÍSTIC

Joan Amenós
Professor Titular de Dret Administratiu (UAB)

SUMARI: 1. Introducció – 2. Claredat en els conceptes –2.1. La creació de ciutat, factor de benestar –2.2. Algunes nocions equívoques –2.3. Els principis de bona administració a l'ordenament espanyol **– 3. Transparència en els subjectes actuants** –3.1. Una alternativa al corrent favorable a la centralització de competències en dret urbanístic –3.1.1. Les doctrines de la "recentralització" –3.1.2. La posició pròpia de l'Administració Local –3.2. El prestigi de les autoritats municipals –3.2.1. El sistema retributiu –3.2.2. Declaracions i incompatibilitats –3.3. El reforçament de l'òrgan plenari –3.4. El rol dels funcionaris públics –3.5. Els particulars actuants **– 4. Transparència en la comunicació d'objectius –5. Transparència en els procediments** –5.1. El procediment d'aprovació dels plans: informació pública i participació ciutadana –5.1.1. La qüestió de la discrecionalitat –5.1.2. Informació pública i participació ciutadana –5.2. Altres procediments –5.2.1. L'atorgament de llicències –5.2.2. La gestió urbanística –5.2.3. El patrimoni públic del sòl –5.2.4. Els procediments de disciplina urbanística **– 6. Conclusions.**

1. Introducció

En aquest treball analitzem algunes regles útils per a generar bones pràctiques i transparència en el camp de l'urbanisme. Comencem amb una anàlisi dels conceptes que sovint apareixen en aquest camp. La urbanització i la millora de la ciutat afavoreixen el benestar social. No obstant això, durant els últims anys s'ha associat la noció d'urbanisme amb la d' "especulació", destrucció del medi ambient, etc. Aclarir aquests equívocs és l'objectiu del primer capítol, que queda tancat amb una referència als principis de bona administració ja consagrats a l'ordenament espanyol.

En el segon capítol examinem la transparència dels subjectes actuants. El primer que ens preocupa és l'articulació d'un discurs que pugui apaivagar l'actual corrent doctrinal favorable a la centralització de competències en dret urbanístic. Seguint amb aquesta argumentació, mencionem després la tendència normativa al reforçament de l'òrgan plenari dels ens locals, com a manifestació orgànica del principi de transparència. Després, analitzem algunes normes que regulen l'*status* de les autoritats municipals. Per últim, encara en el marc dels subjectes actuants, fem esment de certes regles que afecten la publicitat dels particulars que operen en les actuacions urbanístiques.

El següent capítol –el tercer- descriu la transparència en la comunicació dels objectius de la política urbanística dels municipis. Aquest punt és, potser, un aspecte poc estudiat, però que és fonamental de cara a transmetre el com i el per què de l'acció urbanística pública.

El capítol quart es destina a la transparència en els procediments. Ens centrem principalment en el procediment d'aprovació dels plans urbanístics i donem prioritat a les tècniques de participació o control dels ciutadans. També fem referències a les principals exigències detectades en l'àmbit de la gestió i de la disciplina urbanística.

En general, hem indicat els preceptes legals que cal tenir en compte per a desenvolupar una acció adequada en aquest terreny. En realitat, es podria dir que la transparència i la pràctica correcta es basaria, simplement, en complir la Llei. Existeixen institucions elementals el respecte a les quals ja és una prova de transparència i rigor. Per exemple, l'adequada confecció de l'expedient com a conjunt de documents a través dels quals s'expressa el procediment, les normes d'abstenció i recusació o la publicitat dels plans d'urbanisme. Ara bé, és cert que hi ha encara un espai propi per a l'autonomia local, ja sigui a través de les pròpies normes orgàniques o bé a través de les pertinents instruccions i ordres de servei.

2. Claredat en els conceptes

2.1. La creació de ciutat, factor de benestar

L'activitat constructora i edificatòria és una de les principals fonts de riquesa i benestar a qualsevol economia moderna. De fet, un dels problemes tradicionals a Espanya havia estat la impotència per a generar un volum suficient d'habitatge per al conjunt de la població.

Durant els darrers anys, novament, l'expansió de la construcció i la creació de ciutat han estat un motor de creixement i d'augment del nivell de vida. Aquesta expansió s'ha vist acompanyada d'una presència efectiva de l'activitat pública urbanística. Aquesta ha operat no sols a través de les funcions públiques formals de planificació, gestió i disciplina, sinó també a través de tasques no formalitzades com l'impuls o l'orientació efectiva dels processos de creació i transformació de territoris.

Certament, l'actuació pública no ha aconseguit sempre els seus objectius legals. Per exemple, encara és elevat el nombre de municipis que no tenen un pla general aprovat, tot i que l'avanç dels darrers anys ha estat considerable. El mateix podem dir en el camp de la disciplina urbanística, que mostra sovint dèficits rellevants, especialment en relació amb les zones rurals.

2.2. Algunes nocions equívoques

No obstant això, l'opinió pública ha creat en gran mesura una imatge negativa dels darrers creixements urbans. Són moltes les raons que expliquen aquest fet. En primer lloc, és cert que, en molts casos, s'han alterat paisatges naturals de gran vàlua (per exemple, als àmbits costaners). Igualment, a nivell doctrinal s'ha desenvolupat una visió sovint catastrofista del quefer urbanístic. Així, es parla sovint d'"especulació", com a substantiu que, de manera permanent, s'associa a l'adjectiu "urbanística". També s'utilitzen els termes de "tsunami urbanístic", d'"urbanització tentacular" o de "creixement víric", o se cita una i altra vegada el cas paradigmàtic del "Manhattan de Seseña"[285]. Igualment, s'eleven de vegades a la condició de categoria els casos de corrupció o incompliment deliberat i fraudulent de la normativa.

En realitat, hi ha una confusa mescla d'impugnacions al creixement urbanístic que posa en el mateix sac l'augment del nombre d'habitatges, la "corrupció", "l'especulació" i el desacord estètic[286]. No podem entrar en aquestes pàgines en l'adequada definició d'aquests conceptes, però pensem que, d'entrada, és sorprenent aquest maremàgnum. Així, per exemple, l'ús indiscriminat de la noció d'"especulació"[287] hauria de ser corregit, ja que és una paraula jurídicament i econòmicament molt precisa (i, a més, qualsevol mercat és *naturalment* especulatiu, ja que tot venedor busca el moment

[285] No són termes nascuts del debat al carrer, sinó que se citen a les revistes especialitzades. Així, per exemple, l'eminent jurista i magistrat del Tribunal Suprem Juan Antonio MARTÍN PALLÍN signava en el diari *El País*, de 24 de gener del 2001, l'article "Urbanismo desenfrenado: una bomba de neutrones", on utilitza l'expressió "tsunami de cemento". R. FERNÁNDEZ DURÁN escrivia en el 2006 el seu llibre *El tsunami urbanizador español y mundial*. LOZANO CUTANDA, en un article especialitzat (2007, p. 339) es referia a l'"incremento espectacular de la demanda por parte de los inversores-especuladores". Similars confusions s'observen en el "Documento de Trabajo sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía", redactat el 2007 per diversos membres del Parlament Europeu i que ha sofert després diverses reformes i concrecions. En aquest es posen de manifest situacions de vulneració de la normativa (especialment, ambiental), però es mesclen amb fenòmens legítims (per exemple, l'enriquiment dels constructors) o amb la promulgació de normes favorables al promotor ubanístic i limitatives dels interessos dels propietaris. En aquest darrer cas, però, el problema no és l'incompliment, sinó –potser- l'opció legislativa contrària al dret de propietat i les objeccions que se'n deriven des del punt de vista constitucional.

[286] Potser és trista, però és ben certa la constatació de l'arquitecte FERNÁNDEZ-GALIANO a *El País*, de 8 de gener del 2007 (p. 14):

> "En nuestro país, la inmensa mayoría de las obras que nos hieren de los edificios que nos ofenden y de los desarrollos que nos desmoralizan son revisiblemente legales: aprobados por instituciones democráticas, diseñados por profesionales cualificados y promovidos por empresas cuyo ánimo de lucro solo puede reputarse de legítimo. Es cierto, hacemos la ciudad y ella nos hace a nosotros; pero la ciudad que hemos hechos nos produce tanto desasosiego que tenemos que hallar la causa del malestar en desviaciones o patologías del sistema y buscamos la responsabilidad última de la enfermedad en un hatajo de pícaros, sinvergüenzas y mafiosos, confiando en que la tarea purificadora de los jueces drene el organismo social de sus humores mefíticos".

[287] GARCÍA BELLIDO parla d'"especulación legalizada" en el seu article "Por una urbanización del paradigma urbanístico español: el tsunami urbanístico que arrasará el territorio" (publicat l'any 2005).

adequat per a efectuar una compravenda, justament com ho fa el comprador)[288]. D'altra banda, es critica l'especulació com a retenció o retard deliberat en el moment de venda d'un immoble, de cara a buscar l'instant òptim i de valor més alt. Però, fins i tot en la mateixa pàgina de la mateixa publicació s'ataca el desproporcionat creixement i, per tant, la venda massiva d'habitatges. Per últim, hem de recordar la tradicional impotència de les normatives de foment de l'edificació, amb el clamorós fracàs -per exemple- de la legislació urbanística estatal de l'any 1992 i d'institucions com la venda forçosa[289].

Les contradiccions d'aquest majoritari "moviment crític" també són abundants, ja que no se sap molt bé si s'ataca el model de la ciutat més o menys compacta o bé es dispara contra els processos de disgregació i dispersió urbana. El tema és important, perquè aquesta darrera fórmula ocupa certament una major dimensió de sòl, però presenta nivells de contaminació atmosfèrica sovint més baixos que les ciutats compactes. I, finalment, no se sap quina relació té això amb les pràctiques administratives transparents i ordenades (o amb la boirosa idea de la corrupció), que poden produir, segons les decisions legítimes de les autoritats, tant un urbanisme dispers com un urbanisme concentrat. En definitiva, el primer pas per a ordenar el debat entorn de les pràctiques adequades en dret urbanístic és clarificar el *totum revolutum* que hem descrit[290].

Ara bé, malgrat que pugui existir una discrepància estètica amb molts dissenys urbans recents, el cert és que la majoria es mouen dins de la legalitat vigent. Els grans creixements urbans dels darrers anys han utilitzat els mecanismes legals pertinents. És probable que generi disgust el model expansiu adoptat, però els consumidors i les urnes han donat suport una i altra vegada a aquestes opcions, nascudes del legítim exercici de les potestats discrecionals en mans de l'Administració.

---

[288] GARCÍA RUBIO (p. 504) també ha assenyalat que l'ordenament jurídic respecta en general les actuacions especulatives i afegeix que el segon incís del primer paràgraf de l'art. 47 de la CE ha d'interpretar-se en el sentit que la Norma Suprema només prohibeix les conseqüències negatives de l'especulació, però no la prohibeix com a tal. Recordem que aquest precepte preveu que els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per a fer efectiu el dret a l'habitatge, "regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación."

[289] Sobre això, v. GARCÍA RUBIO (p. 505).

[290] En realitat, s'ha de donar un pas més. Quan s'analitza una política urbana, cal exposar clarament els vencedors i els perdedors. Totes les estratègies que s'executin tindran aquesta doble cara. En aquest sentit, es detecten alguns triomfadors en els processos dels darrers anys. En primer lloc, l'estructura productiva espanyola, que ha arribat a nivells d'ocupació desconeguts en la seva història (gràcies, en gran part, a l'aportació del sector de la construcció). En segon lloc, les persones que durant aquests anys han accedit a la propietat de l'habitatge o l'al·luvió de nous emprenedors i immigrants que han aprofitat el bon moment de l'edificació i venda d'habitatges. És cert que la crisi actual llimarà l'èxit d'alguns d'aquests vencedors i en crearà d'altres (per exemple, els estalviadors que s'atreveixin a comprar en un mercat de preus deprimits). Amb tot això no defensem processos de creixement desordenats, sinó la pràctica d'una comptabilitat estricta de guanys i pèrdues més enllà de prejudicis ideològics o del gust refinat del *highbrown people*.

Des d'un altre punt de vista, també el gruix d'alcaldes i regidors d'urbanisme dels municipis (sovint, de població i mitjans molt reduïts) intenten una aplicació justa i exacta de la complicadíssima normativa d'aquest sector. Per cert, reflexionarem després sobre la qüestió del llenguatge legal en dret urbanístic.

Arribats aquí, la primera qüestió que ha d'afrontar un municipi en aquest terreny consisteix a comunicar correctament els objectius i els resultats de la seva activitat urbanística i insistir en els seus efectes beneficiosos per al benestar de la població. Probablement, això serà més fàcil en un clima de crisi econòmica, ja que aquesta neix, en part, de la paralització i la saturació de la construcció i de la urbanització.

Per últim, hem de reconèixer que sovint s'han utilitzat les decisions urbanístiques de planificació i gestió com a elements de finançament municipal. En el present estudi no entrarem en aquest punt, ja que això ens obligaria a una anàlisi del marc hisendístic local i de les seves possibilitats de reforma. D'altra banda, l'actual depressió immobiliària dificulta l'execució d'aquesta política torçada. És significatiu, en aquest sentit, l'espectacular descens dels ingressos derivats de llicències de nova construcció.

2.3. Els principis de bona administracó a l'ordenament espanyol

El dret urbanístic no presenta, en principi, grans especialitats pròpies en matèria de bona administració. És a dir, caldria aplicar també aquí els preceptes que han anat apareixent els darrers anys en dret espanyol. Així, han estat considerats plasmacions del "dret a una bona administració" diversos articles de la Constitució Espanyola i de la Llei de Règim Jurídic de les Administracions públiques i del Procediment Administratiu Comú.

A la Norma Suprema podem citar especialment els principis de legalitat, publicitat i interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3) i la noció de servei *objectiu* als interessos generals. En una línia que ha d'afectar-nos directament en matèria urbanística, hem d'afegir també la regulació per llei de l'audiència dels ciutadans, directament o a través de representants, en el procediment d'elaboració de les disposicions administratives que els afectin, de l'accés dels ciutadans als arxius i registres administratius i del procediment a través del qual han de produir-se els actes administratius, garantint, quan procedeixi, l'audiència de l'interessat (previsions, totes elles, establertes per l'article 105 de la Constitució).

És a dir, disposem de les bases constitucionals mínimes que ens han de permetre articular en dret urbanístic les adequades respostes que assegurin la transparència administrativa, la participació ciutadana i la correcció en l'actuació de les autoritats.

El mateix podem dir pel que fa a la legislació ordinària[291]. Hem de citar aquí, especialment, diverses previsions de les contingudes a la Llei de Règim Jurídic de les Administracions públiques i del Procediment Administratiu Comú. Així, el seu art. 3.5 precisa que "en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación". En línia amb això, són diverses i ben conegudes les prescripcions que procuren donar al procediment visibilitat, certesa i seguretat. Entre elles, va destacar en el seu dia el llistat de drets dels ciutadans establert al seu art. 35. Tots ells poden operar en el camp urbanístic. Com a exemple específic, podríem citar l'apartat g) del precitat article, que consagra el dret a "obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar". Es tracta d'una previsió important que molts municipis ja han concretat a través de les oficines d'informació al ciutadà. Convé anticipar també que el dret urbanístic disposa d'institucions pròpies en aquest terreny. En concret, la consulta urbanística i els certificats urbanístics.

3. Transparència en els subjectes actuants

3.1. Una alternativa al corrent favorable a la centralització de competències en dret urbanístic

3.1.1. Les doctrines de la "recentralització"

Darrerament, davant les dificultats d'alguns ens locals per a gestionar adequadament les seves responsabilitats urbanístiques, ha pres volada un corrent doctrinal i també polític favorable a augmentar les competències de l'Administració autonòmica (i, fins i tot, de l'Administració estatal) en aquest terreny. Es tracta del vell argument que oposa el "centre regenerador" a la "perifèria dispersa i sotmesa als poders fàctics locals"[292]. La base ideològica d'aquesta tendència es veuria reforçada per alguns casos d'enorme repercussió social.

Ara bé, més enllà de la pressió de l'opinió pública en un moment determinat, sembla evident que ens trobem davant d'un substrat favorable a la "recentralització urbanística". Aquest procés ja s'hauria iniciat amb la promulgació de lleis urbanístiques que regulen de forma esgotadora la matèria i van reduint el camp normatiu dels ens locals. Es tracta, a més, de preceptes molt primmirats tècnicament, que assignen a la Llei qüestions que tradicionalment quedaven cobertes pels reglaments o per les normes urbanístiques dels plans.

[291] Sobre els principis de bona administració a l'ordenament espanyol, es pot veure MENÉNDEZ REXACH (p. 140).

[292] L'argument és tan antic, com a mínim, com la publicació al segle XIX de l'obra teatral *L'inspector*, del rus Nikolai GOGOL.

Des d'un altre punt de vista, hem de dir que, actualment, ja és possible per als nivells centrals disposar d'una informació immediata que abans només era possible obtenir en contacte directe amb la realitat. Ens referim, per exemple, a mitjans com la fotografia aèria i per satèl·lit i a la transmissió telemàtica d'aquestes dades. Aquest factor facilita enormement una planificació llunyana del territori. Tenim un exemple relacionat amb això en la disposició addicional primera del vigent Text refós de la Llei del Sòl, que estableix un "sistema de información urbana", que connecta expressament amb la idea de "transparència":

> "Con el fin de promover la transparencia, la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas, definirá y promoverá la aplicación de aquellos criterios y principios básicos que posibiliten, desde la coordinación y complementación con las Administraciones competentes en la materia, la formación y actualización permanente de un sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo, procurando, asimismo, la compatibilidad y coordinación con el resto de sistemas de información y, en particular, con el Catastro inmobiliario."

D'altra banda, molts problemes ambientals i urbanístics no es poden resoldre adequadament des dels nivells inferiors o de forma aïllada. Hem de tenir en compte, per exemple, que ja podem parlar d'un embrió de política europea d'ordenació del territori (que aniria des de la incidència indirecta en l'assignació d'usos als terrenys en l'àmbit agrari fins a la delimitació de les grans xarxes de transport o infraestructures energètiques).[293]

Entre les primeres manifestacions d'aquests corrents hem d'assenyalar la proposta de retornar a la comunitat autònoma la potestat de plena revisió –de legalitat i d'oportunitat- dels plans generals presentats pels municipis[294]. És a dir, es tractaria de corregir *ex lege* el corrent jurisprudencial ja assentat que limita les competències revisores a la legalitat i als aspectes supralocals.

3.1.2. La posició pròpia de l'Administració Local

Les anteriors consideracions obliguen l'Administració Local a defensar el seu espai des de la transparència i des de l'eficàcia. En aquest breu informe farem algunes reflexions en aquest sentit. D'altra banda, convé afirmar des del primer moment que ningú ha

---

[293] Aquestes preocupacions semblen haver incidit en el recordatori que féu la disposició addicional vuitena del TRLS, en un precepte dedicat a la "participación del Estado en la ordenación territorial y urbanística":

> "La Administración General del Estado podrá participar en los procedimientos de ordenación territorial y urbanística en la forma que determine la legislación en la materia. Cuando así lo prevea esta legislación, podrán participar representantes de la Administración General del Estado, designados por ella, en los órganos colegiados de carácter supramunicipal que tengan atribuidas competencias de aprobación de instrumentos de ordenación territorial y urbanística".

[294] V. LOZANO CUTANDA, esp. p. 345 i ss.

demostrat empíricament que el nivell "central" gaudeixi de graus de transparència administrativa i bona gestió superiors als "nivells locals". Es tracta d'un prejudici ideològic (que està en l'arrel de la constitució de l'Estat modern)[295].

Ara bé, sí és cert que l'àmbit central pot acumular més informació i més recursos i aconseguir una perspectiva transversal més àmplia. Aquests aspectes són importants en el terreny de l'urbanisme i del medi ambient. A més, cal recordar que el mecanisme tradicional de les comissions d'urbanisme (ja sigui a nivell general o per a un territori concret) facilita l'audiència dels representants locals i de tècnics imparcials. La seva equilibrada composició serà, per tant, un altre argument favorable a la reducció de competències urbanístiques dels ens locals.

3.2. El prestigi de les autoritats municipals

3.2.1. Sistema retributiu

La Llei estatal 8/2007, de 28 de maig, del Sòl, en la seva disposició addicional novena, va reformar diversos preceptes de la Llei Reguladora de les Bases del Règim Local. En la majoria de casos, es tractava de modificar l'estatut dels membres de les corporacions locals i també dels seus directius i personal. La Llei, per tant, va lligar la nova ordenació urbanística a diverses precisions que, de fet, també han d'operar per a garantir l'honestedat i transparència en qualsevol altre sector.

Abans d'examinar aquests preceptes, convé recordar breument el sistema retributiu dels membres de les corporacions locals. L'art. 75.1 de la Llei Reguladora de les Bases del Règim Local estableix que els membres de les corporacions locals percebran retribucions per l'exercici dels seus càrrecs quan els portin a terme amb dedicació exclusiva. L'art. 75.2 de la mateixa Llei estableix que els membres que "desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación exclusiva a las mismas".

El número 5 del mateix article preveu que les corporacions locals consignaran en els seus pressupostos les indicades retribucions "dentro de los límites que con caràcter general se establezcan, en su caso". Ara bé, aquests límits no s'han establert. Sí que estipula la Llei, efectivament, la publicació de les retribucions, tant en el Butlletí Oficial de la Província com en el tauler d'anuncis.
El sistema retributiu de les autoritats locals amb tasques concretes es mou, per tant, en un terreny de considerable llibertat. A la pràctica, aquesta llibertat s'ha reduït amb l'aplicació voluntària de barems establerts per les associacions de municipis i basats en la població local (a més població, més retribució). Convé insistir en la necessitat d'una

[295] De fet, l'argument s'utilitza molt en la relació entre nivells locals i nivells estatals, però ja s'usa menys en la connexió entre un espai europeu d'ordenació del territori i els àmbits estatals.

retribució adequada a la dedicació i responsabilitat del membres de les corporacions. L'antic costum del caràcter honorari dels càrrecs (conegut per la legislació del règim anterior) o la quantia irrisòria de les retribucions no són en cap cas garantia d'honestedat.

Amb aquest punt de partida, la legislació incorpora actualment un supòsit de gran transcendència, indicat a l'apartat 8 del mateix article 75 de la LRBRL:

> "Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a los que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el art. 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.
>
> A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese período para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades "[296].

En primer lloc, hem de determinar a quines autoritats locals s'aplica aquest precepte. Es tracta dels membres de les corporacions locals que han desenvolupat amb dedicació exclusiva els seus càrrecs. Dit això, hem de referir-nos succintament a l'article 8 de la Llei de Regulació de Conflictes d'Interessos. Aquest precepte estableix les limitacions a l'exercici d'activitats privades després del cessament. La regla intenta solucionar la delicada qüestió del període posterior a l'exercici del càrrec i el possible "fitxatge" de l'autoritat política pels grups d'interessos afectats per l'exercici de la seva competència. El precepte és realment exigent (i la Llei incorpora, a més, un propi règim sancionador). En síntesi, prohibeix –durant el termini de dos anys després del cessament- la realització de serveis en empreses o societats privades relacionades directament amb les competències del càrrec desenvolupat. S'admet, això sí, la reincorporació a empreses en les quals ja hagués exercit la seva activitat professional el càrrec afectat, sempre que "la actividad que vayan a desempeñar en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a este".

A més, l'art. 8.3 de l'esmentada Llei impedeix que els membres afectats celebrin, en el "període de refredament", contractes d'assistència tècnica, serveis o similars amb les

[296] Per a complementar correctament l'abast d'aquest precepte, cal tenir en compte la Llei estatal 37/2006, de 7 de desembre, d'inclusió al règim de la Seguretat Social i extensió de la protecció per atur a determinats càrrecs públics i sindicals.

administracions públiques. Igualment, manté durant el període indicat una obligació específica de declaració de les activitats que es realitzin[297].

3.2.2. Declaracions i incompatibilitats

Hem de recordar aquí que la disposició addicional novena de la Llei del Sòl estatal va afegir a la Llei de Bases del Règim Local una nova disposició addicional quinzena que imposava l'aplicació del règim d'incompatibilitats establert en la Llei 53/1984, de 26 de desembre, als titulars dels òrgans directius. A més, se'ls aplicava el règim restrictiu dels dos anys posteriors a l'exercici del càrrec.

Igualment, el règim de declaracions de béns i activitats també ha d'aplicar-se al personal directiu local i als funcionaris de les corporacions locals amb habilitació de caràcter estatal que prestin els seus serveis en llocs que hagin estat proveïts per lliure designació en atenció al caràcter directiu de les seves funcions o a l'especial responsabilitat que assumeixin.

En definitiva, s'ha construït un dispositiu contundent de doble declaració –béns i activitats- i d'intenses limitacions posteriors al mandat. La compensació econòmica en la fase posterior al càrrec és facultativa per a l'ajuntament i ha de justificar-se en una situació de bloqueig de la pròpia activitat professional o d'inexistència d'ingressos adequats.

Estem davant un sistema atractiu per als millors professionals de l'urbanisme i l'arquitectura? Es fa difícil respondre afirmativament. A excepció dels funcionaris públics que retornin a les administracions d'origen, el cost personal és elevat per a una part considerable dels membres de les corporacions locals. En realitat, com veurem després, trobem en la legislació en aquest camp una exigència creixent pel que fa a l'*status* personal i, en contrast, una considerable discrecionalitat en la presa de certes decisions.

3.3. El reforçament de l'òrgan plenari

La Llei del sòl de l'any 2007 (i el seu Text refòs) van introduir –a la ja citada disposició addicional novena- altres reformes en la Llei Reguladora de les Bases del Règim Local. En primer lloc, la consagració d'una espècie de "retorn al plenari", de tal manera que s'elimina qualsevol equívoc i es concentren en el ple del municipi "la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos

[297] Més còmode és, lògicament, el sistema de retorn previst per als funcionaris públics i per als professionals que presten serveis retribuïts mitjançant honoraris, aranzel o qualsevol altra forma de contraprestació econòmica, que simplement han d'inhibir-se en totes aquelles actuacions privades que guardin relació amb les competències del càrrec exercit (art. 8.6 de la llei 5/2006).

instrumentos" (redacció actual de l'art. 22.2.c) de la LRBRL). A més, també queden reservades al ple les alienacions patrimonials quan el seu valor superi el 10% dels recursos ordinaris del pressupost i, en tot cas, les permutes de béns immobles.

3.4. El rol dels funcionaris públics

La Constitució consagra un model de funció pública estatutària caracteritzada per la imparcialitat i l'objectivitat. No obstant això, és cert que, durant els darrers anys, s'ha observat una pèrdua de la rigidesa de la seva configuració, que ha afavorit en general un augment de l'eficàcia, però en detriment sovint de regles estrictes que asseguressin la neutralitat funcionarial. Com ha indicat sovint la doctrina (GARCÍA RUBIO, p. 510), els informes redactats per funcionaris –que contenen condicionants tècnics, jurídics i econòmics- constitueixen una de les fórmules claus per a assegurar la transparència i legalitat.

A l'Administració Local –i no només per a l'urbanisme- l'ordenament espanyol havia dipositat una part del mecanisme de control i transparència en el personal funcionari amb habilitació de caràcter estatal[298]. La figura clau ha estat l'advertiment d'il·legalitat o, en general, l'informe negatiu de secretaris, interventors i tresorers[299]. A més, fins i tot, aquest cos funcionarial s'ha avançat a posteriors reformes legislatives (en concret, a l'EBEP de l'any 2007) amb l'aprovació per part del COSITAL[300] d'un codi ètic professional en la seva VI Assemblea, celebrada a Salamanca del 12 al 14 de maig del 2005. Aquests cossos, per cert, estan vivint els darrers anys una sèrie de canvis, que ara podrien accelerar-se tenint en compte el rellevant paper que han assumit les comunitats autònomes en la seva selecció i en la provisió de llocs de treball[301]. És cert, dins d'aquest vent reformador, que ha estat criticat per un sector doctrinal l'avenç quantitatiu de la lliure designació com a sistema de provisió dels seus llocs de treball. Però aquest mecanisme, de fet, no ha de generar efectes perversos, sempre que el possible cessament del funcionari es rodegi de certes garanties.

Hem de recordar en aquesta matèria, com hem avançat, que la creació, la classificació i la supressió dels llocs de treball reservats a funcionaris amb habilitació de caràcter estatal correspon a la Direcció General d'Administració Local (de la Generalitat de Catalunya), d'acord amb l'art. 7 del Decret 195/2008, de 7 d'octubre, pel qual es

[298] En aquest sentit, GARCÍA RUBIO (p. 510) ha recordat la importància de la regla ja continguda a l'art. 54 del Text refòs estatal de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, segons la qual l'aprovació del planejament general en fase municipal està sotmesa a informe previ i preceptiu del secretari. No obstant això, aquest autor critica l'atribució a les comunitats autònomes de la competència en la selecció i la provisió dels funcionaris amb habilitació de carácter nacional.

[299] Normativa i definició.

[300] "Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Técnicos de Administración Local".

[301] GARCÍA RUBIO (p. 515), per cert, recomana com a fórmula de lluita contra la corrupció urbanística "la necesidad de establecer una regeneración en cuanto a los sistemas de acceso y selección del personal al servicio de la función pública, a los efectos de garantizar la imparcialidad y neutralidad de dichos funcionarios".

regulen determinats aspectes del règim jurídic del personal funcionari amb habilitació de caràcter estatal de les entitats locals de Catalunya. L'art. 13.1 de la mateixa norma precisa que els llocs de treball reservats a funcionaris "es proveiran per concurs de mèrits, que serà el sistema normal de provisió". Ara bé, el segon incís concreta que "excepcionalment, podran proveir-se per lliure designació, en els supòsits que regulen la disposició addicional segona, punt 5.2, de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, i aquest Decret"[302].

En aquest àmbit, hem d'afegir que, en relació amb el concurs de mèrits, l'òrgan tècnic de valoració serà nomenat per la corporació local i estarà format per un president i un nombre parell de vocals. Un d'ells serà designat per la Direcció General d'Administració Local i serà una persona professional qualificada en matèria de selecció de personal, i un altre tindrà la condició d'habilitat de caràcter estatal de categoria igual o superior a la del lloc convocat (art. 22.1 de l'esmentat decret). El sistema és impecable, però l'avenç definitiu ha de venir, al nostre entendre, per la reducció dels nomenaments provisionals i, sobretot, dels nomenaments accidentals i interins[303].

---

[302] El punt 5.2 de la disposició addicional segona de l'EBEP precisa que "excepcionalmente, para los municipios de gran población previstos en el artículo 121 de la Ley 7/1985, así como las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre funcionarios con habilitación de carácter estatal de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación bàsica sobre función pública".

[303] Els arts. 30 i 31 del Decret 195/2008 precitat regulen –respectivament- el nomenament accidental i interí. El principal mecanisme de garantia per a evitar situacions anòmales és l'informe previ al nomenament de la Direcció General d'Administració Local:

"Art. 30 *Nomenaments accidentals.*

1. Quan no sigui possible la provisió del lloc pels procediments que preveuen els articles anteriors d'aquest decret, el director o la directora general d'administració local, prèvia proposta de l'entitat local, podrà nomenar amb caràcter accidental un funcionari o una funcionària de la mateixa entitat local suficientment capacitat o capacitada.

2. En els casos de vacant del lloc, comissió de serveis o serveis especials de la persona titular, amb caràcter previ a aquest nomenament, hauran de sol·licitar preceptivament un informe a la Direcció General d'Administració Local sobre l'existència d'algun funcionari o funcionària, amb l'habilitació de caràcter estatal interessat o interessada en la provisió del lloc de treball pels procediments que preveuen els articles 27, 28 i 29 d'aquest decret.

3. No obstant el que disposa l'apartat 1 d'aquest article, quan les circumstàncies que donen lloc al nomenament accidental no superin en cap cas els tres mesos, que no seran prorrogables ni renovables, aquest nomenament l'efectuarà el president o la presidenta de l'entitat local corresponent, que en donarà compte al plenari de la corporació en la primera sessió que es realitzi.

Art. 31 *Nomenaments interins.*

1. Quan no sigui possible la provisió dels llocs de treball vacants en les entitats locals reservats a personal funcionari amb habilitació de caràcter estatal pels procediments que preveuen els articles 27, 28, 29 i 39, les entitats locals podran proposar excepcionalment el nomenament com a personal funcionari interí, d'acord amb el que assenyala l'article 10.2 de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, d'una persona que estigui en possessió de la titulació exigida per a l'accés a la subescala a la qual pertany el lloc.

Per últim, cal fer un apunt sobre les virtualitats reals del control que efectuen secretaris i interventors. Hem de consignar, per exemple, que l'art. 179.1 del Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya preveu el següent en relació a l'informe previ del secretari i de l'interventor:

"És necessari l'informe previ del secretari o secretària de la corporació i, si s'escau, de l'interventor o interventora, de qui legalment els substitueixi, per a adoptar els acord següents:

a)En tots els casos en què ho demana el president de la corporació o un terç dels membres, amb l'antelació suficient al dia de la sessió en què s'ha d'adoptar l'acord.

b)Sempre que es tracta de matèries per a les quals la Llei exigeix un quòrum de votació especial."

D'altra banda, l'art. 188.3 del vigent Text refós de la Llei d'urbanisme (Decret legislatiu 1/2010, en endavant LUC) disposa que:

"L'expedient per a atorgar la llicència urbanística ha d'incorporar els informes de caràcter tècnic i jurídic. L'informe previ del secretari o secretària de l'ajuntament és preceptiu sempre que els informes anteriors siguin contradictoris en la interpretació de la normativa urbanística aplicable. També ho és en el supòsits de manca d'altra assistència lletrada. Totes les denegacions de llicències urbanístiques han d'estar motivades".

En conseqüència, és probable que molts acords no quedin censurats per aquests funcionaris (per exemple, certs convenis urbanístics). O, també, que –malgrat la seva remissió formal- no disposin de l'assistència tècnica necessària per a valorar expedients que, molt sovint, són d'una considerable extensió i complexitat.

3.5. Els particulars actuants

La correcció en l'actuació també hauria de ser norma en els particulars actuants. Per a evitar les conductes il·lícites en el marc del que s'ha anomenat "requalificació", el nou article 70 ter 3 de la LRBRL, introduït per la Llei del Sòl del 2007, ha establert una regla que intenta evitar que les modificacions del planejament no es basin en l'interès públic, sinó en l'estímul dels subjectes beneficiats per futurs augments en el rendiment dels terrenys o dels usos:

"Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la

2. El director o la directora general d'Administració Local farà el nomenament, previ informe on quedi acreditada la impossibilitat de provisió per un funcionari o una funcionària de carrera amb habilitació de caràcter estatal."

identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia."[304]

4. La transparència en la comunicació dels objectius

La política comunicativa de les grans actuacions urbanístiques (el planejament i la seva modificació, la informació sobre els procediments de gestió urbanística, etc.) és una de les claus per a evitar les tradicionals acusacions d'ocultisme o obscurantisme[305]. Ens hi referirem posteriorment quan parlem, en concret, del procediment d'aprovació dels plans urbanístics. Ara, però, ja podem avançar alguns punts bàsics sobre l'abast de la informació:

-Bases legals.
-Subjectes que actuen.
-Beneficis i costos per a l'interès públic derivats de l'actuació.
-Principals aspectes tècnics (per exemple, durada de l'actuació, habitatges previstos, sistemes de connexió a les infrastructures, etc.).

En aquest terreny, és d'aplicació la Llei 18/2000, de 29 de desembre, de Publicitat Institucional de Catalunya, que també vincula les administracions locals (art. 2.1 de la Llei indicada). Estem davant un dels objectius típics de la publicitat institucional. Recordem que aquesta informa de les activitats o projectes que porta a terme l'Administració Pública en l'àmbit de les seves atribucions o competències (art. 3.2. d)). D'acord amb l'article 3.5 de la precitada Llei, la publicitat institucional, a més de ser explicativa, pot tenir un to prescriptiu a través de missatges que impliquin els ciutadans i la seva consciència cívica (art. 3.5).

Entre els principis de la publicitat institucional, hem de destacar aquí el caràcter rellevant i comprovable de les dades difoses (art. 4.j)). D'altra banda, anotarem que pot jugar un paper útil d'informació i suport la Comissió Assessora sobre Publicitat Institucional, prevista a l'article 6 de la Llei i actualment regulada pel Decret 242/2007,

---

[304] Recollit a Catalunya per l'article 94.1 c) de la LUC, en la seva actual redacció:
"c) En el cas de modificacions d'instruments de planejament general que comportin un increment del sostre edificable, de la densitat de l'ús residencial o la transformació global dels usos anteriorment previstos, han d'especificar en la memòria la identitat de totes les persones propietàries o titulars d'altres drets reals sobre les finques afectades durant els cinc anys anteriors a l'inici del procediment de modificació, segons consti en el registre o instrument utilitzat a efectes d'identificació de les persones interessades."

[305] GARCÍA RUBIO (p. 504) assenyala que el principal problema de la discrecionalitat és, sovint, la seva final opacitat.

de 6 de novembre, pel qual s'estableix el seu règim jurídic. L'article 3.1 preveu la presència d'un representant de la FMC i un altre de l'ACMC en aquesta comissió.

En conclusió, hem de passar en matèria urbanística de la mera publicitat formal –necessària– a noves formes de difusió –per exemple, a través de les noves tecnologies. Aquestes noves formes hauran d'estar més a prop de la publicitat real i efectiva.

5. Transparència en els procediments

5.1. L'aprovació dels plans

5.1.1. La qüestió de la discrecionalitat

El punt més delicat en matèria de transparència i bones pràctiques en dret urbanístic està constituït per la decisió planificadora (ja sigui d'aprovació, de revisió o de modificació del pla urbanístic) i pel control de la seva discrecionalitat. És cert que s'ha produït aquí un important avenç en la censura jurisprudencial. Aquesta ha estat especialment rellevant amb l'anàlisi de la memòria urbanística i l'examen de les solucions adoptades a la llum de la legalitat i, especialment, dels principis generals del dret.

El planificador urbanístic (local i, si escau, autonòmic) pren, per tant, les decisions de classificació del sòl i de posterior qualificació de les edificabilitats, usos i densitats. El seu marc de discrecionalitat és enorme[306]. De fet, penetra fins i tot en la determinació del sòl urbà. En efecte, l'Administració té un marge de discrecionalitat per a determinar el grau d'adquisició o qualitat exigible als serveis urbanístics propis del sòl urbà. Recordem que l'article 27.1 de la LUC indica que són serveis urbanístics bàsics: la xarxa viària (amb un determinat nivell de consolidació), les xarxes d'abastament d'aigua i de sanejament i el subministrament d'energia elèctrica. Ara bé, l'article 27.2 LUC concreta que "els serveis urbanístics bàsics han de tenir les característiques adequades per a l'ús del sòl previst pel plantejament urbanístic que el classifica". En la determinació d'aquest *standard*, el planificador reté encara un grau de discrecionalitat. Això és el que explica la dicció lleugerament contradictòria de la il·lustrativa sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia, de 24 de març del 2003 (RAr. 2003, 130290)[307]:

[306] Una fórmula abrupta que hauria retallat de manera radical l'amplitud de la discrecionalitat de les decisions administratives hauria estat el desenvolupament de les previsions de la Llei estatal 13/1998, sobre règim del sòl i valoracions. Aquesta llei atorgava al sòl urbanitzable un caràcter residual. De vegades s'atribueixen a aquesta llei tots els mals del territori espanyol, però la regla a la qual hem al·ludit a penes va estar vigent durant tres anys, ja que la Sentència 164/2001, d'onze de juliol, va reconèixer la competència de les comunitats autònomes per la regulació del procés de transformació del sòl (i, per tant, per a establir etapes i pautes en aquesta transformació). És cert l'esmentada llei tenia alguns defectes tècnics que impedien portar a la pràctica els seus desitjos. Per exemple, la imprevisió d'un coeficient mínim d'edificabilitat per a tots els terrenys (la qual cosa hauria permès desenvolupaments immediats mínims en època de creixement immobiliari i podria haver portat a una reducció suau del preu de l'habitatge).

[307] Citada per GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, pp. 165-167.

> "Podría pensarse que si bien la Administración no dispone de discrecionalidad para decidir si incluye o no en la categoría de suelo urbano los terrenos que reúnan las características legalmente enunciadas, de lo que sí dispone la Administración es de un poder de valoración o de un margen de discrecionalidad para concretar y aplicar los diferentes conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en la caracterización de este tipo de suelo. La jurisprudencia se ha pronunciado claramente a favor de la teoría que mantiene el *carácter reglado de la potestad* de la Administración para clasificar el suelo urbano."

Per part del sòl no urbanitzable –ara, denominat rural- és possible la seva qualificació quan es tracta de terrenys que no s'urbanitzen simplement perquè cal garantir "la utilització racional del territori i la qualitat de vida, d'acord amb el model de desenvolupament urbanístic sostenible" (art. 32 b) de la vigent LUC)[308].

En conclusió, ens trobem amb una paradoxa: si limitem la discrecionalitat, generem, probablement, plans "artificials", predeterminats lluny del territori afectat i, en definitiva, poc flexibles per a adaptar-se a una realitat territorial viva. Però, si mantenim o augmentem la discrecionalitat i la variabilitat, creixen automàticament les possibilitats d'actuació il·lícita, especialment si el sector administrat ve impulsat per un torrent de prosperitat[309].

5.1.2. Informació pública i participació ciutadana

Com assegurar la correcció i la transparència de les decisions que hem descrit a l'epígraf anterior? Només hi ha una opció: explicar-la i justificar-la adequadament[310]. És a dir, la Llei ja no ofereix més limitacions i s'entrega a les virtualitats que pugui tenir un procés de "raonament objectiu" (ja que, en efecte, les al·lusions a la racionalitat i a l'objectivitat també estan presents, com hem vist, en la norma urbanística). Per a facilitar aquest camí, proposem una atenció especial a tres punts:

a) El foment de la participació ciutadana no com a pur formalisme situat en les fases processals d'informació pública, sinó amb una accentuada voluntat explicativa. De tota manera, és cert que els processos participatius també generen els seus propis vicis (per exemple, lentitud en la decisió, interès predominant dels propietaris, costos de dedicació temporal de ciutadans i funcionaris, etc.). D'altra banda, és veritat que,

[308] L'article es refereix després a "la concurrència d'altres criteris objectius establerts pel planejament territorial o urbanístic". Sí que s'introdueixen límits de contingut específics per a les modificacions dels plans urbanístics (sobre això, es poden veure els arts. 96 i ss. de la LUC).

[309] Aquesta contradicció està present, per exemple, en l'explicació de GARCÍA RUBIO sobre les fórmules de lluita contra la corrupció urbanística (pp. 508-510).

[310] Sobre aquest tema, des del punt de vista del control judicial, és fonamental el ja clàssic treball de DELGADO BARRIO (1993).

fins ara, la feblesa de les associacions ciutadanes (que són clau en aquest procés) ha estat determinant en la pobresa dels resultats participatius.

b) Una adequada política comunicativa capaç d'explicar amb claredat què i com es vol fer. El tema és molt més complex del que sembla, perquè –com ha exposat brillantment el professor NIETO (pp.128-212)– la legislació urbanística és excessivament complexa i molt fosca conceptualment.

c) L'aprofundiment en les noves fórmules d'accés informàtic a la normativa i projectes urbanístics (que ja tenen, en molts casos, caràcter preceptiu). En aquest sentit, el nou art. 70 ter de la LRBRL –recollint, en gran part, normes que ja regien anteriorment o que ja havien estat adoptades per algunes comunitats autònomes- disposa el següent als seus apartats 1 i 2:

> "1. Las Administraciones Públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten copias completa de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.
>
> 2. Las Administraciones Públicas con competencias en la materia publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteracion. En los municipios menores de 5000 habitantes, esta publicación podrá realizarse a través de los entes supramunicipales que tengan atribuïda la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, que deberán prestarles dicha cooperación."

El precepte anterior ha estat àmpliament desenvolupat als articles 8.5 b) i c) de la LUC. En aquests articles es regula:

- L'accés telemàtic al conjunt íntegre dels instruments de planejament vigents.
- La publicitat per mitjans telemàtics de la convocatòria d'informació pública en els procediments de planejament i gestió urbanístics i dels acords d'aprovació que s'adoptin en llur tramitació.

Potser pensarà el lector que les conclusions anteriors tenen un punt naïf o excessivament simple. Ara bé, crec que hem d'introduir en el marc de les pràctiques urbanístiques criteris de simplicitat. La Llei d'urbanisme de Catalunya té 227 articles en el seu actual text refós i el seu Reglament 283, sense comptar les diverses disposicions addicionals i transitòries. L'operador jurídic tampoc pot desconèixer, òbviament, l'actual Text refós

estatal de la Llei del sòl[311] .Existeixen tipus penals específics i generals que servirien com a darrer dic de contenció per a les males pràctiques. En conclusió –i més des del punt de vista de l'Administració Local- el que hi ha és un excés de regulació que no sempre dóna els resultats volguts. A més, aquesta regulació preventiva està –en línies generals- orientada a les persones que ocupen els càrrecs polítics i administratius, però ha treballat menys, probablement, la claredat discursiva dels procediments. És cert que, aquesta és una característica pròpia dels sistemes jurídics continentals, en oposició a la llarga tradició dels *hearings* i similars anglosaxons[312]. Al nostre entendre, però, aquí hauria d'estar la línia de treball i bones pràctiques dels ajuntaments. Això implicaria, en definitiva, la connexió de les polítiques i decisions urbanístiques amb els canvis que està vivint la normativa i pràctiques de participació ciutadana.

5.2. Altres procediments

5.2.1. L'atorgament de llicències

La qualificació del sòl a través del planejament és l'aspecte que genera més polèmica pública. Ara bé, existeixen altres decisions que mereixen una atenció especial. En concret, l'atorgament de llicències, la gestió urbanística, la gestió del patrimoni públic del sòl i els procediments de disciplina urbanística.

L'atorgament de llicències és una qüestió rellevant de cara a la transparència, especialment de cara a evitar l'atorgament de permisos il·legals. La jurisprudència i la doctrina han recordat en aquest punt la improcedència de la discrecionalitat en seu d'intervenció administrativa, de protecció de la legalitat urbanística i de disciplina urbanística[313]. No obstant això, és cert que una part dels conflictes provenen de la discussió interpretativa sobre conceptes jurídics indeterminats[314]. D'altra banda, la jurisprudència ha recordat la possibilitat legal d'imposar determinades *conditiones iuris*, com a "explicaciones de las exigencias del ordenamiento jurídico que se incorporan a la autorización concreta en calidad de parte integrante de ella" (STS de 9 d'octubre de 1995, citada per BASSOLS COMA, p.448).

Al nostre entendre, a més, s'observen elements de discrecionalitat en les llicències per a obres o usos de caràcter provisional. És cert que la seva regulació – arts. 53 i 54 – està integrada majoritàriament per nocions reglades i per conceptes jurídics indeterminats. Ara bé, és discrecional l'opció inicial per a atorgar l'autorització. En aquest extrem, per

[311] De fet, gran part dels criteris de transparència i de restricció del conflicte d'interessos en la legislació de règim local han nascut de concretes reformes de la legislació urbanística.
[312] Sobre això, en dret nord-americà, v. MORENO MOLINA, pp. 533-534.
[313] Sobre això, v. TÀBOAS BENTANACHS (p. 742 i ss.).
[314] Al nostre entendre, però, s'observen elements de discrecionalitat en algunes llicències, com les relatives a obres o usos de carácter provisional. La provisionalitat de l'obra o de l'ús és una dada objectivable, però la facultat d'atorgar o no la llicència implica un marge de llibertat.

tant, el municipi ha de ser molt curós per a evitar desigualtats o polítiques discriminatòries.

5.2.2. La gestió urbanística

És especialment punyent la problemàtica derivada dels supòsits d'exercici discrecional de potestats a l'àmbit de la gestió urbanística. Els casos són diversos[315] i, en tots ells, la motivació i la fonamentació han de ser exigents i primmirades. Per exemple:

-En la delimitació de polígons i en l'elecció del sistema d'actuació a emprar.
-En l'adjudicació de terrenys (amb respecte al principi d'equidistribució).
-En la configuració del projecte d'urbanització i en la seva extensió i determinacions.

En aquest terreny, a més dels criteris generals per al control de la discrecionalitat, sobresurt el principi de justa distribució de beneficis i càrregues. La jurisprudència ha aplicat amb decisió aquest principi[316]. Cal reconèixer, per cert, que no sempre és fàcil per als particulars afectats –o per a la comunitat en general- obtenir la informació sobre els càlculs i justificacions duts a terme i la seva *ratio essendi*. Aquest és un àmbit on la simplificació, la transparència i la publicitat són absolutament necessàries.

Per últim, hem de dir que les regles de transparència i publicitat apuntades en relació als plans i a la gestió en general han de jugar també pel que fa als convenis urbanístics. No podem entrar aquí en la seva validesa i límits[317], però sí convé recordar que els seus riscos tradicionals han radicat, precisament, en la manca de transparència[318]. En aquest sentit, hem de precisar que l'art. 98.4 de la LUC estableix que "els convenis urbanístics han d'integrar la documentació del planejament o de l'instrument de gestió al qual es refereixin, s'han de sotmetre a la informació pública corresponent i poden ésser objecte de consulta un cop aprovats."

Des d'un altre punt de vista, hem d'afegir la regla de l'art. 16.3 del TRLS, que disposa que "los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligacions o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados". I afegeix que "la cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho". Aquesta prescripció és important al nostre àmbit, ja que ataca una de les disfuncions que –especialment, a certes legislacions autonòmiques- s'ha criticat en la

[315] Se'n pot veure un llistat ordenat al treball de TÁBOAS BENTANACHS (p. 738 i ss.).
[316] V. TÁBOAS BENTANCHS, pp. 790-793.
[317] Sobre la tipologia i la naturalesa dels convenis, v. BUSTILLO BOLADO i CUERNO LLATA.
[318] Aquest avís ja havia estat apuntat per PAREJA LOZANO (pp.165-166).

pràctica urbanística recent. Ens referim a la imposició als propietaris d'obligacions extralegals i incrementades en els processos de gestió urbanística[319].

5.2.3. El patrimoni públic del sòl

En el marc de la gestió del patrimoni públic del sòl, són especialment delicats els procediments d'alienació i cessió dels béns que l'integren. En primer lloc, perquè la legislació admet cessions gratuïtes o a preu inferior al del mercat en certs casos (habitatges de caràcter social, finalitats d'equipament comunitari, generació d'activitat econòmica en àrees deprimides, etc.[320]). Més problemes encara genera l'opció legal en favor del concurs públic per a l'alienació, en perjudici de la fórmula de subhasta (art. 167 LUC). Per aquí poden entrar elements de discrecionalitat que caldrà després resoldre de forma transparent en cada cas. Més primmirat caldrà ser, encara, amb els supòsits d'adjudicació directa permesos per la legislació (per exemple, transmissió en favor d'entitats de caràcter benèfic i social i promotors públics, per a la construcció d'habitatges protegits (art. 168 LUC)[321].

5.2.4. Els procediments de disciplina urbanística

La inactivitat en els procediments de disciplina urbanística és un dels dèficits tradicionals en l'actuació municipal i no és fàcil trobar solucions adequades. Dos són els problemes principals. En primer lloc, tot i que legalment són potestats d'exercici inexcusable[322], es tracta d'una situació amb poc rendiment electoral i sovint desagradable per al clima de convivència de les comunitats locals[323]. D'altra banda, reclama normalment una constant dedicació de personal especialitzat (inspectors

---

[319] En paraules de PAREJO ALFONSO i ROGER FERNÁNDEZ (p. 222), es tractava d'un dels "excesos más frecuentes, graves y evidentes que se han venido poniendo de manifiesto en la práctica urbanística con ocasión del recurso a la técnica convencional y cuya corrección es factible en sede competencial estatal".

[320] En relació als supòsits, v.art. 166 LUC i CLAVELL NADAL, p. 395 i ss.

[321] Un comentari d'aquests supòsits pot llegir-se a CLAVELL NADAL, pp. 395-397.

[322] Sobre la inexcusabilitat de l'exercici de les potestats per a l'exercici de la disciplina urbanística, v. CASTILLO BLANCO, pp. 71-73.

[323] Com ja havíem dit en un altre lloc (AMENÓS ÁLAMO, p. 94):

> "Evidentemente, atacar la indisciplina es a menudo impopular y antipático, pero está en juego la credibilidad de las leyes y de la Administración. No obstante, la gravedad de las resoluciones enumeradas y la energía que demanda su ejecución provocan en ocasiones una actitud contemporizadora de los poderes públicos. Se opta a veces por la regularización (en la reforma de los Planes) de las infracciones preexistentes cuyos efectos aún subsisten. Hay que acudir con cautela a este expediente, entre otras razones para ahorrar a los inspectores el deslucido papel que representan cuando investigan violaciones que disfrutarán posteriormente del favor legal."

urbanístics, serveis jurídics, etc.). Davant d'aquestes dificultats[324], són possibles diverses solucions[325]:

a) Determinació legal o convencional d'àrees prioritàries d'inspecció per a cada administració. Hem de tenir en compte que la inspecció urbanística és d'atribució indistinta (autonòmica i local) i, per tant, pot haver-hi una doble actuació.

b) Remissió immediata de la informació obtinguda per l'òrgan autonòmic d'inspecció a l'ens local, per tal que aquest incoï l'oportú expedient. Recordem que la passivitat municipal pot justificar la subrogació de la comunitat autònoma.

c) Conveni per a la prestació del servei d'inspecció urbanística en el terme municipal per part de la comunitat autònoma. El pacte pot significar l'atribució en exclusiva de la vigilància a la comunitat autònoma o bé la realització compartida d'aquestes tasques.

d) Plans d'inspecció conjunta i coordinada, fins i tot en el marc d'una mancomunitat o d'una comarca (o, en el futur, *vegueria*).

Per últim, en relació a la disciplina urbanística, l'Administració Local ha de ser molt curosa en el respecte al principi d'igualtat jurídica. És a dir, convindria evitar les polítiques selectives d'enderrocs (encara que és cert que estan emparades per la jurisprudència, que considera que el precedent il·legal no pot vincular l'Administració)[326]. La doctrina ha propugnat aquí una certa programació, de cara a conjurar la hipotètica arbitrarietat[327]. La programació, de fet, també podria ser tinguda en compte en les fases inicials, a través dels plans d'inspecció[328]

[324] Dificultats que, segons GARCÍA RUBIO (p. 520), comporten que siguin escasses les resolucions que impliquen l'efectiu enderroc de l'edificació il·legal. El fenomen és similar quan es tracta de sentències condemnatòries.

[325] Per a més informació, vegeu. AMENÓS ÁLAMO, pp. 113-114.

[326] Sobre aquest aspecte, v. CASTILLO BLANCO (p. 89 i ss.).

[327] CASTILLO BLANCO (pp. 92-93).

[328] Com ja havíem indicat en un altre lloc (AMENÓS ÁLAMO, p. 146):

"Es aconsejable que las Administraciones competentes para la inspección urbanística pongan en marcha planes que selecciones las zonas y objetos de verificación. Ello permitiría prever con antelación las operacions einspectoras y justificar objetivamente la elección de las obras y actividades a examinar. Además, relegaría a un segundo plano la denuncia como base para el inicio de las investigaciones".

6. Conclusions

1. La vigent normativa en matèria de transparència i bones pràctiques és realment àmplia, però existeix encara un espai propi per a omplir a través de l'autonomia local, ja sigui a través de les pròpies normes orgàniques o mitjançant les pertinents instruccions i ordres de servei.

2. Els ens locals hauran de transmetre una visió positiva de l'activitat constructiva i urbanitzadora, allunyada de tòpics com "l'especulació" i correctament controlada per a assegurar la sostenibilitat. La primera qüestió que ha d'afrontar un municipi consisteix a comunicar correctament els objectius i resultats de la seva activitat urbanística i insistir en els seus efectes beneficiosos per al benestar de la població.

3. El "dret a una bona administració" té diverses concrecions a nivell constitucional i legal. Per exemple, els principis de legalitat, publicitat i interdicció recollits a la Norma Suprema o els drets reconeguts per l'art. 35 de la LRJPAC.

4. L'Administració Local ha de posar un èmfasi especial en la transparència i l'eficàcia de l'exercici de les seves competències urbanístiques, tenint en compte el creixent impuls de les tendències centralitzadores en aquest àmbit.

5. Cal apostar per un sistema retributiu adequat i realista per a les autoritats municipals que operen en el camp de l'urbanisme. Això ha de fer-se en el marc d'autonomia del qual ara ja gaudeixen els ens locals i sense perjudici de l'aplicació de les garanties legals establertes: període de limitació d'activitats o "refredament" posterior al mandat i declaració de béns i activitats.

6. Les darreres reformes legislatives han eixamplat les competències del ple en matèria urbanística. Independentment d'això, l'adequada informació al ple de les decisions preses en aquest àmbit segueix sent una clau de transparència.

7. Els informes i altres actuacions dels funcionaris públics constitueixen un element fonamental per a assegurar una bona gestió. En especial, cal tenir present el paper dels funcionaris amb habilitació de caràcter estatal. La Generalitat ha assumit competències en matèria de selecció i provisió de llocs de treball d'aquests funcionaris. Per tant, és el moment adequat per a tancar situacions provisionals com els nomenaments accidentals i els nomenaments interins. Ara bé, la censura que hagin d'efectuar aquests funcionaris dels expedients urbanístics hauria de comptar amb un adequat suport tècnic i organitzatiu.

8. La legislació administrativa també ha exigit transparència a certes actuacions dels particulars. Per exemple, la constància dels particulars afectats per determinades alteracions de l'ordenació urbanística.

9. Cal fer una adequada política comunicativa de les actuacions urbanístiques. Aquestes han de ser un camp rellevant de la publicitat institucional. Es tracta de combinar la preceptiva publicitat formal amb noves formes de difusió real i efectiva (per exemple, a través de les noves tecnologies).

10. El nivell de discrecionalitat en matèria de planificació urbanística és elevat. Per tant, cal justificar adequadament les solucions preses (especialment, a les memòries que acompanyen els plans).

11. Cal seguir fomentant la participació ciutadana, a través de les fases preceptives d'informació pública en el planejament i també amb una política comunicativa adequada. Es tracta d'evitar la confusió i l'esoterisme propis del vocabulari juridicourbanístic. Aquí ha de jugar un paper rellevant l'accés informàtic a la normativa i projectes urbanístics (que ja té rang d'exigència legal).

12. L'atorgament de llicències justificarà el perquè de la imposició de *conditiones iuris* i haurà de ser molt curós en la interpretació dels seus conceptes jurídics indeterminats. Especial motivació exigeixen els elements discrecionals que s'observen a les llicències per a obres o usos de caràcter provisional.

13. En matèria de gestió urbanística també cal aplicar les regles de transparència, simplicitat i publicitat que hem reclamat per als plans. Això és necessari perquè es produeixen en aquest àmbit diverses decisions discrecionals i, a més, s'imposa el respecte al principi de justa distribució de beneficis i càrregues. El mateix es predica, de manera fins i tot subratllada, en els convenis urbanístics.

14. Cal ser especialment primmirat en els procediments d'alienació i cessió del béns del patrimoni públic del sòl. En especial, en els supòsits de cessió gratuïta o a preus inferiors al mercat o en l'alienació a través de concurs públic i d'adjudicació directa.

15. En matèria de disciplina urbanística, cal reduir els supòsits d'inactivitat. Això podria ser possible a través de tècniques de col·laboració interadministrativa, que inclouen diverses possibilitats: determinació legal o convencional d'àrees prioritàries d'inspecció, agilitat en la comunicació d'informació, convenis per a la prestació adequada de la inspecció urbanística i plans d'inspecció conjunta i fins i tot mancomunada. D'altra banda, l'exercici de la disciplina urbanística ha d'evitar les polítiques selectives i optar per la programació.

Bibliografia

AMENÓS ÁLAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999.

BASSOLS COMA, M., "De la intervención en la edificación y uso del suelo y del subsuelo (arts. 179 a 190 TRLUC y arts. 234 a 263 del RLU)", a TRAYTER, J.M. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Catalunya*. *Adaptados al Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de Suelo de 2008*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 435-495.

BUSTILLO BOLADO,R.O i CUERNO LLATA, J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

CASTILLO BLANCO, F.A., *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico autorizante*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

CLAVELL NADAL, D., "De los instrumentos de la política de suelo y de vivienda", a TRAYTER, J.M. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Catalunya*. *Adaptados al Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de Suelo de 2008*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp.369-432.

DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid,1993.

FERNÁNDEZ DURÁN, R., *El tsunami urbanizador español y mundial*, ed. Virus, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ GALIANO, L., "Exorcismos urbanos", *El País*, 8 de gener de 2007.

GARCÍA BELLIDO, J., "Por una urbanización del paradigma urbanístico español: el tsunami urbanístico que arrasará el territorio", a *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 144, 2005.

GARCÍA RUBIO, F., *Nuevos retos sectoriales del urbanismo*, ed. la Ley-El Consultor, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "Los suelos urbano y urbanizable", a TRAYTER, J.M. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Catalunya*. *Adaptados al Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de Suelo de 2008*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 153-173.

LOZANO CUTANDA, B., "Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, 172, Madrid, gener-abril, 2007, pp. 339-361.

MARTÍN PALLÍN, J.A., "Urbanismo desenfrenado: una bomba de neutrones", *El País*, 24 de gener de 2001.

MENÉNDEZ REXACH, A., "El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de Suelo y otras normas estatales recientes", a MENÉNDEZ REXACH, Á. (Ed.): *Urbanismo y corrupción*, Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2008, pp. 135-168.

MORENO MOLINA, Á.M., "Estados Unidos de América: líneas básicas de su legislación urbanística", a *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, 128, 2001, pp. 517-556.

NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, ed. Trotta, Madrid, 2002.

PAREJA LOZANO, C., *El nou Dret urbanístic*, Marcial Pons-Diputació de Barcelona, Madrid-Barcelona, 1998.

PAREJO ALFONSO, L.J. i ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Iustel, Madrid, 2007.

PARLAMENTO EUROPEO-AAVV, "Documento de Trabajo sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía" (2007).

TÁBOAS BENTANACHS, M., "Discrecionalidad en material de urbanismo. Especial referencia al urbanismo de Catalunya", a TRAYTER, J.M. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Urbanismo de Catalunya*. *Adaptados al Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre y a la Ley de Suelo de 2008*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 671-809.

Abreviatures

COSITAL, Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Técnicos de Administración Local.
EBEP, Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic.
LRBRL, Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local.
LUC, Decret Legislatiu 1/2005, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme (d'acord amb la redacció donada pel Decret llei 1/2007, de 16 d'octubre, de mesures urgents en matèria urbanística).
TRLS: Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, que aprova el Text refòs de la Llei del sòl.

Capítol VIII

MUNICIPALISME I SOSTENIBILITAT

ELS FONAMENTS DE LES BONES PRÀCTIQUES ADMINISTRATIVES LOCALS EN L'ÀMBIT DEL MEDI AMBIENT

Salvador Milà i Solsona
Advocat

SUMARI: 1. Els antecedents -2. El necessari referent europeu -3. L'acció ambiental en l'àmbit local a Catalunya -4. Els principis inspiradors de les propostes del codi de bones pràctiques en matèria de medi ambient -4.1. Sostenibilitat i cohesió social –4.2. Transversalitat de les polítiques ambientals: co-responsabilitat de les administracions –4.3. El paper actiu dels ciutadans: informació participació **-5. Principis de cautela, acció preventiva i correcció dels danys al medi ambient** –5.1. Mesures i principis utilitzats en l'aplicació de les polítiques de preservació del medi ambient –5.2. La responsabilitat per danys ambientals –**6. La responsabilitat compartida: implicació de tots els agents –7. Un sistema comú d'indicadors mediambientals –8. Activitats econòmiques a la ciutat. Noves formes de treball i noves activitats –9. La fiscalitat, un instrument fonamental de política mediambiental –10. Contractació sostenible: la compra verda.**

1. Els antecedents

La introducció al nostre país de les polítiques ambientals, enteses en el sentit modern de transversalitat i integració amb la resta de polítiques públiques, es produeix de forma progressiva, a partir dels anys 80[329], no a impuls de mesures legislatives o administratives estatals o autonòmiques, sinó d'una manera certament espontània i desordenada a partir de diversos agents ben diferents però mútuament interrelacionats.

En primer lloc les reivindicacions veïnals i de moviments socials força dispersos, locals o sectorials, com a reacció a determinades actuacions de les administracions públiques estatal, autonòmica o local que afecten el medi ambient i l'entorn natural, i que s'expressa en accions reivindicatives de caràcter essencialment preventiu o reactiu: contra la implantació de determinades actuacions urbanístiques, d'infraestructures o d'activitats industrials, o per preservar i conservar espais d'interès natural o paisatgístic. Aquests moviments reivindicatius assoleixen moments de gran participació ciutadana i sensibilitzen amplis sectors de la població, en especial en el camp cultural, sindical i

[329] Sobre la matèria, vid. CASADO CASADO, L. i FUENTES GASÓ, J.R., *Medi ambient i ens locals*, Cedecs, Barcelona, 2008; ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996.

finalment polític, que obliguen les administracions responsables a adoptar actuacions puntuals de modificació de decisions de planificació urbanística o d'implantació d'infraestructues o d'autorització d'activitats econòmiques, formalment ja adoptades i en alguns casos porten a adquisicions de terrenys, indemnitzacions d'activitats o adopció de mesures correctores més potents.

En segon lloc, es produeix una progressiva sensibilització social i cultural pels temes ambientals i en especial per la conservació de la natura i la protecció d'espècies i hàbitats amenaçats, a partir del coneixement i penetració de moviments, 0NG i divulgadors de prestigi internacional i de gran ressò mediàtic, com és el cas de GREENPEACE, WWF, Ecologistes en acció, l'aparició de moviments polítics de caràcter "Verd" en els països més avançats, la denúncia pública de desastres ecològics, etc.. de personatges com Rodríguez de la Fuente, Cousteau, etc, sense oblidar els documentals de divulgació que arriben a assolir una gran audiència, i que –tot plegat– donen la dimensió global, legitimen i prestigien aquells moviments sectorials i espontanis i fan evident la necessitat de canvis substancials en les polítiques públiques.

En aquest apartat dels precedents de sensibilització cultural i científica, cal fer un especial esment a les aportacions del Congrés de Cultura Catalana (1975-1977), en què els temes mediambientals prenen dimensió pròpia en les resolucions de l'àmbit d'ordenació del territori i en el marc general de les reflexions i propostes per a la reconstrucció política i cultural del nostre país, a les portes de la represa democràtica; com també a les mesures proposades de forma sistemàtica en la ponència sobre l'ordenació territorial i el medi ambient, en el Congrés d'Urbanisme i Territori a Catalunya de l'any 1990, que recollia les experiències i les necessitats en el camp de l'acció mediambiental fruit dels primers deu anys d'ajuntaments democràtics.

2. El necessari referent europeu

En tercer lloc, però no menys important, les polítiques ambientals entren en el nostre ordenament polític i legislatiu, si no vols per força, a partir de l'adhesió d'Espanya a la Comunitat Europea –més endavant UE- que a impuls de la Comissió i del Parlament europeu, fa de les polítiques ambientals un dels seus eixos d'actuació en la implementació de polítiques comunes i dels seus fons regionals i urbans, a impuls de la ciutadania europea i en especial dels municipis i administracions més properes als ciutadans, més enllà del que diguin els tractats constitutius de la CEE; en aquest sentit cal recordar el Llibre Verd sobre el medi ambient urbà del 1990, que per primer cop reconeix el paper de les ciutats en la resolució dels problemes del medi ambient i en fa un plantejament integral.[330]

[330] *Amplius* vid., PLAZA MARTÍN, C., *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2005.

Aquests canvis troben finalment la seva consagració com un dels eixos fonamentals de les polítiques públiques de la CE i després de la UE en les successives modificacions dels tractats, començant en el tractat de Maastrich del 1992, en què s'estableix la necessitat de fomentar un creixement sostenible:

> "Article 2 : És missió de la Comunitat promoure un creixement sostenible i no inflacionista que respecti el medi ambient".

I, en el seu article 130 R, disposa que:

> "La política de la Comunitat en l'àmbit del medi ambient tindrà com a objectiu assolir un nivell de protecció elevat, tenint present la diversitat de situacions existents en les diferents regions de la Comunitat. Es basarà en els principis de cautela i d'acció preventiva, en el principi de correcció dels atemptats al medi ambient, preferentment a la font mateixa, i en el principi de *qui contamina, paga*. Les exigències de la protecció del medi ambient s'hauran d'integrar en la definició i la realització de la resta de polítiques de la Comunitat".

Cal observar que aquest article incorpora ja tot un programa legislatiu o com a mínim determina els principis i els criteris que orientaran les polítiques europees en matèria de medi ambient en els anys següents. Ja des del primer moment, aquest mandat comunitari es tradueix en els continguts més avançats del 5è Programa de Medi Ambient i Desenvolupament Sostenible (1993-2000)[331]en què s'introdueix per primer cop el compromís de la política europea amb el desenvolupament sostenible i la necessitat d'instruments fiscals.

Alhora, la Comissió Europea posa en marxa la primera fase (1993-1996) del Projecte de Ciutats Sostenibles. Els seus objectius són contribuir a una major reflexió sobre la sostenibilitat de les zones urbanes europees, fomentar un ampli intercanvi d'experiències i difusió de les millors pràctiques de sostenibilitat a nivell local i, a llarg termini, formular recomanacions. D'aquesta primera fase en van resultar:

- L'informe sobre les ciutats europees sostenibles (març 1996)
- Una guia de bones pràctiques (octubre 1994)
- Un Sistema Europeu d'Informació sobre Bones Pràctiques (1996)

Un esdeveniment important té lloc del 25 al 27 de maig 1994 a la ciutat danesa d'Aalborg: la Primera Conferència sobre Ciutats Sostenibles. Més de 600 representants de ciutats de tot Europa hi van participar i 80 entitats locals signen la Carta d'Aalborg "Carta de Ciutats i Municipis Europeus cap a la Sostenibilitat" el 27 de maig de 1994.

Durant aquestes quasi dues dècades, la Comunitat europea i després la Unió Europea, ha anat adoptat tot un seguit d'importants directives i reglaments que han ajudat a portar a la pràctica polítiques avançades en tots els àmbits de la protecció i la recuperació dels vector ambientals i del medi natural, s'ha dotat d'instruments a les polítiques públiques i sobretot han donat un gran protagonisme als nous drets vinculats al medi ambient i a la necessària informació i participació dels ciutadans i ciutadanes de la Unió en aquests àmbits; les directives europees en aquests anys han anat donant major protagonisme a les autoritats locals i als agents econòmics i socials d'abast territorial en la implementació de les polítiques i els programes destinats a la preservació i la recuperació dels diferents vectors mediambientals, aplicant de forma conseqüent els principis de subsidiarietat i proporcionalitat.

S'ha arribat així a la Carta dels drets Fonamentals de la Unió europea, adoptada a Estrasbrug el 12 de desembre de 2007 incorporada als tractats de la Unió amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, que en el seu article 37 relatiu a la protecció del medi ambient dóna el màxim estatus legal al mandat que:

> "En les polítiques de la Unió s'integraran i garantiran, conforme al principi de desenvolupament sostenible, un nivell elevat de protecció del medi ambient i la millora de la seva qualitat."

Després de la reforma duta a terme pel Tractat de Lisboa, el Tractat Constitutiu de la Comunitat Europea ha estat substituït pel Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE), en el vigent Títol XX, dedicat al medi ambient, l'art. 191 estableix que:

> "1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:
> - la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
> - la protección de la salud de las personas,
> - la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
> - el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.
>
> 2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.
>
> En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por

motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión."

3. L'acció ambiental en l'àmbit local a Catalunya

Tot seguit però, cal dir que l'àmbit de les administracions locals i territorials en general[332], i les de Catalunya en especial, és el que es mostra més receptiu –si bé de manera un tant dispersa i molt intuïtiva- a la recepció de les polítiques públiques de prevenció i recuperació mediambientals i de protecció de medi natural, en resposta a l'interès i a les iniciatives dels ciutadans per tot allò que afecti la qualitat de vida i el medi ambient urbà, expressats a través de mobilitzacions socials i d'un ric teixit associatiu. És així com els ajuntaments catalans van ser també pioners, els anys 80 i primers noranta, a adherir-se als pronunciaments, moviments de caràcter associatiu supralocal i europeu, així com als programes d'actuació que en l'àmbit europeu –però també mundial– promovien un nou model de desenvolupament urbà, basat en la sostenibilitat i la preservació i recuperació del medi ambient.

Aquesta preocupació dels poders locals catalans té uns referents ben concrets i propers en la urgència amb què després de la represa democràtica de finals del segle XX van haver d'encarar els problemes que quaranta anys de règim autoritari havien deixat en el camps de l'habitatge, dels serveis urbanístics, del sanejament, dels abastaments i de la salubritat; amb dèficits de tota mena, conseqüència del creixement econòmic i urbanístic desordenats, especulatius i malbaratadors de recursos naturals que, de 1960 en endavant, van imposar-se al nostre país i que van acabar afectant de forma greu la qualitat de vida dels ciutadans i les ciutadanes, molt especialment en les ciutats sotmeses a processos de fort creixement demogràfic.

Cal destacar que Catalunya és el país amb el més gran percentatge d'administracions locals adherides a la Carta de les ciutats europees cap a la sostenibilitat (Carta d'Aalborg); que han aprovat i desenvolupat les corresponents agendes locals 21, i també la creació d'estructures de coordinació com la Xarxa de ciutats catalanes per la sostenibilitat.

El II Congrés de Municipis de Catalunya celebrat a Lleida la tardor de l'any 2001 va adoptar la resolució sobre "Ajuntaments: el progrés sostenible. Referents, principis i accions per a la sostenibilitat" que com a conclusió del debat d'una àmplia ponència amb el mateix títol, venia a resumir en 27 punts els referents, els principis, les estratègies i les accions que els municipis de Catalunya havien començat a desenvolupar i es comprometien a aplicar en aquest ampli camp de la sostenibilitat en l'àmbit local, com així s'ha fet.

[332] MUÑOZ MACHADO, S., "La gestión del medio ambiente por las entidades locales", a *Tratado de derecho municipal*, 2ªa ed., Thompson Civitas, Madrid, 2003, p. 1821 i ss.

4. Els principis inspiradors de les propostes del codi de bones pràctiques en matèria de medi ambient

4.1. Sostenibilitat i cohesió social

Poc a poc la preocupació pel medi ambient i l'adopció de mesures per protegir-lo i recuperar-lo –a partir del concepte més tradicional de salubritat pública– s'ha anat obrint camí en les polítiques locals. El medi ambient s'ha anat configurant com un bé jurídic col·lectiu, fins a assolir el nivell d'un dret humà fonamental que afecta les generacions presents i futures i que s'ha anat incorporant als ordenaments juridicoconstitucionals més moderns, i en el cas de Catalunya, en el nostre renovat Estatut d'autonomia de 2006, s'incorpora la nova concepció del medi ambient com un dret i un deure, article 27, a més de ser un dels principis rectors de les polítiques públiques, article 46, i incorpora tots els vectors dinàmics de la sostenibilitat.

Ja des del primer moment de recuperació democràtica local, la major part dels ajuntaments de Catalunya que han endegat polítiques en l'àmbit del medi ambient han tingut clar que la condició prèvia de tota actuació sostenible és disposar d'uns agents econòmics i socials que tinguin garantits uns mínims nivells de qualitat de vida i de treball; la cohesió –o si es vol la "sostenibilitat" social– és un component més de la sostenibilitat general del sistema. En paraules de l'informe "Delors" (1993):

> "El principal repte que ha de superar un nou model de desenvolupament econòmic és invertir la relació, actualment negativa, entre les condicions mediambientals i la qualitat de vida, d'una part, i la prosperitat econòmica de l'altra".

D'aquí que adquireixi tanta rellevància l'exigència que les de qualitat i prevenció ambientals -eixos bàsics de la construcció europea i, per tant, de les polítiques nacionals i regionals–, vagin acompanyades d'iniciatives i programes efectius per garantir la cohesió social i la qualitat de vida, com a requisit imprescindible per l'efectivitat d'aquelles polítiques.

Els dirigents municipals europeus, en reclamar en la Declaració de Hannover el lideratge de les ciutats en les polítiques ambientals, manifestaven clarament el suport a la integració europea com un dels instruments essencials per assolir la cohesió social i econòmica tot mantenint i millorant els estàndards socials i mediambientals.

4.2. Transversalitat de les polítiques ambientals: co-responsabilitat de les administracions

Pel que fa a les competències administratives que concorren a l'hora d'abordar els temes vinculats al medi ambient s'ha constatat reiteradament com n'és d'inadequat l'actual sistema de repartiment de competències i de recursos entre els diferents nivells administratius. Cal superar l'actual distribució sectorialitzada i jerarquitzada de les

competències en temes ambientals per un concepte integral/transversal i coordinat: aplicar de forma coherent i responsable dos principis fonamentals de l'actuació interadministrativa: el principi de subsidiarietat i el principi de coordinació.

S'han de reconèixer i donar l'exacta dimensió a dues circumstàncies aparentment contradictòries: que els problemes mediambientals superen generalment l'àmbit local i fins i tot el regional o estatal, però que, alhora, l'àmbit més adient per a una solució efectiva de molts d'aquests problemes és l'àmbit local, entès en sentit ampli, que inclou les actuacions supramunicipals, és a dir, el més proper a les manifestacions i fenòmens concrets en què aquells problemes es manifesten, en especial per fer-ne una aplicació acurada i un control exhaustius.

Les autoritats locals han hagut de reorganitzar les seves estructures internes de gestió per facilitar el treball interdisciplinar i un plantejament integrat dels temes ambientals. Cal potenciar la creació o la incorporació a xarxes de ciutats sostenibles i el manteniment d'un sistema d'informació local sobre iniciatives en medi ambient i fomentar la formació mediambiental del personal municipal i els intercanvis (els anys 1993-1994 es va dur a terme un programa europeu d'intercanvi de funcionaris municipals). L'intercanvi d'experiències és important per a evitar una inútil duplicació del treball.

4.3. El paper actiu dels ciutadans: informació i participació

Tota bona pràctica administrativa en matèria de medi ambient ha d'incorporar plenament el dret a la informació i a la participació dels ciutadans en la presa de decisions que afecten al medi ambient i garantir-los el dret a actuar en defensa dels interessos mediambientals, en especial en els processos previs d'avaluació estratègica i d'impactes, però que s'ha de completar amb un sistema àgil i transparent de recursos.

La Llei estatal 27/2006 de 18 de juliol que regula els drets d'accés a la informació, a la participació pública i l'accés a la justícia en matèria de medi ambient ha vingut a incorporar les directives de la UE que van recollir els acords derivats del Conveni de Aarhus de 25 de juny de 1998. Es fonamentava en el postulat que, per tal que els ciutadans puguin gaudi del dret a un medi ambient saludable i complir el deure de respectar-lo i protegir-lo, han de tenir accés a la informació mediambiental rellevant, tant genèrica com específica, amb independència que siguin o no part interessada en el procediment o actuació de què es tracti.[333]

[333] Vid. LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 232 i ss.; CASADO CASADO, L., "El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia" a *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009; SANCHIS MORENO, F., "El Convenio de Aarhus", a *El Ecologista*, núm. 38, hivern 2003/2004; PIGRAU, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

5. Principis de cautela, acció preventiva i correcció dels danys al medi ambient

Aquests principis, junt amb el de *qui contamina paga*, són ara molt coneguts i assumits en les polítiques i normes que afecten les actuacions amb incidència mediambiental, i van ser recollits per primera vegada dins la Comunitat Europea en el Tractat de Maastricht de 1992.[334]

S'ha de recórrer al principi de cautela sempre que, com a resultat del fet que la informació científica disponible sigui incompleta, no concloent o incerta, hi hagi motius raonables de preocupació sobre un possible dany al medi ambient o a la salut humana, animal o vegetal. És a dir, cal evitar riscos potencialment greus per a l'ecosistema físic a l'hora de prendre decisions i, si cal, adoptar mesures provisionals immediates.[335]

No obstant això, en moltes situacions la realitat imposa alternatives complexes en les quals cal valorar si el risc de prendre una decisió és superior o no al risc de no prendre-la. Això afegeix responsabilitat tant a les decisions per acció com per omissió. Pel seu caràcter dinàmic –que avança en la mesura que avancen els coneixements científics– aquest principi obliga a una revisió constant de les mesures preventives i correctores, a la llum dels avenços científics, i a l'aplicació de les millors pràctiques disponibles en els processos productius que tinguin incidència ambiental significativa.

5.1. Mesures i principis utilitzats en l'aplicació de les polítiques de preservació del medi ambient

A l'hora d'abordar els reptes mediambientals en la pràctica de les administracions, podem agrupar les mesures a l'abast en:

a) Proscriptives –de prohibició–: les que imposen la necessitat d'impedir determinades actuacions no acceptables per raó de ser desproporcionades en relació amb els efectes sobre el medi quan són manifestament superiors als assumibles: emissions de determinats contaminats, etc.

b) D'avaluació de riscos dels productes i materials–: estudiar els efectes secundaris dels productes que s'utilitzaran en els processos productius, en les actuacions, en les obres o

[334] CASTROVIEJO BOLIVAR, M., "Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambienta", a *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 65, 2004.

[335] Vid. ESTEVE PARDO, J., "Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica", a *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, núm. 3, 2003, pp. 689-700; CIERCO SEIRA, C., "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", a *Revista de administración pública*, núm 163, 2004, pp. 73-126.

serveis per fomentar la utilització d'aquells innocus o amb menor impacte disponibles i fomentar-ne la substitució

c) Correctores o de mitigació del risc o dels danys que inevitablement s'estiguin produint com a resultat de determinats processos –per exemple les emissions de gasos d'efecte hivernacle.

d) Prescriptives: tant d'atenuació dels efectes perjudicials ja produïts i acumulats com les de caràcter pro-actiu, que busquen la regeneració i la recuperació dels danys

5.2. La responsabilitat per danys ambientals

Cal tenir molt present que l'"*ultima ratio"* en la protecció efectiva del medi ambient que està a l'abast de les administracions és l'exigència de responsabilitat pels danys produïts al medi ambient de forma il·legal. Al nostre país aquest principi s'ha traduït en la pràctica a través de la Llei estatal 26/2007, de 23 d'octubre, de responsabilitat mediambiental, prevenció i reparació dels danys. Aquesta Llei també és conseqüència de la transposició d'una directiva europea i ha vingut a establir un règim administratiu de responsabilitat ambiental de caràcter objectiu i il·limitat.[336]

L'abast de l'obligació de reparació que assumeix l'operador responsable s'estén no sols als danys immediats, sinó als que es manifesten al llarg del temps, en períodes molt extensos, i el seu contingut consisteix a retornar els recursos naturals danyats al seu estat original, satisfent el cost total de les accions de reparació. En definitiva, cal donar més importància al valor mediambiental, que no es pot entendre satisfet amb una simple indemnització econòmica sinó amb la recuperació dels elements i factors alterats o destruïts.

6. La responsabilitat compartida: implicació de tots els agents

El principi de la responsabilitat compartida en la gestió ambiental que es va explicitar per primera vegada en el 5è Programa de Medi Ambient, recorda que, per a l'efectivitat de les polítiques de sostenibilitat i la implementació dels corresponents programes d'acció, és imprescindible la cooperació i l'associació entre els diferents nivells, organitzacions i interessos implicats, tant verticalment com horitzontalment, i tant si es tracta d'agents públics com d'agents privats. Cal considerar dos àmbits de cooperació

[336] Vid. ESTEVE PARDO, J., "Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático", Marcial Pons, Madrid, 2008; MANTECA VALDELANDE, V., "La ley de responsabilidad medioambiental" a *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm., 754, 2008; RODRÍGUEZ ESCOBAR, R., "La nueva responsabilidad medioambiental derivada de la ley 2672007" a *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 13, 2008.; LOZANO CUTANDA, B. (Coord.), *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, Thompson Civitas, Navarra, 2008.

entre les autoritats locals, associacions de tota mena, ONGs, xarxes, i en relació amb els ciutadans.

En general, les agendes locals 21, que tants ajuntaments van impulsar entre mitjans dels anys 90 i primers del 2000, van incorporar a cadascun dels seus programes d'acció els corresponents apartats d'identificació dels agents implicats en la gestió i l'establiment dels objectius o compromisos de col·laboració comuns, ja siguin sectorials o generals, pactes per a la sostenibilitat en determinats àmbits sectorials, comissions d'enllaç o de seguiment.... Això és especialment necessari en àmbits intramunicipals, per a abastar la gestió ordenada d'espais o de problemes que impliquen territoris compartits: conques hidràuliques –amb les mancomunitats d'usuaris–, espais protegits, parcs o àmbits d'interès natural -amb els corresponents consorcis de gestió, etc.

7. Un sistema comú d'indicadors mediambientals

La necessitat de fixar uns indicadors comuns havia estat ja plantejada diverses vegades. A la Carta d'Aalborg es parla d'indicadors "per a elaborar polítiques" i al Pla d'Acció de Lisboa, d'indicadors "per descriure la situació actual". El desembre de 1999, la Comissió va editar el document "Cap a un perfil de la sostenibilitat local. Indicadors comuns europeus"[337].

Cal integrar els indicadors en els sistemes municipals de gestió. La iniciativa de seguiment que proporcionen està destinada a donar suport a les autoritats locals en els seus esforços per A assolir la sostenibilitat i a subministrar informació objectiva i comparable sobre els progressos en matèria de sostenibilitat a tot Europa. El sistema es basa en un conjunt comú d'indicadors integrats que reflecteixen les interaccions dels aspectes mediambientals, econòmics i socials. Permetrà mesurar els avenços o els retrocessos i se centra en la magnitud "canvi al llarg del temps" i en la determinació de tendències i direccions per comptes de mesures absolutes. Per tant, es comparen "els avenços realitzats" i no "la situació". Parteix de la hipòtesi que cada comunitat local pot avançar cap a la sostenibilitat independentment del seu punt de partida i que la longitud del camí que ha de recórrer és, en certa forma, irrellevant. El que importa és que les accions adoptades siguin les apropiades.

Els indicadors de la sostenibilitat local són més exhaustius que els indicadors mediambientals tradicionals i van més enllà d'una aproximació sectorial sense cap mena de relació entre els diferents temes. La responsabilitat del seguiment també ha de ser compartida pels diferents agents que actuen a les ciutats.

[337] Vid: http://www.europa.eu.int/comm/environment/urban/home_en.htm

8. Activitats econòmiques a la ciutat. Noves formes de treball i noves activitats

Un dels camps en què es juga la credibilitat i l'efectivitat de les polítiques ambientals és el de la intervenció en les activitats econòmiques i en general en la regulació dels diversos aspectes de la vida econòmica amb incidència en el medi, que són pràcticament totes, en major o menor intensitat. És en aquest camp on les "bones pràctiques" en l'aplicació de les mesures administratives d'intervenció i control ambientals són imprescindibles per trencar la imatge –i a voltes les "males pràctiques"– que han convertit la política ambiental en "enemiga del progrés econòmic i més concretament de l'economia i l'ocupació.

S'ha de reconèixer que el caràcter nou i en constant ampliació i canvi de tota mena de mesures legals en matèria de qualitat ambiental, protecció de la natura, i més concretament el control de les emissions contaminants de tota mena de vectors –aigua, aire, partícules, materials, residus, etc.– unit a la manca d'experiència i de mitjans de la majoria d'administracions per aplicar-les correctament –i no sols en els ajuntaments- han pogut donar aquesta imatge negativa, de veure el compliment de les mesures d'intervenció ambiental com un calvari burocràtic, car i sense massa sentit, que només suposa dificultats per a les activitats emprenedores.

Per superar aquesta situació, cal convèncer a tots els agents que intervenen en el procés de projecció, aprovació, execució i comprovació o certificació de les instal·lacions productives de tota mena, que les normes mediambientals, ben enteses i ben aplicades, són un instrument d'innovació tecnològica i per tant d'estalvi i d'eficiència i millora dels processos que a la llarga s'acaba traduint en millores de productivitat i en un millor servei als consumidors i usuaris.

Això requereix una gran preparació i formació tècnica i pràctica per part dels professionals que intervenen en tot el procés, tant des de l'àmbit privat com des de les administracions públiques; unes normatives i ordenances clares, simples i fàcils d'aplicar i sobretot que explicitin quins són els objectius i les finalitats pràctiques –de millores ambientals o de prevenció de danys- que es volen assolir amb l'aplicació de cadascuna d'aquestes normes.

A més, cal que el procediments administratius siguin el màxim de simples i que predominin les mesures preventives abans que les correctores o sancionadores, que s'evitin els canvis de criteri i, sobretot, que tots els requeriments, totes les condicions i totes les limitacions s'explicitin des de l'inici i es controlin per una sola vegada.

La recent aprovació i propera entrada en vigor de la Llei catalana 20/2009, del 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, incorpora molts d'aquests principis i criteris, i ha de ser un bon instrument per normalitzar el medi ambient com a

component essencial i alhora simple i assumible de les activitats econòmiques de tota mena.

Per últim, hem d'insistir en pràctiques polítiques i administratives que demostrin que la intervenció de les administracions locals en les activitats econòmiques que es desenvolupen a les nostres ciutats i pobles, des del punt de vista dels nous horitzons de les polítiques actives per a la sostenibilitat, ha d'anar més enllà de les actuacions reglamentàries vinculades a l'obertura i control dels establiments i de les activitats, tal com es desprèn de la nova legislació sobre intervenció ambiental. En definitiva, es tracta que les mateixes administracions donin exemple en les seves activitats de gestió ambiental i de caràcter o incidència econòmica: gestió de residus, subministraments, sanejament, gestió dels espais públics –carrers i espais lliures, etc.

9. La fiscalitat, un instrument fonamental de política mediambiental

Ja des del 1997, en una comunicació de la Comissió europea sobre impostos i gravàmens ambientals al mercat únic[338] es va afirmar que, a més d'una legislació harmonitzada a escala de la UE, per aplicar una política mediambiental cal també instaurar instruments econòmics, tècnics o fiscals. Els impostos ambientals permeten aplicar el principi de *qui contamina paga*, induint els consumidors i els productors a adoptar hàbits compatibles amb les exigències ecològiques.

Les possibilitats d'ecotaxes són diverses. Cal no oblidar, però, les reticències que hi ha encara a l'hora d'aprovar les ecotaxes per part dels governs europeus: n'és una prova el fet que la proposta de directiva sobre un impost a les emissions de CO_2 i sobre l'energia (presentada el 1992 i revisada el 1995[339]) és encara damunt la taula.

Més enllà de l'aplicació del principi de *qui contamina paga*, les administracions locals s'han de plantejar el paper de la fiscalitat local a l'hora d'incentivar o desincentivar determinades pràctiques que afecten la sostenibilitat. Ja no es tracta sols de repercutir sobre els productors o consumidors els costos de recuperació o sanejament dels efectes nocius produïts sobre l'ambient en determinats processos de producció o consum, sinó d'establir polítiques fiscals, de taxes i preus públics que, d'una banda, ajudin o complementin l'esforç econòmic que per al productor, consumidor o usuari suposa l'adopció de determinats procediments o la utilització de determinats productes o sistemes menys agressius o que contribueixen a l'estalvi energètic i de subministraments, i, d'altra banda, desincentivin les pràctiques, els hàbits o els consums malbaratadors de recursos o agressius per al medi ambient.

Aquesta utilització mediambientalista de la fiscalitat, els preus i les taxes, cal que tingui un caràcter complementari, temporal, que acompanyi la implantació de programes

[338] COM (97) 9 final – DO C 224 de 23-7-97
[339] COM (1995) 172 final

específics de noves pràctiques, productes o hàbits de producció o consum sostenibles, i que vagi acompanyada també d'una explicitació dels objectius que es volen aconseguir.

Cal combatre la idea que l'adopció de bones pràctiques i hàbits de producció, ús i consum sostenibles són una excepció o un "favor" que els ciutadans fan a les administracions públiques i que, per tant, ha de ser "pagat". Això podria fer pensar que el que és normal és mantenir les pràctiques i hàbits insostenibles o agressius amb el medi ambient, o, dit d'una altra manera, que *qui paga pot contaminar*.

10. Contratació sostenible: la compra verda

Aquest concepte de "compra verda" com a principi d'actuació de les administracions públiques en la gestió de les contractacions d'obres i serveis, posa de relleu el paper "pedagògic" i la responsabilitat que poden i han de jugar com a importants inversors que són, a l'hora d'indicar als proveïdors de béns i serveis, als executors d'obres públiques i als industrials, la importància d'incorporar criteris de sostenibilitat als seus productes i a les seves actuacions; aspecte aquest que s'ha anat introduint en els plecs de condicions economicoadministratives i que ve facilitat per la introducció en el mercat de l'etiquetatge ecològic i certificació mediambiental, així com pels processos d'homologació de les bones pràctiques ambientals de les empreses per mitjà de les ISO i els Sistemes d' Avaluació Ambiental EMAS, plenament acreditats i reconeguts.

Bibliografia

CASADO CASADO, L. i FUENTES GASÓ, J.R., *Medi ambient i ens locals*, Cedecs, Barcelona, 2008.

CASADO CASADO, L., "El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia" a *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009.

CASTROVIEJO BOLÍVAR, M., "Quien contamina paga. Un paso decisivo en su aplicación con la directiva sobre responsabilidad ambienta", a *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, núm. 65, 2004.

CIERCO SEIRA, C., "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", a *Revista de administración pública*, núm 163, 2004.

ESTEVE PARDO, J., "Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica", a *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 102, núm. 3, 2003.

ESTEVE PARDO, J., "Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático", Marcial Pons, Madrid, 2008.

ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Civitas-Diputación de Barcelona, Madrid, 1996.

LOZANO CUTANDA, B. (Coord.), *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*, Thompson Civitas, Navarra, 2008.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2009.

MANTECA VALDELANDE, V., "La ley de responsabilidad medioambiental" a *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 754, 2008.

MUÑOZ MACHADO, S., "La gestión del medio ambiente por las entidades locales", a *Tratado de derecho municipal*, 2a ed., Thompson Civitas, Madrid, 2003.

PIGRAU, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008.

PLAZA MARTÍN, C., *Derecho ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2005.

RODRÍGUEZ ESCOBAR, R., "La nueva responsabilidad medioambiental derivada de la ley 2672007" a *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 13, 2008.

SANCHIS MORENO, F., "El Convenio de Aarhus", a *El Ecologista*, núm. 38, hivern 2003/2004.

Capítol IX

BON GOVERN LOCAL I COMERÇ

Carlos Alonso
Advocat

SUMARI: 1. Introducció - 2. Consideracions generals sobre la Directiva de Serveis: origen, contingut i procés de transposició al dret intern -2.1. Context jurídic i econòmic en què sorgeix la directiva –2.2. Continguts de la directiva de serveis –2.3. Procés de transposició de la directiva de serveis, en particular, en l'àmbit del comerç -2.3.1. Dificultats del procés de transposició -2.3.2. Desenvolupament del procés de transposició –**3. Recomanacions de bon govern local derivades de la Llei 17/2009** -3.1. Recomanacions en matèria d'autorització d'activitat comercials -3.1.1. Impacte de la Llei 17/2009 en la llicència comercial municipal -3.1.2.- Impacte de la Llei 17/2009 en les autoritzacions per a la venda no sedentària, ambulant itinerant i automàtica -3.2. Recomanacions de bon govern local en relació amb els procediments administratius que condueixen a l'obtenció de les autoritzacions **-4. Recomanacions de bon govern local en relació amb l'organització administrativa per a l'exercici de les competències municipals en matèria de comerç –Bibliografia –Abreviatures.**

1. Introducció

Les recomanacions de bon govern local que formularem en l'àmbit del comerç i que desenvoluparem en els següents apartats d'aquest capítol, tenen un doble origen. El primer és la Directiva 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior[340] (DS, en endavant). Aquesta Directiva introdueix un canvi en el sistema tradicional d'intervenció pública en les activitats de serveis, entre les quals s'han de situar les comercials, i el desenvolupament del procés de transposició de la mateixa al dret intern aconsella -fins i tot diríem que exigeix- als ajuntaments una avaluació i, previsiblement, la introducció de canvis en la configuració i la regulació actuals de les seves potestats d'autorització d'aquestes activitats. El segon origen de les nostres recomanacions rau en el fet que el correcte exercici de les competències municipals en l'àmbit del comerç exigeix dels ajuntaments disposar d'una organització administrativa amb uns nivells de coneixement i especialització ajustats als interessos públics i privats en joc, i en la nostra experiència professional, constatem que és necessari en molts casos un esforç per assolir-los.

[340] DOUE L-376, de 27 de desembre de 2006.

2. Consideracions generals sobre la Directiva de Serveis: origen, contingut i procés de transposició al dret intern

2.1. Context jurídic i econòmic en què sorgeix la directiva

Per a una millor comprensió de la DS, i de les conseqüències que se'n deriven en l'àmbit comercial local, creiem necessària una breu referència al context jurídic i econòmic en què sorgeix.

Des d'una perspectiva jurídica, l'origen de la DS es troba en els articles 14.2, 43 i 49 del TCE[341], en els quals es fixa l'objectiu de crear un mercat interior comunitari sense fronteres, on sigui possible la lliure circulació de mercaderies, persones i serveis i en el qual estiguin prohibides les restriccions a les llibertats d'establiment i de prestació de serveis als nacionals d'altres Estats membres.

L'evidència QUE, malgrat les declaracions del Tractat, els Estats membres mantenien en les seves respectives normatives internes previsions que obstaculitzaven les esmentades llibertats va donar lloc al fet que, arran del Tractat de Lisboa de l'any 2000[342], la Comissió Europea elaborés l'informe sobre l'estat del mercat interior dels serveis[343]. Com a resultat d'aquest, la Comissió proposà al Parlament l'aprovació de la DS.

També des d'una perspectiva jurídica, la DS és tributària del sòlid cos jurisprudencial que al llarg dels anys el TJCE havia anat creant en relació amb les llibertats econòmiques dels articles 43 i 49 del TCE[344]. La presència dels seus criteris i solucions resulta evident en el contingut de la DS (com ara en la concreció de quan és possible sotmetre les activitats de serveis a la restricció que suposa l'exigència d'una autorització prèvia -el "triple test", a què ens referirem posteriorment- o de què s'ha d'entendre per *raó imperiosa d'interès general*).

Passant ara a una òptica econòmica, la pròpia DS (Considerant 4t) exposa que el sector serveis representa el 70% del PIB i dels llocs de treball a la majoria d'Estats membres, i que els obstacles a la llibertat d'establiment i de prestació de serveis que s'aprecien -i que amb aquesta es pretenen superar- afecten negativament el conjunt de l'economia

[341] D'acord amb la versió consolidada del Tractat vigent en el moment d'aprovació de la DS, publicada en el DOUE C-340, de 10 de novembre de 1997.

[342] Aquest Tractat fou subscrit en el Consell Europeu de Lisboa, que va tenir un caràcter essencialment econòmic, i del qual sorgí l'objectiu de *"fer de l'economia europea la més competitiva del món"*.

[343] Brusel·les, 30 de desembre de 2002, COM (2002) 441 final, consultable a http://eur-lex.europa.eu/.

[344] De fet, autors com SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. i VILLAREJO GALENDE, H. (a "La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007, p. 48), afirmen que "el verdadero motor o, si se prefiere, la verdadera justificación de esta norma [per la DS] hay que buscarla en las abundantes, reiteradas e incisivas soluciones jurídicas que se derivan de la jurisprudencia comunitaria".

europea i la competitivitat de les PIME, i alhora impedeixen als consumidors d'accedir a una major varietat de serveis a preus competitius[345].

2.2. Continguts de la directiva de serveis

Partint del context descrit, la DS té per objecte establir una sèrie de mesures que facilitin l'exercici de la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis en el si de la Unió (art. 1).

El seu àmbit objectiu d'aplicació (art. 2.1) es caracteritza per la seva horitzontalitat: està constituït pels "serveis", que es defineixen (art. 4.1 DS) per remissió a l'art. 50 del TCE, és a dir, com qualsevol activitat econòmica per compte propi, prestada normalment a canvi d'una remuneració i que no es regeixi per les disposicions sobre lliure circulació de mercaderies, capitals i persones. Aquesta delimitació es completa amb una llarga llista d'exclusions (art. 2.2).

El comerç, amb les diverses tipologies en què es pot desenvolupar (minorista, a l'engròs, sedentari, no sedentari...), ha de considerar-se com un "servei" a efectes de la DS. Així resulta del seu Considerant 33, en el qual s'afirma que dins el concepte "servei" s'inclouen els destinats tant a empreses com a consumidors, entre ells la distribució (comercial, s'entén). En la mesura en què el comerç no es pot enquadrar en cap de les exclusions, cal concloure que està afectat per la DS

Quines mesures imposa adoptar la DS als Estats membres per facilitar la llibertat d'establiment i lliure prestació de serveis? Són, fonamentalment, dues.

En primer terme, la DS imposa una reconfiguració de l'actual sistema d'intervenció administrativa en l'establiment i la circulació de serveis. Així, a la majoria d'Estats membres, i també a Espanya, aquest sistema es caracteritzava per la necessitat d'obtenir una autorització prèvia a l'establiment o l'inici de l'activitat de serveis. La DS exigeix que, en el futur, només pugui existir el règim d'autorització prèvia si es compleixen tres requisits, que anomenarem a partir d'ara "triple test": (a) que no sigui discriminatori; (b) que la necessitat del règim d'autorització estigui justificada en una raó imperiosa d'interès general, i (c) que sigui proporcional a l'objectiu perseguit, és a dir, que aquest no es pugui aconseguir mitjançant una mesura menys restrictiva, en particular per mitjà d'un control *ex post.*

Superat aquest "triple test" i, per tant, podent-se exigir l'autorització prèvia, el règim d'aquesta haurà de complir també certs paràmetres:

[345] Una interessant síntesi dels condicionants econòmics que donen lloc a la DS pot trobar-se a la conferència de JOAQUÍN ALMUNIA AMAN que figura a la *Revista APD Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231 (Especial Jornada:" La Directiva Bolkestein. Liberalización al servicio del consumidor"), p. 2.

- Els requisits als quals se sotmeti l'atorgament de l'autorització hauran de superar igualment el "triple test" anterior i, a més, ésser clars i inequívocs, objectius, fets públics amb antelació, transparents i accessibles (art. 10.2 DS).
- Es prohibeix l'exigència de certs requisits (art. 14 DS) i uns altres s'hauran de sotmetre a una avaluació (art. 15 DS).
  Entre els requisits prohibits s'ha de destacar el de la prova o test econòmic, consistent a sotmetre la concessió de l'autorització a què es demostri una necessitat econòmica o de demanda en el mercat, a què s'avaluïn els efectes econòmics de l'activitat, o què s'avaluï si l'activitat s'ajusta a la planificació econòmica administrativa (la planificació, però, sí que s'admet si no és econòmica i s'empara en raons imperioses d'interès general).
- Quant al procediment per obtenir l'autorització, haurà de ser clar, donar-se a conèixer amb antelació, no haurà de tenir caràcter dissuasori, ni complicar o retardar indegudament l'inici de l'activitat, el termini de resposta haurà de ser raonable i el silenci tindrà -com a regla general- caràcter positiu (art. 13 DS).
- Com a norma general, la vigència de l'autorització haurà de ser il·limitada. Únicament podrà limitar-se quan la renovació sigui automàtica, quan ho justifiqui una raó imperiosa d'interès general o quan el nombre d'autoritzacions sigui limitat -igualment per concórrer una raó imperiosa d'interès general- (art. 11 DS).
- El nombre d'autoritzacions només podrà limitar-se per raó de l'escassetat de recursos naturals o per raons tècniques i, en aquests casos, el procediment d'atorgament es regirà pels principis de publicitat, imparcialitat, transparència i concurrència competitiva (art. 12 DS).

La influència de la doctrina jurisprudencial del TJCE és clarament perceptible, tant en el "triple test"[346] com en els paràmetres que haurà de complir el règim d'autorització[347]. De fet, la mateixa DS ho reconeix explícitament[348]. Per tant, aquesta doctrina jurisprudencial s'haurà de prendre en consideració en la seva interpretació i aplicació.

En segon terme, per facilitar la llibertat d'establiment i la lliure prestació de serveis, la DS imposa mesures de simplificació administrativa, consistents en la simplificació de procediments, en l'establiment de finestretes úniques i en la utilització de mitjans electrònics.

---

[346] Entre moltes d'altres, SsTJCE d'1 de febrer de 2001, as. C-108/96, Mac Quen, o de 4 de juny de 2002, as. C-367/98, Comissió/Portugal.

[347] Quant a què s'ha d'entendre per "raó imperiosa d'interès general", vegeu, entre d'altres, les SsTJCE de 29 d'abril de 1999, as. C-302/97, Konle; o de 22 de gener de 2002, as. C-390/99, Canal Satelite Digital. I quant als requisits que ha de complir el procediment d'autorització, veure, entre d'altres, les SsTJCE en l'assumpte Canal Satelite Digital (ja esmentada), o la de 20 de febrer de 2001, as. C-205/99, Analir i altres.

[348] Entre d'altres, en el Considerant 34, en relació amb la consideració com a "servei" de les activitats que reben finançament públic o realitzades per entitats públiques, o en els Considerants 40 i 56 i en l'art. 4.8), en relació amb el concepte de *raó imperiosa d'interès general*.

Quant a l'eficàcia de la DS, cal assenyalar que, com a directiva, no és una norma que, en principi, tingui eficàcia directa (a diferència del que succeeix amb els tractats i reglaments comunitaris), sinó que són els Estats membres els que han d'adaptar el seu dret intern als principis i regles continguts en aquesta en un temps determinat[349]. En el cas de la DS, el termini finalitzà el 28 de desembre de 2009.

Finalment, s'ha d'esmentar que la DS contempla mecanismes de control del compliment de les seves previsions, en concret una avaluació recíproca per part dels Estats membres (art. 39) i una revisió triennal de l'aplicació de la DS que es plasmarà en un informe de la Comissió Europea (art. 41).

2.3. Procés de transposició de la directiva de serveis, en particular, en l'àmbit del comerç

2.3.1. Dificultats del procés de transposició

Com sabem, la transposició de les directives comunitàries a l'ordenament jurídic espanyol es regeix per l'anomenat *principi de neutralitat o autonomia institucional*, segons el qual l'execució del dret comunitari correspon a qui ostenti competència sobre la matèria[350].

En el cas de la transposició de la DS, l'aplicació del principi anterior no és lineal, simple, sinó que sorgeixen dues dificultats. La primera deriva de l'horitzontalitat de la DS, de la multiplicitat d'àmbits materials que afecta, cadascun dels quals amb el seu règim específic de distribució de competències entre Estat i CCAA. La segona deriva de la pròpia complexitat del sistema de distribució de competències entre aquestes administracions en matèria de comerç.

---

[349] Diem que "en principi" la directiva no té eficàcia directa perquè, com sabem, sí que pot arribar a tenir un efecte directe vertical, és a dir, pot ésser invocada enfront les autoritats nacionals. Per a això, és necessari que les disposicions de la directiva siguin precises, en el sentit que en aquesta s'imposin obligacions inequívoques, i que hagi transcorregut el termini de transposició. Sobre aquesta qüestió, entre moltes d'altres aportacions doctrinals, pot veure's l'article del Professor MUÑOZ MACHADO a la *Revista APD Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231 (Especial Jornada: "La Directiva Bolkestein. Liberalización al servicio del consumidor"), p. 6, o ESCOBAR HERNÁNDEZ, CONCEPCIÓN, "Instituciones de Derecho Comunitario", p. 210.

[350] Aquesta és la doctrina consolidada del TC des de la seva Sentència 252/1988. A títol d'exemple, en la STC núm. 146/1996, l'Alt Intèrpret declarà (FJ 2n) que "(...) son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a las controversias suscitadas entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Sentencias 252/1988, FJ 2º; 76/1991, FJ 3º) y por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno (…)". Sens perjudici d'aquesta doctrina, cal no oblidar que l'Estat pot desenvolupar funcions de coordinació i cooperació en la transposició de normes comunitàries, per així poder complir l'obligació que l'imposa l'art. 93 CE (garantia del compliment de les resolucions emanades d'organitzacions internacionals a les quals s'ha cedit l'exercici de competències constitucionals) (STC 252/1988).

Els paràmetres bàsics d'aquest sistema en el pla Estat-CCAA poden sintetitzar-se assenyalant que, ja que el comerç no es troba en la relació de matèries reservades a la competència estatal en l'art. 149 CE, la majoria de les CCAA van assumir-la a través dels seus respectius estatuts. No obstant això, el TC ha reconegut que l'Estat podia dictar normes que incidissin en el comerç a l'empara de títols competencials horitzontals, com és l'ordenació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13è CE)[351]. De fet, en aquest títol competencial s'emparen diversos preceptes de la LOCM vigent (com el que defineix què es un gran establiment comercial -art. 2- o la necessitat de llicència comercial autonòmica per a l'obertura i els seus criteris -art. 6-)[352].

Ara bé, a banda de l'Estat i les CCAA, cal no oblidar els ens locals, concretament els ajuntaments. Partint de l'autonomia per a la gestió dels seus interessos que els reconeix l'art. 137 CE, l'art. 2 de la LBRL estableix el principi que les lleis sectorials han d'atribuir-los competències per poder intervenir en els assumptes que afectin el seu cercle d'interessos i l'art. 4 atribueix als municipis potestat reglamentària[353]. Sobre aquesta base, la legislació comercial sectorial, tant estatal com autonòmica, ha atribuït diverses competències als ajuntaments (sobre les quals tornarem posteriorment).

2.3.2. Desenvolupament del procés de transposició

En el procés de transposició de la DS a l'ordenament espanyol podem distingir dues fases: una de transposició formal de la Directiva, i una de transposició material.

La transposició formal ha tingut lloc a través de la Llei 17/2009, de 23 de novembre[354], de lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, coneguda com a "Llei paraigües", o "Llei horitzontal"[355].

Aquesta Llei trasllada al dret espanyol els principis i regles de la DS per tal de facilitar la llibertat d'establiment dels prestadors de serveis i la lliure circulació de serveis.

---

[351] Esmentarem especialment la STC 124/2003, de 19 de juny (FJ 3r).

[352] En relació amb el sistema de repartiment competencial en matèria de comerç derivat de la doctrina del TC, compartim els dubtes sobre la seva vigència actual que expressa el professor TORNOS VILLAREJO GALENDE, H. (Dir.), 2009: p. 44), com a conseqüència del canvi del marc normatiu en el qual es va elaborar questa doctrina. Així, en el cas concret de Catalunya, l'Estatut d'Autonomia vigent (arts. 121, en relació amb el 110) "blinden" les competències autonòmiques en la matèria, fent discutible l'àmbit d'intervenció estatal fins i tot a l'empara dels títols horitzontals.

[353] És cert que l'art. 25.2 LBRL no esmenta específicament el comerç entre les matèries de competència municipal. Ara bé, com indica MIR BAGÓ, J., a *Manual de Govern Local*, p. 104, aquest precepte conté una mera enumeració, no exhaustiva, d'àmbits materials que es poden considerar d'interès local, que haurà de completar-se per la legislació estatal o autonòmica sectorial, la qual, a més, haurà de concretar quin serà l'abast de les competències municipals.

[354] BOE de 24 de novembre de 2009.

[355] En la pàgina web del Ministeri d'Economia i Hisenda dedicada a la transposició de la DS s'utilitzen aquestes dues denominacions. La de "Llei horitzontal" també és emprada pel Consell d'Estat, en el seu Dictamen sobre la Llei, de 18 de març de 2009. D'ara endavant, en el present capítol, ens hi referirem com a Llei 17/2009 o Llei horitzontal.

Aquests principis i regles es configuren en la Llei amb un abast general, és a dir, hauran de ser considerats pels poders públics que siguin competents en cada àmbit material afectat; d'aquí que els seus preceptes tinguin caràcter bàsic, a l'empara de l'art. 149.1, apartats 1r, 13è i 18è CE.

Una altra característica de la Llei 17/2009 és que els seus principis i regles pretenen configurar un marc jurídic estable i amb vocació de permanència, que ha de regir no només l'adaptació de l'actual normativa sectorial afectada, sinó també la producció de la normativa futura.

Quant a contingut, la Llei horitzontal reprodueix el contingut de la DS. Cal, però, destacar el contingut de la seva Disposició final 4a, segons el qual, de forma coherent amb el seu caràcter de transposició formal, es preveu que l'Administració Pública incomplís la Llei o la DS, donant lloc al fet que el Regne d'Espanya sigui sancionat per les institucions comunitàries, i aquest assumirà les responsabilitats que de l'esmentat incompliment se'n derivin.

Pel que fa a la transposició material de la DS, com indica el Preàmbul de la Llei 17/2009 (apartat I), els principis i regles que instaura no són prou per a millorar el marc regulador del sector serveis, sinó que serà necessari un exercici addicional -la transposició material-, consistent a avaluar la normativa reguladora de l'accés a les activitats de serveis i el seu exercici, per adequar-la als esmentats principis i regles.

A nivell estatal, la transposició material de la DS ha tingut lloc a través de:

- La Llei 25/2009, de 22 de desembre, coneguda com a "Llei òmnibus"[356], que modifica fins a 48 lleis sectorials.
- El Projecte de llei de reforma de la LOCM, que en el moment de tancar aquestes pàgines es troba en tràmit en el Senat[357].

Val la pena ressaltar la peculiaritat que suposa el tractament diferenciat de la transposició material de la DS en l'àmbit del comerç i en tots els restants àmbits de competència estatal, mostra evident de la complexitat de la transposició, ateses les competències involucrades i els interessos en joc[358].

[356] En la pàgina web del Ministeri d'Economia i Hisenda s'utilitza aquesta denominació.

[357] Butlletí Oficial de les Corts Generals -Senat-, Sèrie II Projectes de Llei, núm. 33 (b), núm. exp. 121/34.

[358] En el Dictamen del Consell d'Estat al Projecte de Llei Òmnibus, de 25 de juny de 2009, es fa referència als escrits presentats en el tràmit d'audiència per nombroses associacions del sector, de la més diversa índole.

A nivell de Catalunya, i centrats en l'àmbit del comerç, la transposició material s'ha iniciat amb el Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials[359].

Per completar la transposició material, restaria pendent la modificació del Text refós de comerç interior de Catalunya[360]. En el moment de tancar aquestes pàgines, en el Parlament de Catalunya estava en tràmit un projecte de llei de bases de delegació en el Govern de l'adequació a la DS de diverses normes, entre les quals figurava el TRCIC. El termini necessari per a l'aprovació d'aquest projecte, així com per a l'elaboració del nou decret legislatiu, fan preveure que el procés de transposició material en l'àmbit del comerç a Catalunya es dilatarà encara un cert temps.

3. Recomanacions de bon govern local derivades de la Llei 17/2009

Situats en l'àmbit de les activitats comercials, la DS i, seguint el seu mandat, la Llei horitzontal exigeixen dels poders públics territorials una revisió de la normativa reguladora de les autoritzacions necessàries per al seu exercici; revisió que haurà d'anar adreçada a un doble objecte:

a) Examinar si les autoritzacions administratives a què actualment se sotmet l'exercici d'aquestes activitats superen el "triple test" i, per tant, poden continuar existint; i pel cas que la resposta sigui afirmativa, adaptar als principis i regles de la Llei 17/2009 la configuració normativa d'aquestes autoritzacions.
b) Adoptar mesures de simplificació administrativa.

Acte seguit ens centrarem en la primera anàlisi esmentada, mentre que en l'apartat 3.2 realitzarem el segon. Val a dir que, de forma coherent amb l'objecte i l'abast territorial d'aquesta obra, centrarem el nostre estudi en les autoritzacions que corresponen als ajuntaments i en l'àmbit territorial de Catalunya.

3.1. Recomanacions en matèria d'autorització d'activitat comercials

Entenem necessari començar l'estudi enumerant quines eren, a l'àmbit de Catalunya i en el marc normatiu anterior a la Llei 17/2009, les autoritzacions per a l'establiment d'activitats comercials que la legislació sectorial en aquesta matèria atribuïa a la competència dels ajuntaments:

- Llicència comercial específica per a la instal·lació de mitjans establiments comercials.
  En exercici de la competència exclusiva en matèria de comerç interior que l'Estatut d'Autonomia de 1979 (llavors vigent) atribuïa la Generalitat de

[359] DOGC núm. 5534, de 28 de desembre de 2009.
[360] Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 587, de 3 de desembre de 2009, p. 9.

Catalunya, la Llei 18/2005, de 27 de desembre, d'equipaments comercials[361], sotmetia l'obertura dels establiments qualificats com a mitjans a una llicència comercial específica atorgada per l'ajuntament del municipi on s'ubiquessin. La Llei determinava els criteris que havien de valorar-se per a l'atorgament o denegació d'aquesta (art. 10).
En exercici de les seves potestats reglamentària i d'autoorganització, diversos ajuntaments catalans havien aprovat ordenances reguladores de la tramitació d'aquestes llicències[362].

- Autorització per a la venda no sedentària i venda ambulant itinerant.
  L'art. 53 LOCM (d'aplicació general, per considerar-se legislació civil) defineix la venda no sedentària o ambulant com aquella que es realitza per comerciants fora d'un establiment comercial permanent. L'art. 9 i següents del TRCIC completen aquesta definició i, en base a ella, poden distingir-se diverses modalitats: venda no sedentària en mercats fixes, en mercats periòdics, en mercats ocasionals, de productes estacionals en llocs situats a la via pública i ambulant itinerant.
  El TRCIC regula diversos aspectes d'aquestes modalitats de venda, entre ells, i pel que aquí ens ocupa, que la seva autorització correspon als ajuntaments i que en el seu atorgament s'haurà de considerar el nivell d'equipament comercial existent a la zona i l'adequació de la venda a l'estructura de consum i de compra de la població de què es tracti (art. 18.2 TRCIC).

- Autorització per a la venda automàtica.
  La venda automàtica és definida per l'art. 49.1 LOCM (d'aplicació general, per considerar-se legislació civil) com la forma de distribució detallista consistent a posar a disposició del consumidor el producte, perquè aquest l'adquireixi, previ pagament del seu import, mitjançant l'accionament de qualsevol tipus de mecanisme.
  L'art. 30 del TRCIC assenyala que els ajuntaments, en concedir autorització per a la instal·lació de màquines de venda automàtica fora dels establiments comercials, hauran de prendre en consideració el millor aprofitament de la via pública i l'equipament comercial existent a la zona.

3.1.1. Impacte de la Llei 17/2009 en la llicència comercial municipal

En compliment de la Llei 17/2009, i en última instància de la DS, es dictà el Decret llei 1/2009. En el moment de tancar aquestes pàgines estava pendent de convalidació per part del Parlament de Catalunya. Atesa la composició de l'actual Govern català i que els seus integrants disposen de majoria parlamentària suficient per a la convalidació del

[361] DOGC núm. 4543, de 3 de gener de 2006.
[362] És el cas, entre d'altres, de l'Ajuntament de Sant Cugat del Vallès (BOP Barcelona de 10 de maig de 2006; publicació de l'acord d'aprovació inicial, que preveia que l'aprovació seria definitiva transcorreguts 30 dies hàbils sense al·legacions, com així va succeir).

Decret llei 1/2009, utilitzarem com a base pels nostres comentaris el text publicat al DOGC.

Als efectes que ara ens ocupen, la nova norma introdueix dues novetats rellevants. D'una banda, canvia la definició dels mitjans establiments comercials, que deixen de qualificar-se com a tals en funció del criteri de la seva superfície de venda i de la població del municipi on s'ubiquen, per aplicar com a criteri únic el primer, el de la superfície de venda (concretament de 800 a 1.299 m^2). D'altra banda, el Decret llei 1/2009 elimina el règim de llicència comercial municipal pels mitjans establiments comercials[363] i, en el seu lloc, estableix un règim de comunicació a l'ajuntament que varia en funció de la superfície de venda de l'establiment:

- Si l'establiment té fins a 1.299 m^2 de superfície de venda (per tant, és qualificable com a mitjà), la comunicació és la regida per la normativa ambiental.
- Si l'establiment té entre 1.300 i 2.499 m^2 (de manera que és qualificable com a gran), serà necessari formular una declaració responsable en el moment de presentar la sol·licitud de llicència d'obres o la comunicació prèvia d'obres no subjectes a llicència. En cas de no realitzar-se obres, la declaració responsable es presentarà davant les oficines de gestió empresarial de la Generalitat de Catalunya, adreçades a la direcció general de comerç.

D'aquesta manera, el legislador català ha realitzat el "triple test" exigit per la DS i la Llei horitzontal i el resultat ha estat que la llicència comercial municipal no el supera[364].

3.1.2. Impacte de la Llei 17/2009 en les autoritzacions per a la venda no sedentària, ambulant itinerant i automàtica

[363] Cal precisar, però, que hi ha un supòsit d'establiments comercials mitjans pels quals es manté la necessitat de llicència comercial, si bé no és municipal, sinó de l'Administració autonòmica (art. 19.2 Decret Llei 1/2009): es tracta dels establiments comercials mitjans que excepcionalment (a l'empara de l'art. 9.3.a) i b) del Decret llei 1/2009) s'ubiquin fora de la trama urbana consolidada.

[364] El Decret llei 1/2009 no explicita quin és el requisit específic del "triple test" que la llicència comercial municipal no compliria. Tan sols assenyala (Exposició de Motius, apartats II i III) que el règim de llicència comercial de l'Administració autonòmica per als establiments de 1.300 o més m^2 de superfície de venda sí que els compleix, ja que es fonamenta en raons imperioses d'interès general i és idoni i proporcional, "atesa la magnitud de l'impacte de l'execució i posada en funcionament dels projectes comercials que hi estan sotmesos [a llicència comercial autonòmica], amb els corresponents perjudicis afegits que podria comportar el cessament d'una activitat econòmica d'envergadura que ja estigui en funcionament". En relació amb aquest raonament, i malgrat que excedeixi de l'objecte d'aquest treball, no podem deixar de posar de manifest els dubtes que planteja. Per un costat, per què si en els establiments comercials mitjans és proporcional un control *ex post*, en els grans no ho és?. Cal pensar que els perjudicis pel cessament de l'activitat es donaran en tot cas i que, segons quina sigui la ubicació, l'impacte d'un establiment mitjà pot arribar a ser igual (o superior) al d'un gran establiment. Per altra banda, no podem deixar de qüestionar que les raons que s'addueixen com per justificar la llicència comercial autonòmica de gran establiment, siguin autèntiques raons imperioses d'interès general de les recollides en la jurisprudència del TJCE.

L'impacte de la Llei 17/2009 en les autoritzacions per a aquestes modalitats d'activitat comercial, genera molts més problemes que en el cas anterior. En l'àmbit estatal, la LOCM vigent regula el règim d'autoritzacions de la venda automàtica (art. 49.2 i 3) i de la venda ambulant (art. 54), però ambdós preceptes únicament són d'aplicació en defecte de legislació específica dictada per les CCAA (en virtut de la Disposició Final Única de la LOCM).

El Projecte de Llei de reforma de la LOCM aprovat pel Congrés dels Diputats i en tràmit en el Senat, té en el moment de redactar aquestes pàgines el següent contingut:

- Quant a la venda automàtica, s'elimina l'apartat 3 de l'article 49 i es dóna un nou redactat a l'apartat 2, assenyalant que les màquines de venda automàtica hauran de complir la normativa tècnica d'aplicació. Així mateix, la Disposició Final Única preveu que l'art. 49.2 tingui caràcter bàsic "ex" art. 149.1.13è CE.
  Sens perjudici de la incertesa que genera el redactat final de la LOCM (sobretot a la vista de l'evolució que ja ha sofert el seu text durant la tramitació parlamentària), el contingut del nou art. 49.2 -si es manté el redactat amb què s'inicià tràmit en el Senat- no impediria que la CA de Catalunya realitzés el seu judici sobre el "triple test" en relació amb aquesta autorització i la seva adequació a la DS i Llei horitzontal.

- Quant a la venda ambulant, el nou art. 54 mantindria la necessitat d'autorització municipal, tot i que l'Exposició de Motius del Projecte de Llei no explica el compliment del "triple test" legitimador de la seva existència. Quant el règim de l'autorització, el Projecte de llei l'adequa a la DS i Llei 17/2009.
  En tot cas, el nou redactat proposat de la Disposició Final Única mantindria el caràcter supletori respecte la normativa autonòmica de l'art. 54 LOCM.

Pel que fa a la transposició material de la DS en l'àmbit autonòmic català, s'ha assenyalat anteriorment que únicament existeix un Projecte de Llei que permetria al Govern l'adequació a la DS de diverses normes, entre d'altres del TRCIC. Desconeixem el contingut que tindrà aquesta adequació i, en tot cas, convindrem que l'escenari temporal per a això suposarà un cert nombre de mesos.

En aquest context, s'han de realitzar diverses reflexions.

Per començar, haurem de convenir que la transposició formal de la DS per la Llei 17/2009, que -no oblidem- té caràcter de legislació estatal bàsica, ha "desplaçat" les normes autonòmiques sectorials catalanes que siguin contràries als seus principis i regles bàsics.

En segon lloc, i arran de la reflexió anterior, cal plantejar-se si la regulació de l'autorització municipal per a la venda no sedentària i ambulant itinerant, continguda en els arts. 10 i ss TRCIC, i de l'autorització municipal per a la venda automàtica,

continguda en l'art. 30 TRCIC, és contrària a la DS i a la Llei 17/2009. Per a això, s'hauria de començar valorant si aquestes autoritzacions superen el "triple test" i, per tant, és possible la seva existència.

Assumint que el règim d'aquestes autoritzacions no és discriminatori, el nucli de la qüestió seria determinar si són necessàries per una raó imperiosa d'interès general i si són proporcionades.

Enquadrat així l'objecte de la nostra anàlisi, hem de dir que el redactat actual del TRCIC no assenyala explícitament quin és l'objectiu perseguit per aquestes autoritzacions, per la qual cosa haurem de deduir-lo de la seva regulació:

- En el cas de les autoritzacions per a venda no sedentària i ambulant itinerant, el seu objectiu seria controlar que els llocs de venda tenen unes característiques concretes (desmuntables o transportables) i que reuneixen condicions de seguretat; assegurar que aquestes activitats responen a una manca d'oferta comercial, i assegurar que no se supera el nombre màxim d'operadors prèviament fixat.
- En el cas de la venda automàtica, el seu objectiu seria garantir el millor aprofitament de la via pública i que responen a una manca d'oferta comercial.

Sembla complicat enquadrar algun d'aquests objectius en alguna de les raons imperioses d'interès general configurades per la jurisprudència del TJCE. Potser, amb una interpretació àmplia (i no sense considerable dificultat), les autoritzacions que ens ocupen podrien intentar vincular-se amb algunes raons que sí entrarien dins el concepte, com serien la protecció dels consumidors, en el sentit de garantir el seu aprovisionament i la diversitat i qualitat de l'oferta al seu abast, i la protecció del medi ambient i l'ús racional del sòl[365].

Ara bé, si aquest exercici dialèctic pogués mantenir-se, continuaria plantejant-se el problema del requisit de la proporcionalitat, ja que sembla clar que els esmentats objectius podrien assolir-se sense necessitat d'una autorització prèvia, sinó que seria suficient amb una regulació detallada dels requisits a complir (per ex., quant a característiques dels llocs de venda, al seu emplaçament –per via del planejament urbanístic-, etc.) i instaurant un règim de simple comunicació. En aquesta línia, considerem que el fet que, en el cas de la venda no sedentària o ambulant itinerant, el nombre d'operadors pugui estar limitat, no permetria sostenir la procedència d'una autorització prèvia. Això és degut al fet que aquest tipus d'activitats, individualment considerades, tenen una estructura física i un impacte molt limitat i, a més, requereixen una inversió molt reduïda, amb la qual cosa el règim de comunicació no hauria de

[365] De fet, les que s'acaben d'esmentar són citades pel Decret llei 1/2009 (Exposició de Motius, apartat II) com a raons imperioses d'interès general que justifiquen les mesures d'ordenació espacial i d'intervenció administrativa en el comerç que conté.

suposar ni una pèrdua d'eficàcia de cara a l'interès perseguit ni un perjudici apreciable a l'operador.

En tot cas, ignorant les consideracions anteriors i assumint que les autoritzacions que ens ocupen superen el "triple test", caldria plantejar-se si la seva configuració normativa actual és compatible amb la Llei 17/2009. En relació amb aquesta qüestió, hem d'assenyalar:

1r) Sembla evident que els criteris d'atorgament d'aquestes autoritzacions que preveu la normativa vigent no s'ajusten a la Llei horitzontal. Ens referim, en el cas de les autoritzacions de venda no sedentària i ambulant itinerant, a l'impacte sobre el comerç existent a la zona i a l'adequació a l'estructura de consum i compra de la població (art. 18.2 TRCIC). En el cas de la venda automàtica, es reprodueix el criteri de l'equipament comercial existent a la zona (art. 30 TRCIC).

   Sembla evident que es tracta de criteris que configuren un "test econòmic" que la DS i la Llei 17/2009 prohibeixen, perquè amb ells s'avalua l'efecte econòmic de l'activitat i l'existència d'una necessitat econòmica o demanda en el mercat.

2n) És freqüent que les ordenances municipals limitin temporalment la vigència d'aquestes autoritzacions o, fins i tot, que el nombre d'aquestes sigui limitat, a causa habitualment de la limitació d'espai apte per a aquest ús[366].

   En relació amb això, cal recordar que, segons l'art. 7 de la Llei 17/2009, les limitacions temporals de la vigència d'aquestes autoritzacions haurien de fonamentar-se en la limitació de nombre[367]. Alhora, aquesta última limitació exigiria que es complissin els requisits de l'art. 8.1 i 2 de la Llei 17/2009.

A tenor del que s'ha dit, sembla clar que ens enfrontem actualment a una situació de buit legislatiu temporal, com a conseqüència del desplaçament de les previsions del TRCIC sobre autorització de la venda no sedentària, ambulant itinerant i automàtica per la Llei 17/2009, sigui aquest desplaçament total (per no superar aquestes autoritzacions el "triple test") o sigui parcial (perquè la seva configuració incompleix diverses prescripcions de la Llei 17/2009). Hem d'entendre que aquesta situació serà temporal,

[366] Exemple d'ordenances reguladores de la venda no sedentària que contenen les esmentades limitacions són l'Ordenança reguladora de la venda no sedentària ocasional a la via pública de l'Ajuntament de Sant Feliu de Llobregat -arts. 2 i 13- (BOP Barcelona núm. 261, d'1 de novembre de 2006) o l'Ordenança reguladora de la venda no sedentària de l'Ajuntament de Sant Adrià del Besòs -arts. 12 i 13- (BOP de Barcelona núm. 236 de 3 d'octubre de 2006; modificació publicada a BOP núm. 296 d'11 de desembre de 2009).

[367] L'art. 7 de la Llei 17/2009 també permetria la limitació de la vigència temporal per una raó imperiosa d'interès general, però considerem que és difícil afirmar, raonablement, que cap de les circumstàncies que es configuren com a tal a l'art. 3.11 pugui justificar tal limitació.

fins que s'aprovi la modificació del TRCIC (no prenem en consideració el Projecte de Llei de reforma de la LOCM perquè, com hem indicat, sembla que el nou text mantindrà el caràcter supletori de la regulació de les autoritzacions que ens ocupen).
Com a tercera i última reflexió hem dir que, mentre no se solucioni la situació de buit legislatiu anterior, el consell o recomanació de bon govern a formular als ajuntaments seria que:

a) Assegurin que les autoritzacions per a activitats de venda no sedentària, ambulant i automàtica que atorguin no siguin discriminatòries i, particularment, que reflexionin sobre si, en funció de les característiques i circumstàncies del seu terme i dels interessos locals perseguits, la seva existència respon a raons imperioses d'interès general (segons es configuren per la jurisprudència del TJCE) i si són proporcionades.

b) Revisin l'adequació dels paràmetres d'aquestes autoritzacions a la Llei 17/2009, per tal d'eliminar qualsevol "test econòmic" entre els seus criteris d'atorgament, que en cas de limitació de la vigència i/o nombre de les autoritzacions es compleixin els arts. 7 i 8 de la Llei 17/2009, així com la resta de requisits que aquesta estableix.

La reflexió i la revisió anteriors hauran de donar lloc a una modificació de les ordenances municipals vigents que regulin les activitats de venda no sedentària, ambulant itinerant o automàtica de què disposa l'ajuntament, o si escau, a elaborar-ne una de nova, en què s'expliciti el resultat d'aquesta anàlisi.

Recordem que, d'acord amb la Llei horitzontal, el desenvolupament i l'execució de les seves previsions correspon a les administracions públiques competents en el seu respectiu àmbit territorial, i ja hem dit que els municipis ostenten competència en matèria de comerç i que el retard en la transposició material per part de la Generalitat de Catalunya no hauria de servir d'excusa als ajuntaments per fer front a les seves obligacions.

Així mateix, el seguiment de la recomanació aquí realitzada permetrà evitar que una eventual denegació d'una autorització municipal per a una d'aquestes modalitats de venda sigui impugnada i generi el corresponent conflicte.

3.2. Recomanacions de bon govern local en relació amb els procediments administratius que condueixen a l'obtenció de les autoritzacions

A diferència del que ha succeït en relació amb l'exercici d'altres activitats econòmiques, l'exercici de l'activitat comercial ha estat fortament intervingut, especialment en la comunitat autònoma de Catalunya, com s'ha pogut comprovar en l'apartat anterior. Aquesta intensa intervenció administrativa ha conduït a la superposició de controls

administratius, en part coincidents, i sovint atribuïts a la competència de diferents administracions.

Les circumstàncies anteriors han generat un elevat grau de confusió en els operadors comercials, que s'han vist obligats a anar de finestreta en finestreta per obtenir la informació relativa al règim jurídic al que està subjecte l'exercici de la seva activitat. A més, ha comportat que sovint els operadors comercials hagin hagut de preparar documentació duplicada, dirigida a una i altra Administració, havent de patir una prolongació inimaginable del període per obtenir totes les autoritzacions necessàries per a l'exercici de la seva activitat. Així, la posada en marxa d'establiments comercials en format gran comportava la tramitació de procediments administratius que es podien allargar entre un any i un any i mig.

Precisament amb l'objectiu de reaccionar davant d'aquesta hipertròfia dels procediments administratius, la Llei 17/2009, en transposició formal de la normativa comunitària, ha imposat uns objectius de simplificació administrativa pensats per a facilitar l'exercici de les activitats de serveis.

Aquests objectius de simplificació administrativa, que també vinculen als ajuntaments en el seu àmbit de competències, es poden resumir en tres: a) la creació d'un sistema de finestreta única; b) la garantia del dret a obtenir tota la informació necessària per a l'exercici d'una activitat de serveis; i c) la garantia del funcionament de canals electrònics per a accedir a la informació i tramitar els procediments administratius d'autorització per a l'exercici d'aquest tipus d'activitats.

La Llei 17/2009 sembla fusionar aquests tres drets, reglamentant finestretes úniques de naturalesa electrònica, en les quals es puguin fer efectius els drets a la informació i a la tramitació d'autoritzacions.

Els termes contundents en els quals s'expressa ("*podrán acceder*", "*tienen derecho a obtener*"), i la manca d'una disposició transitòria que prevegi la implantació gradual d'aquesta finestreta única electrònica, obliguen a que tots els ajuntaments posin en marxa, de forma immediata, els mitjans electrònics per garantir l'efectivitat d'aquests drets. D'aquesta manera, s'imposa una obligació ineludible als ajuntaments, més ambiciosa que la que es derivava de la Llei 11/2007 d'accés electrònic, dels ciutadans als serveis públics; la qual, si bé atorgava un període transitori als ajuntaments per a garantir l'accés electrònic, finalment supeditava l'efectivitat d'aquest dret a les disponibilitats pressupostàries de l'Administració Local.

Tanmateix, el bon govern local exigeix que aquesta simplificació administrativa no es limiti al nivell electrònic, sinó que tingui igualment una repercussió en l'Administració presencial. No té cap sentit que els prestadors de serveis puguin relacionar-se electrònicament amb un ajuntament a través d'una finestreta electrònica única, en la qual se'ls informi de totes les autoritzacions administratives necessàries per a l'exercici

de l'activitat comercial; i que si els prestadors s'acosten a les oficines municipals per a obtenir una informació més immediata i poder resoldre dubtes, se'ls faciliti una informació parcial. Com ha succeït en moltes ocasions en la realitat diària[368]. Per aquest motiu, en l'articulat que integra el *Codi de bon govern local*, proposem la posada en marxa d'una finestreta única presencial i virtual.

La creació d'una finestreta única té una especial repercussió en l'exercici de les activitats comercials sedentàries. En el funcionament d'aquest tipus d'activitats han confluït, en els darrers anys, dos tipus d'intervencions administratives: la que s'exigia tradicionalment per garantir la protecció del medi ambient i la seguretat de les persones (llicències d'activitats, després substituïdes per les llicències ambientals); i una nova modalitat d'intervenció administrativa (llicències comercials, destinades a protegir el comerç de proximitat i els drets dels consumidors), que tenen el seu origen en la legislació aprovada a finals dels anys 80 i han tingut un gran desplegament durant la dècada dels 90 i 2000.

Tanmateix, la instauració d'una finestreta única en relació amb aquestes activitats, no depèn només de la voluntat municipal, sinó que està fortament condicionada pel contingut de la legislació aprovada per la Generalitat de Catalunya en exercici de les seves competències exclusives sobre el comerç. Aquesta legislació actualment es troba continguda en el Decret llei 1/2009, al qual ja hem fet referència anteriorment, i que també incorpora un conjunt de mecanismes destinats a simplificar els procediments administratius d'autorització i a facilitar la creació de finestretes úniques; tot i que continua generant algunes disfuncions que fora convenient corregir, en allò que sigui possible, per la via de la col·laboració interadministrativa, mitjançant la subscripció dels corresponents convenis.

Efectivament, segons es desprèn de l'esmentat Decret llei, quan es tracti d'establiments comercials de fins a 1.300 m^2 de superfície de venda, ambdós règims d'intervenció exigeixen la presentació d'una comunicació a l'administració municipal. Comunicació que serà única, en la mesura que el Decret llei 1/2009, preveu que la comunicació que es presenti per exigències ambientals[369], serveixi també als efectes del control municipal per motius comercials. Acte seguit, serà obligació de l'ajuntament, la tramesa d'una còpia d'aquesta comunicació a la Direcció General de Comerç de l'Administració autonòmica, sense que hagin d'actuar els prestadors de serveis.

[368] De fet, entenem que la transposició que ha fet la Llei 17/2009 de la DS, en relació a la simplificació administrativa, no sembla respectar el tenor literal i l'esperit d'aquesta última; la qual imposa un sistema de finestreta única no limitat a les relacions electròniques amb l'Administració.

[369] Aquesta comunicació serà la regulada a la Llei 20/2009, de 4 de desembre, de prevenció i control ambiental de les activitats, a partir del 12 d'agost de 2010, moment de la seva entrada en vigor (la Disposició Final 3a preveu l'entrada en vigor 8 mesos després de la seva publicació, que es va produir al DOGC d'11 de desembre de 2009).

Quan els establiments comercials disposin d'una superfície de venda superior als 1.300 m^2, però inferior als 2.500 m^2 es trobin dins de la trama urbana, el Decret llei 1/2009 afegeix al règim de comunicació, la presentació d'una "declaració responsable" davant la Direcció General de Comerç. En la mesura que es preveu que aquesta declaració pugui ser presentada davant de les oficines municipals, s'estaria garantint el sistema de finestreta única. Tanmateix, el Decret llei limita aquesta possibilitat a aquells supòsits en què sigui necessària una llicència d'obres; quan no sigui així, preveu que la declaració responsable sigui presentada davant de la xarxa d'oficines de gestió empresarial, trencant així amb el dret a la finestreta única.

Segons el nostre criteri, en la mesura en què l'exercici d'aquestes activitats comercials continuarà estant supeditat a la presentació d'una comunicació a efectes ambientals, hagués estat una solució més compatible amb els principis de simplificació, que s'hagués presentat aquesta "declaració responsable" davant l'Administració Local, i aquesta l'hagués tramès novament a la Generalitat de Catalunya.

El mateix succeeix en aquells casos en què es tracta d'un establiment d'entre 1.300 i 2.500 m^2 de superfície de venda emplaçat fora de la trama urbana consolidada, o d'un establiment de superfície de venda major. En aquests supòsits, el Decret llei 1/2009 exigeix l'obtenció d'una llicència comercial de la Generalitat, que caldrà sumar igualment a la comunicació exigida a efectes ambientals. Novament, mentre aquesta última s'ha de presentar en les oficines municipals, la primera s'haurà de presentar davant la xarxa d'oficines de gestió empresarial.

Una adequada simplificació administrativa hagués aconsellat reforçar el paper de finestreta única municipal; basat en la intervenció que els ajuntaments han tingut tradicionalment en l'exercici del control administratiu per a la protecció del medi ambient.

De la mateixa manera, una adequada simplificació dels procediments hagués aconsellat fins i tot la desaparició del control específic de la llicència comercial, en la mesura que els criteris que serveixen per a la seva concessió són o podrien haver estat controlats per l'Administració Municipal; o es podrien haver controlat per l'Administració sectorial corresponent, en el curs de l'obtenció de les llicències municipals, garantint així el funcionament d'autèntiques finestretes úniques i disminuint la durada dels procediments administratius. Això no obstant, aquesta regulació no és de competència municipal, raó per la qual no està en mans municipals assolir aquests objectius de simplificació.

Tot i que el contingut del Decret llei 1/2009 no permeti que els ajuntaments desenvolupin un paper de finestreta única presencial, considerem que fora convenient que a nivell municipal existís una finestreta única per atendre totes les sol·licituds d'autorització de la seva competència, i per oferir informació sobre els diferents règims d'autorització aplicables a l'establiment d'activitats comercials sedentàries (siguin de la seva competència o de la Generalitat). D'aquesta manera es garantirà l'efectivitat del

dret a la informació i s'evitarà la tramitació innecessària de procediments administratius locals, en casos d'impossibilitat d'obtenció de llicències comercials.

Evidentment, l'adequat funcionament d'aquest servei requereix la creació d'una oficina d'atenció al ciutadà integrada per personal degudament format, capaç d'interpretar la normativa sectorial comercial i la reguladora de les activitats; i de donar una informació veraç, intel·ligible i actualitzada. La confluència de competències de la Generalitat sobre aquesta matèria pot fer aconsellable la subscripció d'algun conveni de col·laboració entre l'Administració Local i la de la Generalitat de Catalunya, que eviti dualitats i asseguri el màxim aprofitament dels recursos econòmics disponibles.

A diferència del que succeeix en relació amb les competències de l'Administració Local sobre les activitats comercials sedentàries, en relació amb les activitats comercials de naturalesa no sedentària, el protagonisme de l'Administració Local és superior, ja que la normativa sectorial deixa en mans d'aquesta administració la regulació del règim d'autorització aplicable a aquestes activitats.

Més enllà de les reflexions relatives a la conveniència de mantenir aquest règim d'autorització en el marc del contingut de l'art. 5 de la Llei 17/2009, pel cas que es decideixi mantenir aquesta intervenció administrativa prèvia, caldrà simplificar al màxim els procediments conduents a la seva obtenció, evitant duplicar controls administratius i evitant exigir la presentació de documentació que ja es trobi en poder de l'Administració Local.

Per altra banda, no es produirà confluència d'autoritzacions administratives, perquè aquestes activitats només estaran subjectes a una intervenció administrativa en matèria de comerç[370], si és el cas; i la finestreta presencial i virtual de l'ajuntament s'haurà de limitar a informar sobre l'única autorització administrativa que els sigui exigible.

4. Recomanacions de bon govern local en relació amb l'organització administrativa per a l'exercici de les competències municipals en matèria de comerç

L'última de les recomanacions de bon govern local que formulem en l'àmbit del comerç consisteix a reforçar l'organització administrativa municipal que ha de fer possible l'exercici de les seves competències en aquest àmbit. Diverses raons justifiquen aquesta recomanació.

En primer terme, s'ha de considerar que la legislació sectorial comercial catalana atorga als ajuntaments diverses i variades potestats en l'àmbit del comerç, com ara (i sense ànim de ser exhaustius):

[370] En el marc de la nova Llei 20/2009, queda clar que les activitats de comerç ambulant i no sedentari no estan subjectes a control ambiental en no trobar-se recollides en cap dels seus annexes, que ara tenen una naturalesa de *numerus clausus*.

- Potestat reglamentària: per exemple, elaborar i aprovar ordenances per regular la venda no sedentària o ambulant itinerant (art. 19 TRCIC).
- Potestat de planificació: elaboració i aprovació inicial de la delimitació de les trames urbanes consolidades del municipi (art. 8.2 Decret llei 1/2009)[371].
- Potestats de control, concretament d'autorització: atorgament d'autoritzacions per a venda no sedentària i ambulant itinerant (art. 10 TRCIC) o per a venda automàtica (art. 30 TRCIC).

Així mateix, fins a finals de l'any 2009 (sota la vigència de la Llei 18/2005, de 27 de desembre), els ajuntaments elaboraven i aprovaven inicialment programes d'orientació dels equipaments comercials, atorgaven llicències comercials per a establiments mitjans i emetien un informe preceptiu i semivinculant previ a la sol·licitud de llicència comercial autonòmica per a establiments grans.

Evidentment, el coneixement i l'especialització necessaris per a l'exercici de les potestats anteriors pot obtenir-se de professionals externs a l'estructura administrativa municipal, mitjançant la celebració de contractes administratius de serveis *ad hoc* (per exemple, per elaborar una ordenança reguladora de la venda no sedentària). Ara bé, en la mesura que l'exercici de la majoria de les potestats assenyalades generarà la necessitat d'un assessorament continu o, com a mínim, amb un alt nivell de recurrència, l'opció que sembla més eficient seria recórrer a la contractació de personal al servei de l'ens local amb els coneixements i l'experiència necessaris, o bé, si la dimensió del municipi i del seu ajuntament o la disponibilitat econòmica no ho fan possible, mitjançant la formació del personal tècnic de la corporació local.

En segon terme, justifica igualment la recomanació anterior el sistema de finestreta única que la DS i la Llei 17/2009 imposen a les administracions públiques; sistema que, com hem apuntat en l'apartat anterior, ha de ser indubtablement virtual, però que entenem que la DS pretén que també sigui presencial.

És obvi que l'establiment d'aquest sistema de finestreta única exigeix que els ajuntaments disposin de personal amb els coneixements i l'experiència adients per a resoldre les qüestions que se'ls plantegin, que amb tota seguretat no seran poques. En relació amb això, ha de considerar-se que el Decret llei 1/2009, sotmet la implantació d'establiments comercials mitjans i grans a un sistema de comunicació; això significa que l'operador haurà de realitzar la inversió en el local i en la seva adequació (obres, instal·lacions, etc.) i després realitzar la comunicació. No hi ha dubte que abans de

[371] L'aprovació definitiva correspon a la Generalitat de Catalunya. És necessari assenyalar en relació amb el concepte de trama urbana consolidada (art. 7 Decret llei 1/2009), que és essencial en l'ordenació comercial vigent a Catalunya (com ja ho era amb l'anterior Llei 18/2005, de 27 de desembre). Es tracta, en poques paraules, de les àrees del municipi de caràcter residencial (plurifamiliars o unifamiliars). Com a regla general (que, com a regla general que és, té certes excepcions), els establiments comercials qualificables com mitjans, grans o grans territorials, s'han d'ubicar necessàriament dins els seus límits.

realitzar la inversió demanarà informació de l'ajuntament competent per tal d'obtenir seguretat jurídica, i facilitar-la exigeix coneixements i experiència.

Com a tercera raó per a defensar la recomanació de bon govern que formulem, hem de dir que, segons l'experiència pràctica de qui subscriu, en els últims anys els ajuntaments no han disposat d'una estructura administrativa adient per exercitar adequadament les seves competències en matèria comercial (aquesta es pot considerar una visió general que, òbviament, també presenta nombroses i lloables excepcions).

La circumstància anterior s'ha pogut apreciar en l'exercici de la potestat d'autorització d'establiments comercials, particularment en l'atorgament de llicències comercials per a establiments mitjans (substituïdes pel Decret llei 1/2009 per una comunicació) o en l'emissió dels informes municipals previs a la sol·licitud de llicència comercial autonòmica. En aquests àmbits, en molts casos els ajuntaments no han valorat adequadament els criteris legals d'atorgament o denegació. Això ha facilitat ulteriors impugnacions judicials de llicències que han finalitzat amb la seva anul·lació, generant-se amb això evidents problemes per a l'ajuntament atorgant.

En últim terme, no podem deixar d'assenyalar que, en un context com l'actual, de crisi econòmica de finalització incerta (tant en el *quan* com en el *com*), el sector del comerç minorista és un dels pocs que manté una certa expansió, amb inversions generadores de riquesa i d'ocupació. No hi ha dubte que el millor suport que poden oferir els ajuntaments catalans passa per facilitar la màxima seguretat jurídica als operadors d'aquest sector, i per a això s'ha de reforçar la seva estructura administrativa.

Totes les circumstàncies anteriors exigeixen als ajuntaments dotar-se d'una organització administrativa amb uns nivells de coneixement i especialització ajustats als interessos públics i privats en joc, ja sigui mitjançant la contractació d'aquest servei a tercers, mitjançant la contractació de personal o mitjançant la formació del personal propi.

En tot cas, és clar que la tasca de suport i assessorament als ajuntaments de menys estructura i recursos per part de les diputacions i els consells comarcals, pot coadjuvar a la materialització d'aquesta recomanació.

Bibliografia

ARIMANY MANUBENS & ASOCIADOS (Coord.), *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, Praxis, 1996.

BALLESTEROS FERNANDEZ, ÁNGEL, *Manual de Administración Local*, 4a ed., Comares, Granada, 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO i LEGUINA VILLA, JESÚS, (Coord.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997.

CASES PALLARÈS, LLUIS i PONS CÀNOVES, FERRAN, *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid, 1988.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, CONCEPCIÓN, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, València, 2006.

LÓPEZ PÉREZ, FERNANDO, *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial (Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Atelier, Barcelona, 2009.

MIR BAGÓ, JOSEP, *Manual de Govern Local*, FEMP, Barcelona, 1995.

PICH FRUTOS, EVA, "L'activitat comercial i la protecció dels consumidors a l'àmbit local", cap.1 de l'obra *Règim Jurídic dels Governs Locals de Catalunya*, GIFREU FONT, J. i FUENTES GASÓ, J. R., (Dirs.) et al., Tirant lo Blanch, 2009.

Revista APD Asociación para el Progreso de la Dirección, núm. 231 (Especial Jornada: "La Directiva Bolkestein. Liberalización al servicio del consumidor").

SALVADOR ARMENDÁRIZ, Mª AMPARO i VILLAREJO GALENDE, HELENA, "La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, 2007.

TORNOS MAS, JOAQUÍN (Dir.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, Tecnos Edicions UB, Barcelona, 2000.

VILLAREJO GALENDE, HELENA (Dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.

Abreviatures

Art., Article.
Arts., Articles.
BOE , Butlletí Oficial de l'Estat.
BOP , Butlletí Oficial de la Província.
CA, Comunitat autònoma.
CCAA , Comunitats autònomes.
CE, Constitució Espanyola.
DOGC, Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.
DOUE , Diari Oficial de la Unió Europea.
FJ, Fonament jurídic.
LBRL, Llei estatal 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local.
LOCM, Llei estatal 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista.
SS, Següents.
STC, Sentència del Tribunal Constitucional.
STJCE, Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.
TCE, Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.
TJCE, Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.
TRCIC, Text refós de comerç interior de Catalunya, aprovat mitjançant Decret legislatiu 1/1993, de 9 de març.

Capítol X

EL BON GOVERN DE LES HISENDES LOCALS

Montserrat Peretó García
Professora Titular de Dret Financer i Tributari (UAB)

SUMARI. 1. Introducció –2. Principals problemes en el sistema de finançament dels ajuntaments: una visió de conjunt –3. Ingressos tributaris dels ens locals –3.1. Impost sobre Béns Immobles –3.2. Impost de Vehicles de Tracció Mecànica –3.3. Impost de Construcció d'Instal·lacions i Obres –3.4. Impost d'Increment de Valor en Terrenys de Naturalesa Urbana –3.5. Taxes –3.6. Contribucions especials **–4. Transparència en la despesa: el pressupost local –5. Conclusions. Actuacions que podrien millorar la bona pràctica administrativa a l'àmbit de les hisendes locals.**

1. Introducció

En el present apartat mirarem d'identificar alguns dels problemes o inconvenients als que han de fer front actualment les hisendes locals catalanes en relació al seu bon govern, amb la intenció d'identificar-los i proposar, en el seu cas, fòrmules de millora d'algunes pràctiques.

Pretenem centrar-nos en l'anàlisi de les bases dels problema del finançament dels ens locals, raó per la qual mirarem de concretar de manera sintètica si partint de la legislació vigent, els ens locals poden ser capaços d'introduir algunes "bones pràctiques" tot augmentant la transparència sense perjudici que ens ocupem d'altres temes relacionats, com ara la despesa pública.

De tota manera, establirem com a premissa que no és un debat nou -en certa manera podria qualificar-se de "repetitiu"- i que la majoria de dificultats a les quals s'enfronten actualment els ens locals en aquesta matèria només es poden abordar, a parer nostre, mitjançant una reforma substancial del seu règim jurídic financer, i en particular tributari. Malgrat que no es tracta ara de proposar mesures de *lege ferenda*, ens ha calgut ocasionalment optar per aquesta via, atès que algunes de les "males pràctiques" no es poden superar si no és modificant la legislació vigent.

La insuficiència d'ingressos en l'àmbit de la hisenda local genera algunes pràctiques tributàries en els ajuntaments excessivament complexes i de vegades apartades dels principis més elementals constitucionals que fonamenten al tribut. Ens referim, per exemple, a l'eliminació de determinades taxes augmentant impostos o a la incorrecta

quantificació d'aquestes, ja sigui per no realitzar un estudi economicofinancer conforme a dret, o per quantificar aquesta prestació tributària amb un cost molt més baix -o més alt- que el servei prestat per l'ens local, o no arriscar-se, per raons de cost polític, a utilitzar com instrument tributari les contribucions especials per a finançar obres que beneficien un conjunt determinat de contribuents.

No totes les dificultats que poden sorgir en l'àmbit local es deuen exclusivament a la regulació jurídica tributària; també les autoritats locals han de ser conscients que algunes dificultats es poden superar-se amb una bona praxi tributària.local.

D'altra banda, malgrat que es podria pensar que el nou Estatut d'Autonomia de Catalunya, tot preveient la possibilitat d'una "Llei de Finances Locals", miraria de modificar alguns aspectes substantius d'aquest règim jurídic, existeixen serioses dificultats al respecte, entre les quals la relacionada amb les competències estatals respecte a les hisendes locals, o la majoria qualificada que s'exigeix en l'Estatut d'Autonomia per aprovar aquesta llei, entre d'altres. De tota manera, haurem de fer referència a la nova norma estatutària, ja que alguns dels seus preceptes poden ser útils per a fomentar algunes "bones pràctiques" en governs locals, o si escau, ser útils per aclarir algunes qüestions relacionades amb els governs locals.

Un cop centrat el tema del treball, el dividirem en dos grans blocs, ingressos i despeses. En l'apartat d'ingressos ens ocuparem de cadascun dels tributs que conformen la Hisenda local per veure en quina mesura les "males pràctiques" poden millorar-se per a aconseguir més ingressos. D'altra banda també farem una breu referència als nous preceptes estatutaris en la matèria.

2. Principals problemes en el sistema de finançament dels ajuntaments: una visió de conjunt

Malgrat les successives reformes fiscals dutes a terme per l'Administració Central durant els darrers 30 anys no s'ha aconseguit a hores d'ara la suficiència financera dels ens locals reconeguda a la Constitució. Destaquem algunes de les raons que ens porten a aquesta conclusió: la primera és que, malgrat els grans objectius que ja perseguia la Llei 39/1988, de 28 de desembre, reguladora de les hisendes locals, encara se'ns presenta una Hisenda anquilosada, antiquada, poc flexible i residual i, la segona, que és evident que el disseny dels ingressos previstos per al finançament dels serveis que han d'assumir no són suficients per a prestar el conjunt de serveis que efectivament presten aquests ens, ja que la pròpia dinàmica del desenvolupament econòmic i social obliga que es vegin obligats a prestar-ne de no previstos legalment, originant importants problemes de finançament.

Té lloc, per tant, una forta contradicció entre els serveis ofertats i el finançament de les despeses derivades, tant dels serveis municipals clàssics com de les derivades de noves necessitats (immigració, envelliment, sostenibilitat, protecció medi ambient, etc.).

Davant aquesta situació, un dels problemes bàsics és determinar la forma de finançament del nou servei que es vol prestar, ja que l'estructura legal prevista per als ingressos no està pensada per a un finançament àgil, canviant i ampli amb la finalitat d'assumir qualsevol despesa. Per altra banda, el traspàs de competències als governs locals hauria de permetre dotar de major flexibilitat els instruments tributaris, i als ingressos en general, pel finançament adequat a les noves competències; encara que no sempre és desig dels responsables municipals suportar el cost polític que implica un nou finançament de servei o la creació d'una nova prestació pecuniària exigible als seus usuaris, ja sigui a través de taxes o, fins i tot, mitjançant l'establiment de preus públics.

Amb això volem posar en evidència que el sistema tributari en particular, i en general el conjunt d'ingressos locals que actualment pot obtenir un ens local, no és l'adequat per a finançar aquest gruix de competències generades, malgrat l'existència de figures tributàries pensades per a finançar aquestes noves competències. Sense perjudici que en pàgines següents ens referim al sistema d'ingressos tributaris en particular i analitzem en quina mesura podrien millorar-se aquests, en el supòsit d'assumpció de noves competències entenem que una bona pràctica administrativa podria ser que l'ens local acordés, sempre que assumís una nova competència, un previ model de finançament d'aquesta utilitzant els mecanismes que actualment són vigents per a l'obtenció d'un major grau de col·laboració entre les diferents administracions amb un objectiu final: el finançament de les polítiques socials generals impròpies que exerceixen els governs locals sense haver d'assumir en solitari el cost del servei.

En altres paraules, el sistema tributari municipal dissenyat actualment no està pensat per a assumir el gruix de noves competències: l'escassa elasticitat dels instruments que se li assignen legalment no els fa adequats per a finançar aquestes noves competències, essent que sovint es financen amb les participacions en els tributs de l'Estat. La Llei ha oblidat d'incloure algunes figures tributàries, o n'han desaparegut pràcticament algunes referides a recaptació que haurien de permetre incorporar al pressupost d'ingressos locals part de la riquesa obtinguda en el seu territori.

En definitiva, la relativa confusió en matèria competencial fa molt freqüent que els ajuntaments prestin serveis no encomanats, provocant la insuficiència del seu sistema financer. Per altra banda, s'observa una gran dependència del govern estatal pel que fa a aquesta suficiència financera, circumstància que reflecteix una contradicció amb el paper, que al nostre entendre, ha d'ocupar la Comunitat Autònoma. Es tracta d'una situació que almenys teòricament hauria de modificar-se, conforme el que disposa el nou EAC[372], atès que la Generalitat de Catalunya resta obligada a vetllar per la

[372] En aquest sentit l'article 219 de l'EAC estableix "Es garanteixen als governs locals els recursos suficients per a afrontar la prestació dels serveis la titularitat o la gestió dels quals se'ls traspassi o se'ls delegui. Tota nova atribució de competències ha d´anar acompanyada de l'assignació dels recursos suplementaris necessaris per a finançar-les correctament, de manera que es tingui en compte el finançament del cost total i efectiu dels serveis traspassats. El compliment d´aquest principi és una condició necessària perquè entri en vigor la transferència o la delegació de la competència. A aquest

suficiència de recursos[373], és a dir, s'han de garantir als governs locals els recursos suficients per a finançar els serveis que la Generalitat els traspassi o els delegui; és evident que aquest aspecte està estretament vinculat amb el procés de traspàs o de delegació de competències locals cap als governs locals. Per tant, és de preveure que la norma estatutària pugui servir per a fomentar un estudi o anàlisi prèvia dels possibles serveis a transferir o delegar als governs locals, establint que s'hagi de proveïr, sempre i en tot cas, el seu finançament. Tanmateix, encara que a l'hora d'escriure aquestes pàgines no podem fer una valoració respecte al compliment d'aquesta norma estatutària, caldrà confiar en el seu compliment i que el Govern autònom sigui conscient, des d'un punt de vista polític i financer, del dèficit dels governs locals generat pels serveis que assumeixen. És necessari per tant establir urgentment una ordenació dels serveis que actualment ja assumeixen els governs locals, preveure el seu finançament, i com no, complir el que es preceptua en l'EAC.

3. Ingressos tributaris dels ens locals

3.1. Impost sobre béns immobles

És indubtable que l'IBI és actualment l'ingrés més important de l'àmbit local i, per tant amb gran afectació immediata damunt les arques municipals.

La realitat ens mostra que existeixen molts municipis que estableixen bonificacions, per exemple, per circumstàncies familiars, o que, davant la falta de regulació legal d'aquests beneficis fiscals, han articulat ajuts a l'IBI condicionats a la situació del subjecte passiu (pensionista, jove, aturat, violència de gènere, famílies monoparentals amb fills a càrrec, persones empadronades a la ciutat...). Entenem que aquesta articulació de beneficis disfressats d'"ajuts", sense prejutjar la conveniència política o no d'aquests, és com a mínim qüestionable en la mesura que es fan servir mecanismes jurídics no previstos per a aquesta finalitat. En definitiva, la mancança de cap base legal implica, en primer lloc, atemptar contra el principi de legalitat en l'àmbit tributari, i en segon lloc, impedeix que altres ajuntaments, del mateix entorn geogràfic, més rigorosos jurídicament, puguin competir amb aquests beneficis fiscals totalment "atípics".

La solució a aquest problema no és fàcil i obre un profund debat polític-jurídic sobre la necessitat d'oferir un marc legal més flexible, per tal que els ens locals puguin mitjançant, per exemple, de la diferenciació de tipus impositius, graduar la càrrega tributària que volen que suportin els seus ciutadans conforme a la seva situació personal, o si s'escau, d'acord amb l'ús que es faci de l'immoble. A parer nostre, l'única solució al problema és que aquestes "ajudes atípiques" desapareguin en l'àmbit de l'IBI.

---

efecte, es poden establir diverses formes de finançament, incloent-hi la participació en els recursos de les finances de la Generalitat o, si escau de l´Estat".

[373] A més de vetllar pel principi de suficiència de recursos, la Generalitat ha de controlar el compliment d'uns altres, entre els quals és necessari destacar el d'equitat, autonomia i la responsabilitat fiscal.

Un altre dels problemes en l'àmbit de l'IBI és la seva excessiva dependència de les competències assumides pel cadastre immobiliari, en relació a determinats elements essencials d'aquest tribut (determinació de la base imposable, subjectes obligats, etc.). En resum, existeix una barreja de competències que altera el normal funcionament de l'impost que són fixades legalment i que, per tant, no poden ser modificades si no és mitjançant una llei. Així, han estat reiterades les crítiques referents a les disfuncions derivades d'aquesta gestió cadastral, que afecten, no solament al nivell de recaptació d'aquest tribut, sinó també, i de manera directa, als contribuents[374.]

El fet que la gestió cadastral i tributària sigui competència d'òrgans diferents implica que l'Administració Local quedi totalment subordinada a l'exercici, moltes vegades tardà, de competències per part de la direcció del cadastre. Entenem que hauria d'existir més col·laboració entre ambdós ens, Estat i Administració Local, i malgrat que de moment la legislació potser no es pot modificar, sí que entenem que s'hauria de fomentar de manera generalitzada la delegació de competències referent a la gestió cadastral per part de la Direcció General del Cadastre als municipis, és a dir, que siguin els mateixos municipis els que puguin determinar i aclarir les múltiples controvèrsies que aquest impost planteja. Aquesta proposta, és a dir, l'assumpció de competències relatives a la gestió cadastral per part d'ajuntaments s'ha efectiva en alguns cassos mitjançant els diferents instruments que ens ofereix l'ordenament jurídic per a aquests supòsits, en particular els convenis interadministratius. La generalització d'aquesta pràctica ajudaria a dotar de més claredat i transparència l'impost, estalviant moltes de les controvèrsies plantejades, encara que cal ser conscients que molts governs locals no poden assumir la gestió cadastral (és evident que els mitjans humans i materials de molts ajuntaments petits són escassos i no poden en cap cas assumir aquesta responsabilitat)[375], o no volen fer-ho perque prefereixen no ser ells els que apareguin davant dels seus contribuents com els responsables d'aquest impost.

Aquesta situació, a parer nostre, va en detriment de la Hisenda Local, ja que a més de recaptar menys, el cost que l'Administració ha de suportar per a resoldre les reclamacions interposades pels contribuents afecta la gestió tributària de l'impost. Si a aquesta situació sumem el cost que representen per als contribuents les diferents reclamacions i demandes que en moltes ocasions han d'interposar, semblaria raonable assumir aquestes competències de gestió cadastral, o bé alternativament facilitar el finançament d'aquesta per l'Estat. Per altra banda, entenem que l'Administració Local ha de preocupar-se també de la relació contínua amb l'ens estatal, mitjançant els mecanismes de col·laboració als quals resten legalment sotmesos.

---

[374] Respecte als contribuents ens referim al diferent sistema de reclamacions que s'han d'interposar si es tracta d'actes dictats per l'Ajuntament o per l'Estat, és a dir, reposició i reclamació econòmica administrativa, respectivament.

[375] Exceptuant els cassos en què el finançament fos assumit per la Direcció General del Cadastre, situació que no té lloc en realitat perquè quan té lloc la delegació, la majoria de vegades el cost d'aquesta gestió l'assumeix l'Ajuntament que exerceix aquestes competències per delegació.

Cal esmentar que respecte de la gestió cadastral el nou EAC se n'ocupa a l'article 221[376], preceptuant que l'Estat i la Generalitat han d'establir les vies de col·laboració necessàries per tal que aquesta participi en les decissions i l'intercanvi d'informació. En particular, s'apel·la a l'establiment de formes consorciades respecte a la gestió cadastral entre l'Estat, la Generalitat i els municipis[377]. La previsió estatutària significa reconèixer la necessitat que existeix d'aquesta gestió, que podem anomenar "compartida" entre diferents ens, sense oblidar que els municipis haurien d'ostentar un paper important, atès que no podem oblidar que els ingressos més importants d'aquests provenen en l'actualitat de l'IBI, tot i tenint en compte la competència exclusiva que sobre la gestió cadastral té l'Estat, com es desprèn de la normativa reguladora del cadastre (Reial decret legislatiu 1/2004)[378].

El fet que l'Estatut d'Autonomia hagi previst aquesta col·laboració especial entre els diferents ens públics, i que l'actual legislació reguladora del cadastre reculli expressament aquesta col·laboració implica un gran avanç en la gestió cadastral en general, i en particular, per tal de fomentar i pal·liar els possibles inconvenients que planteja l'actual gestió cadastral i tributària desenvolupada actualment per dos ens. Una possibilitat al respecte podria consistir en crear un ens per part de la Generalitat, consorciat en l'àmbit territorial de Catalunya, la finalitat del qual fora la gestió cadastral i tributària, i on s'integressin també els representants del món local català. Aquest nou ens tindria les funcions que actualment té la Direcció General del Cadastre, i això podria fer-se conforme a la normativa actual amb les següents funcions:

- Elaboració i gestió de la cartografia cadastral.
- Renovació d'un cadastre únic.
- Valoració cadastral, que inclouria la coordinació de valors, els estudis i les anàlisis de mercat i l'aprovació de les diferents ponències de valors.

En aquest supòsit els objectius a aconseguir podrien ser, seguint a JOAN PAGÈS[379], els següents:

---

[376] El precepte estableix: "L´Administració General de l´Estat i la Generalitat han d´establir les vies de col·laboració necessàries per a asegurar la participació de la Generalitat en les decisions i l´intercanvi d´informació que calguin per a l´exercici de les seves competències. Aixi mateix, s´han d´establir formes de gestió consorciada del cadastre entre l´Estat, la Generalitat i els municipis, d´acord amb el que disposi la normativa de l´Estat i de manera que es garanteixi la plena desponibilitat de les bases de dades per a totes les administracions i la unitat de la informació".

[377] Segons disposa l'article 210.2 apartat b) de l'EAC, el desenvolupament d'aquests temes s'ha de dur a terme a la Comissió Mixta d'Assumptes Econòmics i Fiscals de l'Estat-Generalitat: PAGÈS JOAN, "Consideracions sobre la competencia de la Generalitat de Catalunya per a dictar la seva pròpia llei de Finances Locals", document intern, Conselleria de Governació, maig 2008.

[378] Que aprova el Text refós de la Llei del cadastre immobiliari.

[379] Op. Cit. pp. 6 i 7.

- Agilitació de tots els tràmits, la qual cosa implicaria una actualització més ràpida de les dades cadastrals.
- Especial vinculació entre la normativa urbanística catalana i les definicions cadastrals.
- Actualització i publicació dels estudis de preus dels béns immobles en el territori català.

La consecució d'aquests objectius podria servir per a la millora de la gestió de l'IBI i agilitar en gran mesura les dades cadastrals, ajudant l'Administració Local en particular, així com els contribuents, atès que el fet de tenir una base de dades unificada segons criteris homogenis de valoració d'immobles conforme a la legislació urbanística catalana dotaria de major seguretat jurídica un tribut d'especial complexitat tècnica com aquest. També, i mitjançant fórmules de col·laboració, es podria realitzar més eficaçment la gestió tributària d'aquest impost, i això no és una novetat en l'EAC, ja que la mateixa LBRL, article 106.3, i també l'article 5 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària, determinen la possibilitat de delegació en l'aplicació dels tributs locals a favor de les d'àmbit superior, de les respectives comunitats autònomes o de l'Estat. En conclusió, també pel que fa a l'aplicació dels tributs locals, tenen cabuda les fórmules de delegació, enteses com l'exercici de la funció pública per part d'una altra administració o bé d'una altra entitat local (Diputació). Això és habitual, a la Comunitat Autònoma o a l'Estat, podent ser delegada qualsevol de les funcions que integren l'aplicació dels tributs (Títol III de la LGT): gestió, inspecció i recaptació. A més de la delegació de funcions, existeixen també altres fórmules de col·laboració on aquesta delegació de funció pública no té lloc però sí aquelles fórmules de participació concretes (per exemple, recaptació de deutes tributaris referents a l'IBI en via de constrenyiment)[380.]

3.2. Impost de vehicles de tracció mecànica

L'estructura de l'IVTM és molt antiga i no compleix, segons el nostre parer, dues de les diferents funcions assignades a aquest impost, la primera referent al fet de reduïr la contaminació, i en segon lloc, gravar la capacitat econòmica real que manifesta un subjecte passiu quan adquireix un vehicle. De totes maneres, i sense perjudici que entenguem que s'hauria de millorar l'estructura de l'impost, i entre d'altres qüestions augmentar els valors de la base imposable i potenciar la seva funció extrafiscal, cal assenyalar en aquest apartat qüestions que entenem que podrien millorar-se: en particular ens referim a la seva gestió i a l'escassa utilització de les bonificacions fiscals per part dels ajuntaments per a reduïr la contaminació.

Respecte a la gestió del tribut, entenem que en l'actualitat es generen importants costos de gestió en aquells casos en què un subjecte passiu ven un vehicle i n'adquireix un altre en substitució del primer; en aquests casos els ajuntaments es veuen obligats a

[380] Aquestes consideracions referents a la delegació de funcions i fórmules de col·laboració manifestades respecte a l'IBI, són traslladables a qualsevol altre tribut pel que fa a la gestió tributària en general.

retornar-los trimestres corresponents dels vehicles venuts exigint-los els imputables al nou. Per tal d'evitar aquesta situació, una opció possible per part de l'òrgan de recaptació local és la figura de la compensació. També s'ha observat la deslocalització d'empreses, ja que en l'actualitat es produeixen algunes qüestions de dubtosa legalitat per part dels petits municipis, en el sentit que per tal d'atraure obligats tributaris rebaixen considerablement les quotes de l'impost. La solució seria establir una norma antifrau que pal·liï la situació anterior però sense que suposi una limitació a l'autonomia o la competència de cadascun dels municipis[381]; si bé és evident que es tracta de propostes de *lege ferenda*.

3.3. Impost de construcció d'instal·lacions i obres

La capacitat recaptatòria de l'ICIO no és gens menyspreable per a les hisendes locals, i en particular en els últims anys on l'activitat immobiliària ha constituït un dels motors de l'economia. Per altra banda ha resultat un impost de control fàcil ja que normalment s'ha de fer coincidir la seva liquidació amb el moment que el subjecte passiu sol·liciti la taxa per llicència d'obra; en aquest sentit entenem que és fonamental una total correlació entre les persones que es dediquin a gestionar ambdós tributs.

Una altra de les qüestions que planteja diferents dubtes, sobretot als òrgans de comprovació dels ajuntaments, és la relativa a la gestió d'aquest impost, i no per males pràctiques administratives, sinó per la utilització incorrecta de figures que legalment estan erròniament conceptuades; ens referim a la anomenada liquidació provisional que ha de realitzar-se en iniciar-se la instal·lació, la construcció o l'obra. Entenem que del que es tracta en realitat és d'un ingrés a compte, el règim jurídic i les conseqüències del qual són totalment diferents. Creiem que la utilització terminològica en el text legal hauria d'aclarir-se. De tota manera i sense perjudici del que s'ha dit, entenem que els ajuntaments han de ser molt conscients de la redacció que els brinda la legislació actual, i aprofitar l'avantatge que significa que a l'inici de l'obra es practiqui una liquidació provisional, adquirint una indubtable importància la possibilitat que tenen els ajuntaments de realitzar una liquidació definitiva al final de les obres. En definitiva, una bona gestió és de vital transcendència en aquest impost, i la comprovació al final de l'obra no ha de ser una raresa o excepció, sinó que s'ha de convertir en pràctica habitual per als òrgans de gestió locals. A més entenem que existeix l'obligació legal de practicar aquesta liquidació definitiva, fins i tot en el cas en què aquella coincideixi amb la provisional, no podent admetre la tesi que aquesta liquidació definitiva solament procedeixi en el cas que efectuada la comprovació resulti una diferència a l'excés, ja que entenem que la definitiva en tot cas s'haurà de practicar, tot afegint que si es produeix la renúncia de l'Administració Local a practicar la comprovació, es pot originar un benefici per al subjecte passiu, com ara que no se li exigeixi un import més elevat

[381] Per exemple establir quotes provincials per a les persones jurídiques que tinguin un determinat nombre de vehicles o assignar el rendiment recaptatori d'aquest impost a aquell municipi on realment s'estigui desenvolupant l'activitat principal de què es tracti.

d’ingrés, essent com és freqüent que el cost efectiu de l’obra superi a aquell inicialment pressupostat, resultant afectat el subjecte actiu.

3.4. Impost d’increment de valor en terrenys de naturalesa urbana

Com se sap, l’IIVTNU és potestatiu. Entenem que aquest impost necessita urgentment una reforma legal, ja que la quantificació de les plusvàlues dels terrenys és realment burda, i en definitiva no se sotmeten a gravamen els increments del terreny de manera efectiva, resultant molt difícil d'entendre per als contribuents que han de suportar l’impost, perquè és evident que existeix una doble imposició. Entenem que seria convenient la seva integració amb els impostos personals que graven la renda en les seves diferents modalitats, fet que facilitaria guanyar coherència en l'existència del gravamen i una reducció en la sobreimposició que suporten els béns immobles. Un impost local d'aquesta naturalesa, juntament amb els estatals, el que fan és encarir les transmissions del capital immobiliari .

Tanmateix, i tenint en compte l'estructura actual de l'impost, entenem que cal millorar-la i adoptar mesures necessàries per a la fixació de valors cadastrals que ara per ara determinen la seva base imposable, tema relacionat amb allò que es comentava en línies anteriors quan ens referíem a la necessària connexió que ha d’existir entre la gestió cadastral realitzada pel centre de gestió cadastral i els ajuntaments. Aquests haurien de sol·licitar periòdicament al cadastre la informació dels valors cadastrals dels immobles situats en el seu municipi. Aquest estancament en la fixació dels valors cadastrals va en perjudici dels municipis; en aquest sentit l'ajuntament ha d’establir una estreta relació pràctica amb notaris i registre, encara que legalment ja estigui fixada.

S'ha observat en aquest impost que normalment a l'hora de quantificar la prestació els ajuntaments utilitzen el sistema d'autoliquidació quan qui liquida realment és l'òrgan administratiu competent, resultant d'aquesta actuació una liquidació. Entenem que és una pràctica no conforme a l'ordenament jurídic: una cosa és que el mateix subjecte obligat declari, quantifiqui i ingressi, és a dir, que realitzi una autoliquidació o declaració-liquidació i, una altra cosa, que sigui l'Administració qui quantifiqui la prestació, prèvia presentació pel subjecte passiu de la declaració de fets que configuren el pressupost o fet imposable de l'impost, ja que les conseqüències jurídiques d'ambdues actuacions són totalment diferents.

3.5. Taxes

Les taxes com a categoria tributària són de les més utilitzades en l'àmbit local. Recordem que qui paga una taxa obté a canvi alguna cosa: la possibilitat d'utilitzar en benefici propi terrenys del domini públic, el dret que l'Administració li presti determinat servei públic o el dret que l'Administració realitzi una determinada activitat que ha estat provocada per ell amb motiu del pagament de la taxa. És a dir, la necessària existència

d'una determinada activitat administrativa és el que configura el fet imposable d'una taxa; si no existeix activitat administrativa no neix l'obligació tributària, no hi ha taxa[382].

En primer lloc i sense perjudici que el principi de capacitat no és el criteri bàsic per a quantificar aquesta figura tributària, no per això se la pot titllar d'injusta i adduir aquesta raó o fonament per a no utilitzar-la. Amb això volem posar de manifest que sempre que les taxes es dissenyin o ordenin correctament els governs locals poden introduir mecanismes perquè la quantia de la taxa variï en funció de la capacitat econòmica de l'obligat tributari; així l'article 24.4 del TRLRHL determina que a l'hora de quantificar les taxes es podran tenir en compte criteris genèrics de capacitat econòmica. Amb això volem significar que els serveis o la utilització de domini públic s'han finançat i s'han de continuar finançant mitjançant la figura tributària creada a aquest efecte, i no es poden utilitzar màximes generals com per exemple que són "tributs injustos", ja que normativament es preveu la possibilitat d'introduir en la seva quantificació criteris que mesurin la capacitat econòmica de determinats i especials obligats tributaris que, d'acord a la política municipal, es cregui convenient beneficiar, disminuint el cost del servei o l'activitat o el d'aprofitament del domini públic local.

Respecte a la quantificació de les taxes, és on hem observat determinades "males pràctiques". En efecte, el règim jurídic que regula la quantificació de les taxes no es respecta en moltes ocasions pels governs locals. La normativa exigeix que l'import màxim es fixi legalment. Conforme amb l'article 24 del TRLRHL, per a fixar l'import de les taxes per la utilització del domini públic o l'aprofitament especial es tindrà en compte el valor de mercat o el de la utilització derivada d'aquella, i en el cas de la prestació de serveis el límit màxim de l'import de la taxa serà el cost del servei o l'activitat, incloent els costos directes i indirectes, fins i tot els de caràcter financer, l'amortització de l'immobilitzat i, si s'escau, els costos que siguin necessaris per a garantir el manteniment i el desenvolupament raonable del servei o activitat. Per altra banda, s'exigeix sempre en l'establiment d'una taxa o modificació de la seva quantia un estudi econòmic financer sobre el cost o el valor del recurs o l'activitat que es tracti i sobre la justificació de la quantia de la taxa proppassada; en cas de no procedir d'aquesta manera, l'ordenança que determini aquesta quantia serà nul·la de ple dret[383].

Doncs bé, hem de fer l'advertència que aquest estudi o memòria economicofinancera en moltes ocasions no és suficientment clara ni inclou els costos directes i indirectes del

[382] L'article 2.2 de la LGT les defineix com a "tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a, obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado. Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público".

[383] Veure, per totes, les Sentències del Tribunal Suprem de 8 d'abril de 1999, 11 de novembre de 1999 i 14 d'abril de 2001.

servei o l'activitat; també que els ajuntaments no justifiquen correctament i conforme a dret la prestació tributària que s'exigeix a l'obligat tributari, mancant en determinats supòsits aquest estudi econòmic o memòria justificativa de la prestació, i solament en els supòsits que la taxa s'impugna pels particulars l'estudi es realitza amb coherència i claredat. Entenem que el règim jurídic de les taxes exigeix en tots els casos que es decideixi establir aquesta classe de prestació un estudi econòmic detallat, sense oblidar, com ocorre en molts supòsits, que el límit màxim de l'import de la taxa serà el cost de servei o l'activitat. Si els costos directes i indirectes d'aquells no es detallen correctament esdevenen evidents els problemes que genera aquesta "mala pràctica". El mateix podem indicar quan es tracta de modificar la quantia de la taxa anualment.

Per tant, és evident que, quan es pretengui establir una taxa, el govern local ha de ser molt conscient de realitzar un estudi de costos molt clar justificant cada partida, i a més proposem que es justifiqui jurídicament el fonament de l'establiment d'aquesta prestació, atès que cal ser molt rigorós en la quantificació: ambdos informes han de ser precisos per a exigir conforme a dret aquesta classe de prestació, evitant amb aquesta bona pràctica moltes de les reclamacions fonamentades en aquestes males pràctiques. Hem observat també que determinades taxes es quantifiquen per sota del seu cost, amb resultats deficitaris pel que fa als serveis o les activitats. Aquesta tendència s'ha de corregir, atès que no podem oblidar que aquesta classe de tributs es conceptuen com a instrument tècnic tributari idoni per a sufragar els serveis públics a càrrec dels usuaris.

Altrament, s'aprecia que hi ha ajuntaments que eliminen determinades taxes i com a contrapartida augmenten altres tributs, com per exemple l'IBI, aconseguint estalvis en la gestió dels tributs. No obstant això, i segons el nostre parer, provoquen una situació contrària al més elemental principi de justícia tributària, ja que fan recaure sobre el conjunt d'obligats tributaris el cost d'uns serveis que, en ocasions, alguns veïns del conjunt realment no utilitzen. Entenem que malgrat ser més eficients en la gestió dels tributs, aquests han de ser exigits d'acord a la seva naturalesa, i si es presta determinat servei o activitat a un veí en particular, és ell qui ha de sufragar el seu cost.

Per acabar volem destacar que la creació de noves taxes podria ser un dels objectius que es fixessin els diferents governs locals, ja que podria aprofitar-se per a la creació de més recursos i per a la consecució d'altres objectius extrafiscals, més particularment de caràcter mediambiental. Per exemple, el gravamen de l'accés a la ciutat, com a Londres, per a evitar contaminació, o una taxa que retribuís els serveis que presten els ajuntaments en ocasió de la celebració d'espectacles públics. En definitiva, l'augment de la co-responsabilitat fiscal dels governs locals.

3.6. Contribucions especials

Els ajuntaments obliden sovint una categoria tributària molt útil per al finançament de les obres públiques amb un criteri de justícia. Ens referim a les contribucions especials, figura tributària que permet que el seu import sigui assumit pels veïns especialment

beneficiats per les esmentades obres. És evident que si determinats ciutadans obtenen un benefici o augment de valor dels seus béns com a conseqüència de la realització d'obres públiques o de l'establiment o ampliació de determinats serveis públics, té sentit que contribueixin directament al seu finançament a través de la contribució especial. Per altra banda, els efectes nocius que aquest tribut pot produir sobre determinats contribuents més desfavorits es poden solucionar mitjançant l'establiment d'exempcions o bonificacions, atesa la llibertat d'ordenació d'aquesta classe de tributs segons la legislació tributària reguladora del tema.

Mitjançant aquesta categoria tributària es fa recaure una part important del cost de l'obra sobre els veïns que obtenen un benefici immediat o especial; fins al 90 per cent pot ser finançat per l'Ajuntament, però aquest percentatge és fixat potestativament, la qual cosa implica que depenent de la decisió política del govern local, el cost per a l'Ajuntament pot ser solament un 10 per cent de l'obra o servei, assumint els contribuents el 90 per cent restant (o el percentatge que es decideixi). L'oblit en la utilització del tribut és degut, segons la nostra opinió, a la supressió de l'establiment obligatori per a la realització de determinades obres; si bé podem afegir que els ajuntaments probablement han tendit a obviar aquesta figura tributària per l'elevat cost polític que implica el seu ús. Segons el nostre parer la utilització de contribucions especials incentiva la co-responsabilitat fiscal,. En definitiva entenem que els ajuntaments han de potenciar la figura de les contribucions especials per a finançar determinades obres que beneficiïn especialment a un grup concret de la ciutadania.

4. Transparència en la despesa: el pressupost local

És evident que les polítiques públiques que volen portar a terme els ens locals es reflecteixen en el seu pressupost municipal; entenem que una de les maneres d'aconseguir transparència i eficiència augmentant l'equitat en la distribució dels recursos públics és a través del denominat *pressupost participatiu*, és a dir, la participació dels ciutadans en l'elaboració dels pressupostos municipals[384]. Es tracta que els representants triats democràticament juntament amb els ciutadans, i de manera compartida, dissenyin i quantifiquin les despeses que van destinades a les demandes socials del municipi, amb total transparència; és aquesta opció, al nostre entendre, una bona pràctica administrativa per tal que els ajuntaments fomentin i desenvolupin la participació ciutadana a través de la distribució de la despesa pública municipal.

Però, què s'entén per *pressupost participatiu*? Segons la doctrina és el procés de gestió de la despesa pública en el qual intervé la ciutadania, on la intervenció de la qual té per objectiu decidir i prioritzar sobre inversions i despeses públiques per a un exercici concret, normalment anual. És, en definitiva, una forma de democràcia directa, (impostos orientats a la ciutadania) generant així un espai de diàleg a través del qual

[384] Pressupostos participatius o fórmules de participació ciutadana en la distribució de les despeses públiques que a Catalunya s'han dut a terme en diferents municipis, com per exemple a Sabadell i Rubí.

poden prioritzar-ne decisions sobre assumptes que afecten el conjunt de la població, i establint un compromís entre la participació ciutadana i l'actuació municipal quan dissenya part de la despesa pública per a un exercici.

Els resultats esdevenen, en principi, clars: transparència, claredat i control per part dels ciutadans. I a través d'ells fer més eficients els recursos. Per aquesta via participativa, tots els agents interessats, polítics i administrats, intervenen amb la intenció de solucionar els problemes particulars del municipi, detectant conjuntament les escletxes socials pendents de solució. En aquest sentit, els actors d'aquest procés ofereixen solucions viables i quantifiquen des d'un punt de vista pressupostari les mesures concretes que s'articulin. Entenem que la utilització d'aquesta mecànica participativa en l'elaboració del pressupost municipal, encara que sigui una porció petita percentualment de la despesa pública municipal total, assegura transparència i conforma indicadors de despeses que permeten, en definitiva, controlar els resultats i com no, el control extern permet comprovar de manera més fàcil els resultats.

Per altra banda creiem que aquest és un bon instrument per a la racionalització i la resolució de conflictes en la gestió municipal, cada dia més complicada, a més de servir per a prioritzar, entre les diferents polítiques municipals, quina pot resultar més interessant per al municipi, seleccionant la més adequada des d'un punt de vista social i econòmic. Finalment, dins del marc pressupostari local creiem que pot ser interessant proporcionar o crear una metodologia que permeti l'obtenció de costos dels serveis amb la finalitat molt concreta de comparar aquests costos de serveis entre els diferents ens locals; això facilita la transparència de les activitats municipals, la qual quedaria automàticament millorada en la mesura en què els ciutadans poguessin comparar resultats i costos entre els diferents municipis.

5. Conclusions. Actuacions que podrien millorar la boca pràctica administrativa a l'àmbit de les hisendes locals

1. Quan un ens local cregui que ha de prestar nous serveis relacionats amb polítiques estatals o autonòmiques d'interès general, sigui per iniciativa pròpia o com a conseqüència de traspassos competencials, prèviament ha d'intentar aconseguir acords financers amb altres ens públics per tal de no sobrecarregar el seu pressupost de despeses. La utilització de convenis o qualsevol altra forma de col·laboració de les previstes legalment és una bona alternativa.

2. S'ha apreciat la inadequada utilització dels "ajuts" per part dels ens locals, per a articular en el conjunt dels tributs locals, de manera general, beneficis fiscals i exempcions que, per motius polítics, socials, o conjunturals, els ajuntaments creuen que han de ser establertes. Entenem que aquesta pràctica va principalment contra el principi de legalitat en l'àmbit tributari.

3. Els ajuntaments haurien d'utilitzar habitualment la delegació de competències en l'àmbit de l'aplicació dels tributs en general.

4. Seria interessant fomentar de manera generalitzada les fórmules de col·laboració entre municipis i diferents ens supramunicipals o amb la Comunitats Autònoma (entesa com a participació en actuacions concretes).

5. En el cas de l'IBI és convenient atribuir per delegació determinades funcions referents a la gestió cadastral. Això evitaria nombrosos contenciosos relatius a aquest impost a més d'augmentar la recaptació tributària, promovent la seguretat jurídica i incentivant la co-responsabilitat fiscal.

6. La rebaixa de les quotes dels impostos per part d'alguns Ajuntaments per tal de competir en la captació d'obligats al pagament provoca en general il·legalitats.

7. Respecte de l'ICIO seria convenient utilitzar habitualment la possibilitat que brinda l'ordenament jurídic de practicar comprovacions després de la liquidació provisional que es realitza a l'inici de l'obra, la instal·lació o la construcció.

8. La col·laboració cadastre-ajuntaments esdevé fonamental per a liquidar l'Impost sobre l'Increment del Valor dels Terrenys de Naturalesa Urbana. Creiem que els governs locals han de mantenir al dia els valors cadastrals dels seus immobles. Per això és necessari que semestralment o anualment el cadastre subministri informació.

9. Generalització del sistema de liquidació tributària en el cas de l'Impost sobre l'Increment del Valor dels Terrenys de Naturalesa Urbana, si és que l'Administració quantifica efectivament l'operació. En cas contrari, que s'habiliti autoliquidació però amb les mesures de comprovació pertinents.

10. En la quantificació de les taxes s'haurien d'incloure criteris que amidin la capacitat econòmica dels obligats que utilitzen el domini públic, o a aquells als quals se'ls presta el servei o l'activitat.

11. És necessari ésser més rigorosos en els estudis economicofinancers a l'hora de quantificar les taxes. Caldria corregir la quantificació d'aquests serveis de manera que permetés finançar conforme al seu cost el servei públic en qüestió, per a no obtenir un cost deficitari.

12. Cal que els Ajuntaments fixin el cost de mercat de la utilització privativa del domini públic en el cas de la telefonia mòbil.

13. Creació de noves taxes, com per exemple, la que retribueixi els serveis que presten els ajuntaments pels grans espectacles públics, o l'entrada en determinades ciutats.

14. S'haurien d'utilitzar més assíduament les contribucions especials, com a forma idònia tributària de sufragar determinades obres i servei que afecten o beneficien de manera particular els contribuents. Entenem que el cost polític o electoral del seu ús no té per què entorpir l'ús d'aquest tribut.

15. Entenem que l'ús de la mecànica participativa en l'elaboració del pressupost municipal assegura la transparència, conforma els indicadors de despesa que permeten, en definitiva, controlar els resultats i, evidentment, el control extern realitzat per òrgans *ad hoc* permet comprovar de manera més fàcil els resultats pressupostaris obtinguts.

16. Per a la consecució del principi de transparència s'hauria de proposar una metodologia que permeti quantificar el cost dels serveis, amb la finalitat de poder fer la comparació entre els diversos ens locals.

Capítol XI

ELS CONTROLS I LA BONA ADMINISTRACIÓ

Endrius Cocciolo
Professor Lector de Dret Administratiu (URV)

Joan Lluis Pérez Francesch
Professor Titular de Dret Constitucional (UAB)

Judith Gifreu Font
Professora Titular de Dret Administratiu (UAB)

Javier Requejo Garcia
Interventor
Doctorand en Prevenció i Seguretat (UAB)

Alessandra Serio
Doctora en Dret Administratiu (Università del Salento)

SUMARI: **1. El control intern. Introducció i evolució –2. El control intern de les entitats locals** –2.1. Els subjectes de control intern en les entitats locals –2.2. El control polític –2.3. El control jurídic i juridicofinancer –2.3.1. El pressupost –2.3.2. El personal –2.3.3. La contractació –2.3.4. Les subvencions **–3. Bona administració i controls externs no jurisdiccionals –4. L'ombudsman: els orígens d'una institució de defensa cívica** –4.1. Defensor del Poble, Síndic de Greuges i bona administració local: significació institucional –4.1.1. L'abast de la supervisió de l'activitat administrativa –4.1.2. Les actuacions del Síndic de Greuges –4.1.3. El control sobre l'Administració Local: alguns problemes –4.2. Experiències nacionals comparades –4.2.1. Suècia –4.2.2. Finlàndia –4.2.3. Dinamarca –4.2.4. França –4.2.5. Regne Unit **–5. Característiques comunes de les diferents experiències –6. Altres guardians de la bona administració** –6.1. L'Oficina Antifrau de Catalunya –6.2. La sindicatura de Comptes de Catalunya –6.2.1. Competències –6.2.2. Problemes **–7. La convergència dels ordenaments nacionals cap a una noció comuna de "bona administració".**

1. El control intern. Introducció i evolució

A mesura que les societats es fan més complexes cobra importància l'estudi de com es prenen les decisions en l'Administració. L'atenció dels ciutadans se centra en la capacitat de gestió de les seves administracions, sobretot al món local quant a administració més pròxima i prestadora fonamental de serveis. Aquesta capacitat és la que, en darrera instància, legitimarà l'acció de govern, atès que comença a tenir més importància el principi d'eficàcia que el procediment legalista propi de la burocràcia. Ja no només importa la legalitat de l'actuació de les nostres corporacions locals, ara se'ls exigeix eficàcia, eficiència i qualitat. Ja que el control intern que es desenvolupa en les nostres entitats ha de seguir aquesta evolució, exposarem un sistema de control que tracta de respondre a aquestes expectatives socials mesurant l'eficàcia i eficiència de la nostra Administració Local.

Per tal de situar el control intern de les entitats locals, sembla oportú, si més no breument, exposar els reptes que avui dia tenen les nostres corporacions. Sense ànim de plantejar cap debat doctrinal, l'autonomia local, la conveniència d'una més gran o menor descentralització o d'un augment dels recursos locals són temes tots ells sens dubte de gran interès, però que excedeixen amb escreix el propòsit d'aquest treball. Ens limitarem a exposar els diferents tipus de control intern que existeixen en la nostra legislació, i a realitzar una sèrie de propostes sobre com portar-los a terme.

Prenem com a primera referència el Primer Esborrany del Llibre Blanc per a la Reforma del Govern Local a Espanya, en què es posa de manifest que "els ajuntaments han deixat de ser organitzacions de rendiment que actuen en un entorn simple i previsible, i han passat a ser organitzacions estratègiques que han de donar resposta als efectes més inquietants de la globalització, neutralitzant les seves amenaces i aprofitant les oportunitats que obre." Per tant "queda lluny la lectura de l'autonomia local com a autonomia administrativa vinculada a la gestió d'uns interessos privatius del municipi. L'autonomia local és autonomia política, amb capacitat per ordenar i gestionar sota la pròpia responsabilitat una part substancial dels assumptes públics mitjançant l'impuls de polítiques pròpies."

Més endavant, després d'enunciar els articles 3.1[385] i 4.1[386] de la Carta Europea d'Autonomia Local, es recorda que aquesta defineix l'autonomia local en positiu, en el sentit de donar contingut a un poder polític legitimat democràticament. Per tant, els municipis han de tenir una sèrie de competències que han de compartir amb l'Estat i les comunitats autònomes.

És obvi, com assenyala l'esborrany dins els reptes del govern local contemporani, que aquests s'han vist condicionats per les profundes transformacions socials dels últims anys, de manera que es reclamen noves formes i noves prioritats en el món local. Els ajuntaments han de seguir prestant els mateixos serveis que venien realitzant, però com s'assenyala en el document "aquestes mateixes coses les han de fer d'una altra manera, i han de fer coses noves".

Sense entrar en l'anàlisi de tots els reptes que avui dia ocupen a les nostres corporacions, és veritat que s'ha produït un canvi de paradigma, de manera que les entitats locals, superat el model burocràtic, dirigeixen la seva activitat i els serveis cap als seus ciutadans-clients mitjançant la implantació de noves tècniques de gestió i preocupades per la qualitat i sostenibilitat d'aquests serveis que presten, així com pel grau de satisfacció dels veïns que els reben.

---

[385] Article 3.1 Carta Europea d'Autonomia Local (ratificada per Espanya el 20 de gener de 1988, BOE núm. 47, de 24 de febrer de 1989) : "Por autonomía local se entiende al derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes."

[386] Article 4.4 CEAL: "Las competencias encomendadas a las Entidades locales deben ser normalmente plenas y completas. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley."

El control de les entitats locals va patir un gran canvi arran de l'aprovació de la Constitució de 1978. En poc temps, va donar lloc a la Sentència del Tribunal Constitucional de 2 de febrer de 1981, que va declarar contràries a l'autonomia local les previsions de la Llei de Règim Local de 1955 fins aleshores vigent. Durant la vigència d'aquesta llei es va mantenir, com assenyala Parada[387] "el arsenal de poderes de suspensión o destitución gubernativa y la disolución misma de toda la Corporación, juntamente con el control sobre la legalidad y oportunidad de la actividad y actos de los entes locales, mediante la trilogía de las formas de tutela: la anulación[388], la aprobación[389] y la sustitución[390]". Aquest sistema de control va sobreviure a èpoques tan diverses com la Restauració, la Dictadura de Primo de Rivera, la Segona República i tot el règim franquista.

Amb l'aprovació de la Constitució, es proclama en el seu article 137 l'autonomia dels municipis, províncies i illes per a la gestió dels seus respectius interessos. Arran d'aquest pronunciament, el Tribunal Constitucional va tenir oportunitat de perfilar els trets bàsics de l'autonomia local en la, ja citada, Sentència de 2 de febrer de 1981, en què va afirmar que "el principi d'autonomia és compatible amb l'existència d'un control de legalitat sobre l'exercici de les competències, per bé que entenem que no s'ajusta a aquest principi la previsió de controls genèrics i indeterminats que situïn les entitats locals en una posició de subordinació o dependència gairebé jeràrquica de l'Administració de l'Estat o altres entitats territorials. En qualsevol cas, els controls de caràcter puntual hauran de referir-se normalment a supòsits en què l'exercici de les competències de l'entitat local incideixin en interessos generals concurrents amb els propis de l'entitat, siguin del municipi, la província, la comunitat autònoma o l'Estat". Per tant, l'autonomia que la Constitució garanteix a les entitats locals "quedaria afectada en els supòsits en què la decisió corresponent a la gestió dels interessos respectius fora objecte d'un control d'oportunitat de manera que la presa de la decisió vingués a compartir-se per una altra administració. Això, naturalment, llevat d'excepció que pugui fonamentar-se en la mateixa Constitució….".

Posteriorment a la sentència, s'aprova la Llei de Bases de Règim Local que, tal com assenyala en el seu preàmbul, desenvolupa la garantia constitucional de l'autonomia local. Aquesta norma elimina els controls governatius directes, reconeixent excepcionalment en el seu article 61 la potestat de dissolució dels òrgans de les corporacions locals en el supòsit de gestió greument danyosa per als interessos generals

---

[387] PARADA VÁZQUEZ, J.R., "La segunda descentralización del Estado autonómico al municipal", a *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, p. 66

[388] *L'anul·lació* es podia exercir sense intervenció del jutge d'ofici o a través de la resolució dels recursos interposats pels particulars.

[389] *La substitució* permitia a l'Estat de reemplaçar l'activitat dels òrgans executius de les entitats locals per la seva pròpia, quan aquests es negaven o es retardaven en el compliment d'obligacions legals.

[390] *La tutela d'aprovació* suposava que en determinades matèries les autoritats locals no podien actuar soles, sense comptar amb el vistiplau de l'autoritat estatal. De manera que permitien controlar per l'Estat assumptes de tanta transcendència com l'aprovació dels pressupostos, etc.

que suposi incompliment de les seves obligacions constitucionals. Aquests canvis van portar autors com NIETO[391] a qualificar l'autonomia local, reconeguda constitucionalment, d'irresponsable, atès que les decisions municipals "ni són tutelades a priori per una altra administració pública ni tampoc controlades a posteriori, ja que només es mantenen els controls judicials i del Tribunal de Comptes". Tanmateix, els Tribunals de Comptes estatals i autonòmics en diverses ocasions no han donat els resultats esperats i la justícia és lenta i costosa. Per tant, estem fermament convençuts que un adequat exercici del control intern permetria millorar l'efectivitat del control extern per les següents raons:

– Pel que fa als Tribunals de Comptes, tant estatals com autonòmics, estem segurs que un adequat control intern permetria a les entitats locals complir puntualment en la rendició de comptes als òrgans externs de control, tant pel que fa al moment en què s'han de presentar, com al contingut d'aquests fixat en la llei. Una millora substancial en la presentació de comptes per part de les entitats locals, sens dubte, seria un gran suport a la funció fiscalitzadora d'aquests tribunals. És clar que la col·laboració del controlat amb el controlador facilita moltíssim la seva tasca, cosa que ampliaria sens dubte les possibilitats de control i permetria a aquests plantejar-se nous reptes. La cooperació entre el control intern i l'extern és fonamental per a arribar al control total.

– Pel que fa als tribunals ordinaris, el model de fiscalització interna que exposarem obligarà que cada acte que es dicti per l'entitat local, respongui a una planificació prèvia i a un objectiu concret que haurà d'haver superat el control polític que correspongui així com el jurídic. De manera que s'intenta reduir als mínims l'existència d'actes contraris a la llei o mancats de motivació.

2. El control intern de les entitats locals

Ja hem descrit els grans reptes a què s'enfronten les entitats locals avui dia, així com entrevist la necessitat que adoptin un nou model de gestió. De fet, "és la necessitat de servir, de millorar contínuament el que fem per oferir als nostres ciutadans/clients millors i més barats serveis el que ens empeny a migrar des d'una cultura burocràtica garantista cap a una altra cultura de gestió basada en l'economia, l'eficàcia i l'eficiència que, per descomptat, se sotmet als controls de legalitat establerta" [392].

En aquesta filosofia de millora de la gestió apareix la necessitat de modernitzar les nostres organitzacions locals així com els seus processos de gestió. Òbviament, els òrgans encarregats del control han de comprometre's amb aquests canvis i implicar-s'hi, proposant noves fórmules de control adaptat a aquests avenços. Seria interessant que

[391] NIETO, A., *El desgobierno de lo público,* Ariel, Barcelona 2008, p. 290.
[392] Pautes per a l'aplicació de les normes ISO 9000 en les corporacions locals. Document elaborat per la Federación Española de Municipios y Provincias, febrer 2003, p. 10.

prenguessin com a referència les propostes que fa l'informe COSO,[393] que des de la seva publicació el 1992, s'ha convertit en una referència quant a control intern. En aquest informe es defineix un marc conceptual del control intern, capaç d'integrar les diverses definicions i conceptes que eren utilitzats sobre aquest tema, aconseguint així que a nivell de les organitzacions públiques o privades, de l'auditoria interna o externa, o dels nivells acadèmics o legislatius, es compti amb un marc conceptual comú, una visió integradora que satisfaci les demandes generalitzades de tots els sectors involucrats.

La definició de control intern que ens ofereix l'informe és la següent: "Procés efectuat pel consell d'administració, la direcció i la resta del personal d'una entitat, dissenyat per tal de proporcionar un grau de seguretat raonable pel que fa a la consecució d'objectius dins les següents categories: 1) eficàcia i eficiència de les operacions. 2) confiabilitat de la informació financera. 3) Compliment de les lleis i normes aplicables."

Examinem aquests objectius i el seu possible encaix al món local:

1) El primer es refereix als objectius del negoci, entesos en termes de rendibilitat o rendiment de les operacions de l'empresa o l'organització. En una entitat local, es podria mesurar mitjançant un sistema d'indicadors com exposarem més endavant.

2) El segon pretén garantir que l'empresa disposi d'informació financera certa, fiable, i, molt important, que aquesta informació s'obtingui tempestivament, això és, quan calgui i que sigui útil. En les nostres entitats locals ja són moltes les veus que propugnen la necessitat d'introduir una comptabilitat analítica o de gestió. Farem propostes respecte d'aquest tema.

3) L'últim es refereix a la seguretat del compliment de totes les normes que afectin l'empresa. En el cas d'una entitat local, aquest és un dels principals objectius dels òrgans controladors com a conseqüència dels múltiples mandats constitucionals referents a això.

L'èxit d'aquests objectius es basa en els següents cinc components que es converteixen en el mitjà per a obtenir els resultats esperats. Els enumerem breument, atès que són els pilars que proposem sobre els quals anirem construint l'escenari de control intern en les nostres entitats locals[394]:

---

[393] Plasma els resultats de la tasca realitzada durant més de cinc anys pel grup de treball que la TREADWAY COMMISSION, NATIONAL COMMISSION ON FRAUDULENT FINANCIAL REPORTING va crear als Estats Units el 1985 sota la sigla COSO (COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS). El grup estava constituït per representants de les següents organitzacions: American Accounting Association (AAA), American Institute of Certified Public Accountants (AICPA), Financial Executive Institute (FEI) Institute of Internal Auditors (IIA), Institute of Management Accountants (IMA). La redacció de l'informe va ser encomanada a *Coopers & *Lybrand

[394] http://212.9.83.4/auditoria/home.nsf/COSO_2!OpenPage

1. *L'entorn de control*. És la base en què es recolzen els 4 components restants del control intern. L'entorn de control es refereix al que podríem anomenar "cultura" o "actitud" generalitzada de l'empresa respecte al control. Cal analitzar elements com la integritat de les persones (a tots els nivells), els valors ètics, l'estil o filosofia de gestió, etc.
2. *L'avaluació dels riscos*. Els riscos es defineixen com tots aquells elements o circumstàncies que podrien impedir que l'empresa assolís els seus objectius. Atès que l'empresa desenvolupa la seva activitat en un entorn cada vegada més competitiu, dinàmic i canviant, ha de disposar de certs mecanismes que avaluïn constantment l'entorn i garanteixin que l'empresa es va adequant a aquest.
3. *Les activitats de control*. Les activitats de control són totes aquelles mesures, de la més diversa natura, que serveixen per a assegurar que el negoci de l'empresa, en tots els seus aspectes, està sota control. Són els típics controls que es revisen en el marc d'una auditoria externa: aprovació i autorització de les transaccions, controls d'accés, etc.
4. *La informació i la comunicació*. La informació és essencial perquè l'empresa pugui funcionar i perquè la direcció prengui decisions encertades. És important no confondre aquí l'objectiu de fiabilitat de la informació amb elements del Control Intern. En aquest context la informació que empra l'empresa, i la correcta comunicació i flux de la mateixa, de manera ràpida entre, els departaments i nivells de l'empresa, és essencial per al bon funcionament d'un sistema de control intern.
5. *La supervisió*. Com qualsevol sistema, també el sistema de control intern necessita supervisió per a funcionar correctament. En aquest sentit, la supervisió és un procés que comprova que el sistema de control intern funciona correctament. Aquesta supervisió l'ha de realitzar la direcció de l'empresa, però està clar que és aquí, en aquestes revisions, on el treball dels auditors interns es fa més important.

Aquest escenari sembla el més idoni per superar la dicotomia fins ara existent entre legalitat i eficàcia, d'acord amb la proposta que ens fa ALEJANDRO NIETO [395] del "màxim d'eficàcia dins la legalitat o, si es vol, l'eficàcia com a objectiu i la legalitat com a límit".

2.1. Els subjectes de control intern en les entitats locals

Dins les entitats locals existeixen dos tipus de subjectes amb facultats per controlar l'actuació del govern local. D'una banda, els polítics, atès que "entre govern i administració es pot traçar una distinció tant des del punt de vista de l'estructura com de les funcions", i d'altra banda els tècnics. En aquest sentit, la disposició addicional segona de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (abans de l'aprovació de l'Estatut es

[395] NIETO, A., *El desgobierno…,* op. cit., p. 218.

contenia en l'article 99 de la LBRL) atribueix als funcionaris amb habilitació de caràcter estatal les funcions de:

- Secretaria, comprensiva de la fe pública i l'assessorament legal preceptiu.
- Control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària, i la comptabilitat, tresoreria i recaptació.

D'acord amb l'EBEP, l'article 213 del Reial decret legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, imposa el control intern pel que fa a la gestió econòmica de les entitats locals, els organismes autònoms i les societats mercantils dependents d'aquestes, en la seva triple accepció de funció interventora, funció de control financer i funció de control d'eficàcia.

Examinat des d'un punt de vista subjectiu el control intern, exposarem ara els diversos tipus de control intern que existeixen en una corporació local.

3.2. El control polític

El regidor de la corporació, en paraules del Tribunal Constitucional en la Sentència 173/2004 de 18 d'octubre per la seva condició de membre –no d'òrgan– de l'Ajuntament, que és, al seu torn, l'òrgan de govern i administració del municipi i per al qual és escollit «mitjançant sufragi universal, lliure, directe i secret» dels veïns (art. 19.2 LBRL en relació amb l'art. 176 i següents de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny [RCL 1985, 1463 i RCL 1986, 192] , del règim electoral general), està legitimat per impugnar l'actuació de la corporació local a què pertany, per l'interès concret que ostenta en el correcte funcionament d'aquesta corporació en virtut del seu mandat representatiu. És a dir, en virtut de la seva condició de regidor té un plus de responsabilitat pel que fa al correcte funcionament de la corporació a què pertany.

Per aquest motiu comencem parlant de la funció de control intern que els regidors poden exercir sobre l'actuació municipal, atès que moltes vegades els tècnics menyspreen l'efectivitat que l'esmentat control pot tenir, per bé que és cert que en principi només els correspondria el control d'oportunitat de les decisions preses pel que fa a la seva condició de polítics. Tanmateix, només cal fer una succinta repassada a la jurisprudència contenciosa administrativa del nostre país per constatar la importància que ha tingut en el món local el control exercit pels representants electes de les nostres entitats, que en massa ocasions s'han vist obligats a interposar recursos que han donat com a resultat innumerables sentències que es pronunciaven sobre la il·legalitat de l'actuació municipal.

És a dir, que com a conseqüència del control que a ells els correspon, han instat el control jurisdiccional, que com sabem és estrictament de legalitat i a posteriori, cosa que normalment posa de manifest un error en el control intern que prèviament ha tingut lloc en la corporació. Per tant, encara que sigui breument, interessa examinar el paper de

control dels representants electes. Les principals manifestacions del control polític les trobem en les normes de funcionament dels òrgans locals continguts en la legislació local, que tracten de garantir la transparència en l'actuació d'aquests com a òrgans decisoris.

De les normes que permeten el control per part de l'oposició cal destacar-ne dues. En primer lloc, l'article 46 de la Llei Reguladora de les Bases de Règim Local que estableix una part de la sessió plenària amb una substantivitat mateixa i diferenciada de la part resolutiva que ha de garantir "de manera efectiva en el seu funcionament i, si escau, en la seva regulació, la participació de tots els grups municipals en la formulació de precs, preguntes i mocions". En segon lloc, l'article 84 del Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les corporacions locals que assegura l'accés dels membres de la corporació a tota la informació i la documentació necessària per a l'adopció dels acords, cosa que els permet tenir coneixement exhaustiu dels expedients.

La realitat diu que aquests preceptes no sempre es compleixen. En alguns cassos es posen traves a l'accés a la informació, per part de la Intervenció Municipal o les actes de juntes de govern no són conegudes per l'oposició, la qual cosa provoca la seva ignorància de bona part dels assumptes locals. El model d'organització que va imposar la Llei 57/2003 de modernització de govern local continua la línia que es va començar a traçar el 1999 de copiar l'organització estatal, establint un sistema de govern pràcticament parlamentari, reduint les competències del ple a l'aprovació d'ordenances i reglaments que presenta la Junta de Govern Local. El que implica que l'administració "forta" la realitzin la Junta de Govern Local i l'alcalde. No obstant això, per motius que ara no procedeix exposar, les fórmules de control parlamentari del Govern estatal són de difícil translació a l'àmbit municipal, ja que els municipis es dediquen més a una activitat d'administració que de direcció política. Tenint en compte aquesta nova configuració, ens semblen insuficients els controls plenaris que preveu la legislació, atès que el gruix de l'activitat municipal es desenvolupa en una Junta de Govern Local poc transparent, a la qual els grups de l'oposició hi tenen difícil accés.

L'instrument que proposem per solucionar aquests problemes és el *reglament orgànic* municipal. Efectivament, creiem que la majoria de les qüestions que hem plantejat més amunt trobarien solució mitjançant la seva regulació en el Reglament Orgànic municipal. Aquesta figura no és ni de bon tros nova, però en la nostra opinió s'ha infrautilitzat en les nostres corporacions. El *reglament orgànic* s'ha definit com "un acte normatiu de caràcter general, aprovat en exercici de la potestat reglamentària o d'ordenança, mitjançant el qual es fa efectiva la potestat d'autoorganització"[396].

[396] D'ANJOU GONZALEZ, J., "El reglamento orgánico en la Ley 7/85 de 2 de abril", a *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 513, 1986.

Aquest reglament tindria una doble utilitat. En un primer lloc, en ser un document municipal seria de fàcil coneixement per tots els regidors, això facilitaria la seva tasca, atès que podrien trobar ràpidament tota la normativa referent a sessions, conèixer els seus drets d'informació, el funcionament dels òrgans, etc., sense la necessitat d'acudir als diferents textos normatius que no tenen per què conèixer. En segon lloc, aquest reglament, a més de recollir els preceptes legals bàsics, per tant de regulació indisponible, que regulen les qüestions vistes, podrien més enllà d'aquestes normes, dotar-se de normes de caràcter intern de funcionament d'acord amb la doctrina fixada per la STS de 27 de març de 1985, regulant aspectes que permetin millorar el control per part dels polítics de l'oposició així com dels ciutadans. Com a exemple, fem les següents propostes:

- Establir un sistema d'informació que faciliti als grups de l'oposició l'accés a aquesta, no només pel que fa a aquells assumptes que requereixin tramitació plenària, sinó també a aquells altres la decisió dels quals no correspon al ple. Es tractaria de dissenyar un sistema operatiu i àgil que permetés aquest accés, dotant de més gran transparència la gestió municipal.

- Regular les intervencions en els òrgans col·legiats, de manera que s'aconsegueixi la màxima igualtat en tots els debats. Són freqüents les queixes que en aquest sentit es produeixen per part de molts regidors tant en sessions plenàries, com en comissions.

- Establir un calendari per a determinats assumptes, per exemple objeccions de l'interventor (més enllà de l'obligació genèrica de l'article 218 del TRLRHL), regular cada quant temps hauran de dur-lo al ple, cosa que facilitarà una fiscalització puntual per l'oposició i els ciutadans.

- Regular un sistema de queixes o de propostes als diversos òrgans municipals, cosa que té molt a veure amb temes de participació ciutadana i nous models de gestió que escapen de la nostra comesa. Però, òbviament, també complirien una funció fiscalitzadora.

Aquests i alguns altres podrien ser els continguts del *reglament orgànic*, que més enllà de les utilitats descrites, presenta un altre valor afegit, i és que l'aprovació d'aquest (recordem que requereix un ampli consens, majoria absoluta segons l'article 47de la LBRL) i la seva utilització per dotar-lo de tot aquest contingut, permetria a tots els implicats conèixer les regles del joc abans de començar, cosa que és especialment important en corporacions mitjanes i petites, a més d'anar generant hàbits sans dins la corporació, o el que és el mateix, l'entorn de control a què es referia l'informe COSO.

2.3. Control jurídic i juridicofinancer

D'acord amb l'enunciat diferenciem, dins el control administratiu, el que és estrictament jurídic, que "atén a l'eficàcia jurídica dels actes administratius", i el que és juridicofinancer, que es refereix a un "control tècnic relacionat amb els efectes econòmics i que constitueix la base per al control financer intern de legalitat[397]". Ja hem assenyalat que els subjectes responsables del control jurídic intern són els funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, ja que el sistema de control intern que proposem intenta un grau de seguretat raonable pel que fa a la consecució d'aquests mateixos objectius.

Abans d'entrar a analitzar els diferents instruments que proposa la llei per a l'exercici del control intern, creiem que és indispensable fixar a priori l'objecte de control. És a dir, quina serà l'activitat municipal que haurem de controlar. Això respon a dos motius, primer, perquè havent definit el que es farà és molt més fàcil saber cap a on hem de dirigir els nostres esforços; a més, una planificació adequada eliminaria les elevades dosis d'improvisació que per desgràcia caracteritzen el món local d'avui dia, sobretot en els municipis de dimensions més petites. Això facilitarà que les coses es puguin fer correctament, ja que si prenguéssim testimoni als funcionaris estatals, la majoria testificarien que la mala tramitació de molts expedients respon a una falta de planificació. Per tant, el primer objectiu és elaborar una planificació. L'article 99.2 de la Constitució es refereix al programa polític que haurà de presentar a les Corts Generals el candidat a president del Govern, per bé que aquest programa és un compromís polític, i en cap cas jurídic, de manera que ningú podrà exigir el seu compliment davant els tribunals. La nostra proposta està en aquest camí, atès que no existeix un mandat similar en l'Administració Local, entenem que seria bo que l'equip de govern elaborés una estratègia al principi de la legislatura d'acord amb el seu programa electoral. Planificar és traçar per endavant el camí a seguir per tal d'anticipar-se al futur i no deixar-se dominar per ell. Una altra definició important de planificar que interessa en aquest moment és la que descriu *planificar* com "posar en marxa el conjunt d'activitats mitjançant les quals es fixen els objectius i es determinen les línies d'acció més apropiada per a aconseguir-los".

Una vegada presentada aquesta estratègia, correspon a tota l'organització posar-la en pràctica de la manera més eficient possible, cosa que exigeix fixar objectius i responsabilitats, verificables a posteriori, i destinar-hi els recursos necessaris. Planificada la que serà l'actuació municipal, analitzarem els mitjans que tenim per fer-la realitat, que serviran per a dur a terme el control intern en l'entitat.

[397] MARTÍNEZ TAPIA, R., "El control interno de las Corporaciones Locales" a *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 59, 1989.

2.3.1. El pressupost

El primer mitjà de control és el pressupost que anualment han d'aprovar les entitats locals, d'acord amb els articles 112 de la Llei de Bases de Règim Local i 164 del Text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals. Malgrat l'obligatorietat d'aquesta aprovació, un bon nombre de corporacions locals, sobretot mitjanes i petites, prorroguen els seus pressupostos cada any, per tant, el primer èxit seria aconseguir, gràcies a la planificació d'activitats anunciades, que l'esmentat document es realitzés cada any puntualment.

Introduïts en matèria, proposem l'elaboració d'un pressupost per objectius. Efectivament, d'acord amb la planificació presentada, s'han de fixar objectius concrets que es transformin en partides pressupostàries que han de servir a aquests. La fixació dels objectius constitueix un punt clau en el procés de programació i de pressupostació; definits els objectius, cal determinar les activitats per assolir-los[398]. Només amb aquesta gestió per objectius serem capaços de realitzar un control d'eficàcia, eficiència i economia.

El següent pas de la nostra proposta seria implantar un sistema de comptabilitat de gestió. Entre la normativa que justifica aquesta implantació destaca l'article 31.2 de la Constitució, que estableix que "la programació i l'execució de la despesa pública respondrà als criteris d'eficiència i economia", la Llei General Pressupostària, la Llei 8/89 de Taxes i Preus Públics que exigeix un càlcul del cost dels serveis. Referent a això, cal dir que els ajuntaments de més de 50.000 habitants estan obligats a presentar una memòria amb el cost d'aquests. No obstant això, més enllà de l'obligació legal, creiem fermament en les virtuts de l'administració d'aquesta comptabilitat, atès que permetrà al gestor adoptar les seves decisions amb la informació adequada. Quin sentit té en el món actual que una entitat pública es proposi desenvolupar un servei sense saber el cost que pot tenir, o que desconegui el que es gasta en els serveis essencials que presta? És obvi que cap empresari responsable prescindiria d'aquestes dades a l'hora de decidir; com és possible que la majoria de les decisions que s'adopten, finançades amb diners públics no tinguin aquestes dades en compte? La implantació d'aquesta comptabilitat permetrà un exercici molt més responsable del poder, per tant, hem de proposar la seva incorporació immediata. Així assoliríem el segon dels objectius que l'informe COSO proposa per al control intern, la confiabilitat de la informació financera.

Per tancar el cercle seria oportú també establir indicadors de gestió que permetin obtenir dades pel que fa a la consecució dels nostres objectius. D'aquesta manera, es podrà desenvolupar, més enllà del control de legalitat, un control d'eficàcia i eficiència.

---

[398] Document 15 de l'*Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*. *La Contabilidad de Gestión en las Entidades Locales.*

En relació amb el pressupost de l'entitat local, el Tribunal de Comptes, en la moció sobre el control intern, l'administració de la comptabilitat, la gestió de personal i la contractació de les entitats locals publicades al BOE el 5 d'abril de 2007, ha posat de manifest una sèrie de deficiències en l'exercici de la funció interventora. Convé exposar-les ara, per veure algunes possibles solucions. La funció interventora d'acord amb l'article 214. 2 comprèn:

- La intervenció crítica o prèvia de tot acte, document o expedient susceptible de produir drets o obligacions de contingut econòmic o moviment de fons de valors.
- La intervenció formal de l'ordenació del pagament..
- La intervenció i comprovació material de les inversions i de l'aplicació de les subvencions.

Segons l'experiència del Tribunal, l'exercici de la funció interventora no es realitza de manera adequada i completa atès que, en la majoria de les entitats locals, no s'efectua de forma sistemàtica la fiscalització prèvia a què es refereix el primer apartat anterior, i en els casos en què les entitats fan ús de la facultat que atorga l'article 219 del TRLRHL de realitzar una fiscalització prèvia limitada dels drets i obligacions, s'incompleix l'obligació de realitzar-ne una de posterior sobre una mostra representativa de l'ingrés i de les despeses.

A més, exposa que l'exercici de la funció interventora, que com sabem correspon a funcionaris amb habilitació de caràcter nacional, està condicionat per diverses circumstàncies. Únicament parlarem d'aquelles a les quals podem aportar alguna solució o idea, atès que els condicionaments que es refereixen a l'ocupació de llocs per habilitats estatals, o fins i tot el tema de cada vegada més gran dependència de la corporació que han de controlar, són àmpliament discutits en altres fòrums i en qualsevol cas n'hi ha prou amb llegir la moció per comprendre els arguments que exposa el Tribunal.

Sí que ens interessen dos apunts del Tribunal, atès que ens sumem a les seves recomanacions. En primer lloc, en aquelles corporacions en què no s'apliqui el règim de grans municipis i en què no es creen llocs de col·laboració reservats a habilitats, entenem que sí seria convenient atorgar la responsabilitat administrativa de l'administració de la comptabilitat a un membre de la corporació, separant les funcions de comptabilitat i fiscalització. En segon lloc, entenem que és molt convenient fer cas de la recomanació de separar la gestió de la fiscalització. Tot aquell que conegui el funcionament d'un municipi petit sap la dificultat d'aquesta proposta, a causa del fet que l'escassetat de mitjans fa que als habilitats els toqui fer gairebé de tot. No obstant això, pensem que almenys havent realitzat una bona planificació prèvia es podrien relaxar les exigències de gestió a aquest personal, que en qualsevol cas no els corresponen, per a així poder realitzar la fiscalització, que sí tenen encomanada per llei. Com es veu, intentem ser el més realistes possible en el sistema de control que proposem, amb la intenció que realment es pugui posar en pràctica.

El Tribunal també posa de manifest un bon nombre de deficiències pel que fa al control financer i d'eficàcia. La introducció d'una cultura de costos ajudaria a reparar-les, com ja hem exposat. De les propostes que realitza el Tribunal, en destaquem les següents:

- Desenvolupar reglamentàriament el règim de control i fiscalització establert en el Text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, en la seva triple accepció de funció interventora, i funció de control financer i d'eficàcia. Efectivament, ens sumem a aquesta proposta, i animem que siguin les bases d'execució del pressupost on es regulin, les prevencions que es considerin oportunes per a la millor realització de les despeses i la recaptació dels recursos. En les bases hauria de sistematitzar-se el sistema de control que s'entengui més adequat a les circumstàncies de cada corporació. Ha de fer-se el màxim desenvolupament possible regulant qüestions com ara la tramitació de les diferents despeses, com poden ser les subvencions, els contractes menors, els mètodes de fiscalització que s'utilitzaran, la periodicitat amb què es presentaran al ple les resolucions del president contràries a les objeccions formulades per l'òrgan interventor, entre altres. És important en aquestes bases el fet de dissenyar el pla d'auditoria que es durà a terme, disposant els mitjans humans i materials per realitzar el que es proposa, o contractant externament i dirigint des de dins el procés. En consonància amb l'administració de la comptabilitat de costos, creiem que s'han de realitzar procediments d'auditoria, no només per tal de verificar les dades de la liquidació del pressupost i el compte general, sinó també per tal de comprovar l'eficiència, l'eficàcia i l'economia de l'entitat local.

- Recollim també les propostes del Tribunal quant al fet que les comunitats autònomes i diputacions provincials fomentin l'agrupació de municipis petits per al sosteniment en comú del lloc de secretaria, per tal d'assegurar un correcte exercici d'aquestes funcions tan importants.

2.3.2. El personal

En matèria de personal, creiem que seria suficient amb el fet de complir les prescripcions legals. En concret, amb els passos que ens indica l'article 90 de la Llei de Bases de Règim Local, es resoldrien la majoria dels problemes que es plantegen en aquest camp. Vegem-los:

> "Corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual.
>
> Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general.

> Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública….
>
> ….Las Corporaciones locales constituirán Registros de personal, coordinados con los de las demás Administraciones Públicas, según las normas aprobadas por el Gobierno. Los datos inscritos en tal registro determinarán las nóminas, a efectos de la debida justificación de todas las retribuciones."

A partir d'aquí, l'article 91 estableix la publicació de l'oferta d'ocupació pública, a partir de la qual se seleccionarà el personal mitjançant convocatòria pública i d'acord amb els principis de mèrit i capacitat. La nostra proposta és simplement cenyir-se a la llei, encara que ens avergonyeixi per l'obvietat que suposa. Això implica tenir aprovada la Llista de llocs de treball, instrument organitzatiu essencial d'acord amb el contingut de l'article 74 de l'EBEP, per saber els mitjans de què disposem en l'organització. A partir d'aquí, i atès que hem realitzat una planificació i fixat els objectius, caldria aprovar la plantilla en el marc dels pressupostos i, si cal, aprovar l'oferta d'ocupació pública per contractar, segons aquesta, el personal necessari mitjançant convocatòria pública i conforme als principis d'igualtat, mèrit i capacitat que marca la llei. Actuant d'aquesta manera i pressuposant la bona fe dels nostres representants, es repararien les deficiències que també en aquest camp ha assenyalat el Tribunal en la moció esmentada. Aquesta denuncia la inexistència de llistes de llocs de treball en les corporacions locals, la falta d'elaboració de llocs de treball per part de les corporacions locals, la carència de registre de personal, l'incompliment sistemàtic dels principis de mèrit i capacitat en la selecció acudint a la laboralització de determinades places entre altres mètodes, i finalment la regulació unitària mitjançant conveni col·lectiu de les condicions de funcionaris i laborals. Sobre aquest punt, cridem l'atenció dels òrgans responsables del control, en el sentit que han tenir coneixement i emetre l'informe oportú sobre aquest tipus de convenis. És important almenys que es compleixi amb la remissió a l'Administració de l'Estat i de la comunitat autònoma com assenyala el Tribunal.

Farem un un punt i apart pel que fa al personal de lliure designació, a causa de les seves especials característiques. En aquest sentit cal citar la STC 235/2000 atès que és la primera que coneix un recurs d'inconstitucionalitat contra la lliure designació com a sistema de provisió de llocs de treball. Seguim l'anàlisi que fa el professor JIMÉNEZ ASENSIO[399]: "la sentència diu que la lliure designació igual que el concurs, persegueix assignar el lloc de treball a qui disposi, d'acord amb els principis de mèrit i capacitat, de la qualificació i idoneïtat necessàries per al millor acompliment de les funcions de cada lloc; i en fi, la sentència conclou afirmant que la nota de confiança que acompanya la lliure designació ha de ser referida exclusivament a l'aptitud professional del candidat, posada de manifest pels mèrits esgrimits apartant-se, o pretenent fer-ho, de tota possible

[399] JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2000 parte estudio, ed. Aranzadi, SA, Pamplona.2000.

connotació política que pogués oferir la confiança en què s'assenta aquest sistema de provisió". De manera que estem parlant de confiança política i no professional. L'autor proposa, per fer efectiva la confiança professional, fer efectius, en primer terme, els principis d'igualtat, mèrit i capacitat, i una vegada verificats aquests, es determinar un cercle de persones amb capacitat per exercir el lloc entre les quals pogués actuar la discrecionalitat de l'autoritat.

No entrarem en més valoracions sobre la lliure designació, ja que una anàlisi exhaustiva sobre la seva adequació o no als principis constitucionals ha ocupat i ocuparà gran quantitat de pàgines, però sí que considerem oportú traslladar aquest model de confiança professional al personal de confiança política. És a dir, aquest tipus de personal ha de tenir unes funcions que s'han de fixar clarament i ha de tenir uns objectius que es puguin avaluar. Entenem que no és oportú que a través de la discrecionalitat que es té per a aquests nomenaments s'obri una via perquè entrin a formar part de la corporació aquells que no van ser escollits pel poble, per tant, ha d'establir-se un sistema que permeti justificar la contractació d'aquest personal, el seguiment del seu treball i l'avaluació del compliment dels seus objectius, atès que han de desenvolupar una tasca professional, no política, ja que aquesta correspon als escollits.

2.3.3. La contractació

Més enllà de les deficiències i propostes que realitza el Tribunal de Comptes en la moció a què en ens remetem en aquest moment, les nostres aportacions en la matèria són les següents:

- A més de complir la legalitat vigent i de fiscalitzar cada contracte d'acord amb el que s'hagi establert en les Bases d'execució del pressupost, ens sembla important fer un seguiment d'aquests. Efectivament, és veritat que s'intenta complir el preceptuat pel que fa als processos d'adjudicació, per bé que el Tribunal de Comptes presenta una realitat una mica diferent, però després no es fa un seguiment del compliment del que ha contractat. Els nivells d'exigències de les corporacions locals pel que fa als seus contractistes són mínims. En la majoria de corporacions es contracta un servei però després en ocasions no se segueix ni s'exigeix el seu compliment puntual. Seria un estalvi per les corporacions tenir personal dedicat al control dels contractes, a verificar que aquests realment es compleixen, i que es paga exactament per la cosa que es rep.

- Únicament un petit apunt sobre els contractes d'obres: posem l'èmfasi en la seva adequada previsió i planificació, de manera que es permeti comptar amb tota la documentació necessària, projectes, etc., intentant evitar sorpreses d'última hora en aquesta classe de contractes, en forma de modificats durant l'execució, que disparin el seu preu. Seria interessant que l'òrgan encarregat del control dissenyés

un procés que permeti la comprovació material d'aquests. Es tracta de quelcom difícil de veure en les corporacions petites.

2.3.4. Les subvencions

Finalment, a causa de la importància quantitativa que tenen en determinats pressupostos, farem algunes propostes pel que fa a concessió de subvencions per tal d'evitar que es converteixin en un mecanisme de finançament gratuït d'activitats privades. Caldrà elaborar un pla estratègic de subvencions els objectius del qual han d'anar en consonància amb la planificació presentada. En funció dels recursos disponibles, entenem que cal donar prioritat a certs valors dins l'àmbit dels drets fonamentals, per exemple l'article 27 de la Constitució reconeix el dret a l'educació. Aquest pla haurà de ser publicat com un element més de control, atès que si tècnicament és difícil realitzar certs judicis de valor, ja que en més gran o menor mesura tot pot considerar-se subvencionable, difícilment es podria justificar un sistema d'ajudes públiques que no respon a interessos públics prevalents. Per tant, el coneixement del pla estimularà que la corporació realitzi un bon judici sobre els objectius subvencionables.

A partir d'aquí, s'hauran de concedir les subvencions d'acord amb els requisits de la llei i segons els principis de publicitat, transparència, objectivitat, etc., que aquesta propugna. El següent pas serà realitzar la fiscalització corresponent pel que fa al compliment dels objectius. Aquesta fiscalització és convenient que s'hagi dissenyat en les bases d'execució del pressupost, i fins i tot segons la quantia de la subvenció, es podrien aplicar controls d'eficàcia mitjançant procediments d'auditoria, atès que també pot ser important una avaluació de costos i objectius complets en aquest àmbit.

3. Bona administració i controls no jurisdiccionals

El paràmetre de la "bona administració" no és pas un element estrany a l'experiència dels ordenaments nacionals, en alguns dels quals hi apareix codificat mitjançant normes constitucionals[400]. En d'altres és explicitat en normes de rang ordinari[401] i, en d'altres, si bé encara hi manca un fonament al dret escrit, sí que ja compta amb una força pròpia perquè s'ha reconegut i aplicat als judicis en l'àmbit del control de les actuacions[402].

[400] És el moment de recordar la Constitució finlandesa entrada en vigor el març de l'any 2000, on, a la secció 21, el dret a la bona administració ha estat enumerat entre els drets fonamentals de la persona.

[401] En relació amb això, a totes les lleis dels estats membres que inclouen la "bona administració" com a paràmetre de garantia dels administrats respecte als poders públics s'esmenta la nova llei francesa núm. 321 de 2000 sobre els drets dels ciutadans en les relacions amb l'administració. Amb aquest objectiu cf. B. DELAUNAY, "La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs rélations avec les administrations", *Revue du droit public*, 2000, 1191. Però una referència més o menys explícita al paràmetre de la "bona administració" és possible trobar-la fins i tot en altres lleis nacionals sobre el procediment administratiu: Alemanya (1976), Itàlia (1990), Àustria (1991), Portugal (1991), Espanya (1992), Suècia (1986), Grècia (1999), Holanda (1992) o Luxemburg (1978/79).

[402] És el cas del Regne Unit, on trobem una llei sobre el procediment administratiu on el jutge és cridat a definir els principis que el regulen. Sobre aquest punt vegeu, en particular, J. SCHWARZE, "Judicial review in EC law- Some reflections on the Origins and the actual legal situation", a *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 17.

En l'ordenament espanyol, per exemple, la referència al principi de la bona administració es troba localitzada als articles 9.3, 31.2 i 103 de la Constitució, tot i que de manera implícita ""teniendo presente el marco constitucional en vigor, puede afirmarse que el desarrollo de la función administrativa está sometido a un deber jurídico de buena administración, a un tener que hacer consistente en un mandato de actuación en forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica en su servicio a los intereses generales"[403].

Certament, podem trobar experiències diverses analitzant els sistemes constitucionals dels altres Estats membres, en particular els de derivació escandinava, on la presència d'un subjecte, l'anomenat *ombudsman*, creat amb l'objectiu de conèixer i investigar les pràctiques de "mala administració", tant les impròpies com les il·legals, pressuposa una noció de "bona administració" molt àmplia que es contraposa a aquells ordenaments on, en canvi, es fa referència a casos de mala administració amb l'objectiu de censurar els diversos vicis administratius diferents de la il·legalitat i per obtenir-ne un repartiment precís de la jurisdicció (el poder judicial vigila exclusivament aquests darrers)[404].

El Tractat de Maastricht ha introduït a la Unió la figura del *mediador europeu* (art. 195, ex art. 138 E), nomenat pel Parlament i amb habilitat per rebre les denúncies de qualsevol ciutadà de la Unió, o de qualsevol persona física o jurídica que resideixi o tingui la seu social en un Estat membre, relatives a casos de mala administració en l'acció de les institucions o dels òrgans comunitaris (amb l'excepció de la Cort de Justícia i del Tribunal de Primera Instància en l'exercici de les seves funcions jurisdiccionals)[405]. Estan legitimats per presentar les denúncies les persones físiques i jurídiques; el control no és mediat per l'Assemblea Parlamentària i els casos de mala administració que el mediador ha d'investigar estan circumscrits pel que fa a la legitimació passiva: només els òrgans i les institucions comunitàries poden ser objecte d'investigació, però no pas les autoritats nacionals. Les funcions de l'activitat del mediador estan duplicades pel fet d'actuar tant en favor dels individus com amb la finalitat de control per a l'interès general de la comunitat[406]. Les hipòtesis en les quals pot iniciar-se una investigació del mediador són dues: el mediador pot actuar per pròpia iniciativa (art. 195, paràgraf 2) o bé pot rebre la denúncia d'una persona física o jurídica, fins i tot mancada del requisit de ciutadania europea, però que resideixi o tingui

[403] PONCE SOLÉ J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 156. Vid. també, TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2005

[404] I el cas del Regne Unit, pel que es remet a I. HARDEN, "Citizenship and Information", a *European Public Law*, 2001, p. 169.

[405] Aquesta part del treball defineix i analitza les normes del Tractat on es posa en relleu la figura del mediador. Successivament, al paràgraf 3 del present capítol, l'anàlisi tornarà a la figura del mediador però fent referència a altres normes, amb eficàcia i vinculació diverses, és a dir, els codis de bona conducta.

[406] Sobre el tema de la distinció de les dues funcions, l'una de *redress* (protecció de l'individu), l'altra de *control* (interès de la comunitat), vegeu K. HEEDE, *European Ombudsman: redress and control at Union level*, London-Hague, 2000, p. 7 i ss.; també M. CARTABIA, "Cittadinanza europea", a *Enc. Giur., Aggiornamento*, IV, Roma, 1995, p. 12; G. VAN DEN BROEK, *Le médiateur européen*, Lieja 1996.

la seu en un dels estats membres[407]. El mediador controla i persegueix els casos de mala administració de les institucions i dels òrgans comunitaris, perquè la seva és una activitat peculiar, que persegueix un interès específic: el de la bona administració comunitària.

Això no obstant, davant d'unes dades normatives no homogènies, és possible localitzar un únic fil conductor que amb experiències nacionals diverses permet, en realitat, definir un principi comú que es converteix en "dret" dels individus davant de l'activitat dels aparells estatals, regionals i locals, i que té per únic objectiu la defensa dels drets de la ciutadania. Es tracta d'una mesura no jurisdiccional que, nascuda en alguna experiència nacional, ha permès l'aparició del dret de la ciutadania a la bona administració, en la mesura en què és constituïda pròpiament amb l'objectiu de posar remei no només a la il·legitimitat de l'actuació administrativa sinó, per damunt de tot, a la seva injustícia, incorrecció i irregularitat.

4. L'*ombudsman*: els orígens d'una institució de defensa cívica

La institució de l'*ombudsman* neix a Suècia amb la Constitució del 6 de juny de 1809 (art. 96 i següents). Com a representant del Parlament, tenia la tasca de vigilar l'aplicació de les lleis i dels reglaments dels jutges i funcionaris del govern, així com de proposar esmenes a la legislació, autèntic defensor dels ciutadans contra qualsevol abús o desviació de poder.

El primer país que va seguir l'exemple suec fou Finlàndia el 1919, seguit de Dinamarca el 1955 i de Noruega el 1962 (que de tota manera ja havia instituït un *ombudsman* militar el 1952). Pel que fa als models suec i finlandès, els successius *ombudsman* no tenien el poder d'investigar l'operativa dels judicis, alhora que l'àmbit d'intervenció i els poders d'iniciativa eren molt limitats.

Durant anys seixanta l'interès per la institució creix, sobretot en virtut dels nombrosos esforços duts a terme per les Nacions Unides que, compromeses amb l'activitat de protecció dels drets humans i de les modalitats enfocades a la seva salvaguarda, varen ajudar a definir la figura d'aquests *ombudsmen.* El 1971, a la conferència europea sobre els drets humans, que va tenir lloc a Viena, es va recomanar la necessitat de considerar favorablement la creació d'un òrgan autoritzat a rebre i examinar recursos individuals seguint l'exemple dels *ombudsmen* escandinaus, i els estats membres foren convidats a instituir oficines d'*ombudsman*. L'any següent, el Consell d'Europa va ajudar i encoratjar a crear un "ombudsman commissioner of human rights" i el 1975 va adoptar una resolució amb què es convidava als estats que encara no ho haguessin fet a "(…) considerar la possibilitat de nomenar a nivell nacional, regional o local persones que

[407] Afavorint d'aquesta manera l'ampliació del control sobre les institucions comunitàries, segons L.S. ROSSI, a *Il diritto privato de la Unió Europea*, vol. XXVI del *Trattato de diritto privato*, dirigit per M. BESSONE, Torí, 2000, p. 125.

desenvolupin funcions anàlogues a les dels *ombudsman* i dels comissaris parlamentaris existents"[408].

No obstant això i malgrat la seva introducció progressiva a molts ordenaments, el càrrec de l'*ombudsman* naixia amb notables diferències segons els estats, en particular pel que fa a l'àmbit de competències, a les relacions amb el Parlament o amb altres autoritats públiques, a l'accés al càrrec i als seus àmbits d'investigació, etc. D'aquesta manera s'ha desenvolupat el defensor del poble a Espanya, el *médiateur* a França, el *parliamentary commissioner* a la Gran Bretanya, el *provedor de justiça* a Portugal, el *volksanwalt* a Àustria, el Síndic de Greuges a Catalunya, entre d'altres.

4.1. Defensor del Poble, Síndic de Greuges i bona Administració Local: significació institucional

Tant la figura del Defensor del Poble a la Constitució espanyola, com la del Síndic de Greuges a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, són institucions de garantia del respecte dels drets fonamentals de la ciutadania i del bon funcionament de les administracions públiques. Es tracta de figures -com altres que s'han creat a nivell local- que s'insereixen en un ordenament jurídic on ja existien figures de control administratiu com ara la jurisdicció contenciosa administrativa o el mateix Ministeri Fiscal, aquest darrer amb l'important paper de promoure l'acció de la justícia en defensa de la legalitat i dels drets dels ciutadans. Ens trobem, per tant, amb institucions de nova creació, radicalment diferents de l'originari *ombudsman* escandinau[409], i que complementen altres instruments de control extern al funcionament administratiu, a part dels esmentats, els òrgans de fiscalització contable (Intervenció General, Tribunal de Comptes, Sindicatura de Comptes) o de l'Oficina Antifrau, a part dels tradicionals controls parlamentaris, tot en benefici de la "*bona administració"*.

Els *ombudsmen* poden exercir, avui en dia, una funció de protecció efectiva dels drets dels ciutadans, especialment significativa en els casos on l'actuació administrativa és lenta, ineficaç, desviada o directament deshumanitzada, en produir-se una lesió dels drets dels administrats per aquesta causa, o en aquells supòsits en els quals la inexorable

[408] Resolució n. (75) 757.

[409] Un ampli estudi de l'*ombudsman* des del dret comparat a GIL ROBLES, A., i GIL DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (ombudsman*), 2a ed. INAP, Madrid, 1981, p.37 i ss., FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Defensor del Pueblo –Ombudsman-*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982; GIL RENDÓN, R., El Ombudsman en el Derecho Constitucional Comparado, McGraw-Hill, México, 2002. Un estudi complet de la institució, CARBALLO ARMAS, P., *El Defensor del Pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003. Sobre el Síndic de Greuges, destaquem BARLET, E., *El Síndic de GreugeS*, IEA / Marcial Pons, Barcelona, 2001. DÍEZ BUESO, L., "El Síndic de Greuges de Catalunya". *Autonomies*, núm. 19, Barcelona, 1994. pp. 23-49. Una visió més general a RUIZ RICO, G., "Los defensores del pueblo autonómicos tras la reforma de los estatutos de autonomía", *Revista d' Estudis Autonòmics i Federals* , núm. 6, 2008, pp. 365-395. Remeto també al meu article, PÉREZ FRANCESCH, J., "El Defensor del Pueblo en España: balance de veinticinco años de experiencia constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 128, 2005, pp. 59-86.

lentitud d'una resposta judicial pot possibilitar una acció útil d'aquestes institucions, normalment més àgil, i menys formalista (tot i que cal recordar que no poden intervenir en els processos *subiudice*).

La institució de l'*ombudsman* s'ha expandit, des dels seus orígens nòrdics, suecs en concret, passant per Finlàndia i Dinamarca. Posteriorment, podem destacar la recepció als ordenaments jurídics del Regne Unit el 1967, Franca el 1973, Portugal el 1976 o Espanya el 1978. En aquest procés ha estat cabdal el desenvolupament de l'Estat social i la necessitat d'establir nous mecanismes de control d'una Administració cada cop més complexa, i condicionada pel compliment de drets prestacionals como ara l'educació, la sanitat, l'habitatge o el medi ambient[410]. És a l'àmbit acabat d'esmentar, el de les prestacions –directes o indirectes- dels poders públics, on es pot aplicar amb rigor una magistratura d'autoritat per tal de solucionar un mal servei públic o actuar amb la finalitat de contribuir a millorar una prestació, que és no tan sols un dret de la ciutadania sinó també un deure d'atenció dels poders públics.

Dels diversos models de dret comparat, a l'Estat espanyol, tant la Constitució com l'Estatut d'Autonomia de Catalunya han optat per l'elecció parlamentària, amb una àmplia independència de funcionament i amb un paràmetre d'actuació que és la defensa de tots els drets fonamentals davant l'activitat administrativa, en el sentit més ampli de l'expressió. En efecte, l'art. 54 CE, si bé remet de manera lacònica a una llei orgànica la regulació de la institució, defineix el Defensor del Poble com a "alt comissionat de les Corts Generals" designat per la defensa dels drets (tots) compresos al Títol I, establint com a funcions més importants per a aconseguir aquest fi la supervisió de l'Administració i la informació a les Corts Generals[411], perquè la publicitat periòdica de la seva activitat és una condició indispensable per a poder exercir amb èxit una magistratura d'autoritat. La figura va ésser desenvolupada per la LO 3/1981, de 3 de abril, (LODP), i fou parcialment modificada per la L. O . 2/1992, de 5 de març, que va crear la Comissió Mixta Congrés-Senat de relacions amb el Defensor del Poble[412]. Per acord de les meses de les dues cambres, es va aprovar el 6 d'abril de 1983 el Reglament d'organització i funcionament, reformat por Resolució de les meses de 21 d'abril de 1992, 26 de setembre i 3 d'octubre de 2000 (ROFDP).

Pel que fa al Síndic de Greuges, gràcies a l'habilitació efectuada per l'article 35 de l'EAC de 1979, va ser creat per la Llei 14/1984, de 20 de març, modificada per la Llei

[410] En aquest sentit, vegeu CASCAJO CASTRO, J.L., "Los defensores de pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989, pp. 43-54.

[411] Als debats constituents, la redacció actual de les funcions del Defensor del Poble prové de la Comissió Mixta, que va reduir la inicial competència supervisora, expressada amb els termes genèrics de "los principios del Estado de Derecho".

[412]VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 63-80, destaca que allò més decisiu és la funció de control de l'Administració i de garantia dels drets fonamentals.

12/1989. Actualment, la seva normativa fonamental està constituïda pels articles 78 i 79 de l'EAC de 2006, i per la nova Llei 24/2009, de 23 de desembre. La Llei estatal 36/1985, de 6 de novembre, regula les relacions entre el Defensor del Poble i les figures similars de les comunitats autònomes. També l'afecten la Llei 14/2005, de 27 de desembre, d'intervenció del Parlament de Catalunya en la designació de les autoritats i els càrrecs de designació parlamentària i sobre els criteris i els procediments per avaluar-ne la idoneïtat; els articles 159 i 160 del Reglament del Parlament de Catalunya i les Normes bàsiques del Síndic de Greuges, aprovades pel Parlament de Catalunya el 8 de novembre de 1985. El Reglament parlamentari català ha creat a més una Comissió de Relacions amb el Síndic de Greuges. De les actuacions més recents del Síndic hem de destacar l'aprovació del Reglament del Personal, per tal de substituir les normes bàsiques, atès que el Síndic de Greuges gaudeix d'autonomia reglamentaria, organitzativa, funcional i pressupostària, d'acord amb les lleis , així com la Carta de serveis i bona conducta del Síndic – text amb el qual vol donar exemple de bona administració.

4.1.1. L'abast de la supervisió de la activitat administrativa

En la supervisió de l'actuació administrativa se'ns planteja el problema que en principi l'àmbit d'actuació del Defensor del Poble comprèn legalment *qualsevol Administració,* tant l'estatal com l'autonòmica o la local. A banda de Catalunya, d'altres comunitats autònomes han creat figures similars per tal de supervisar l'Administració pròpia. Però l'art. 12 LODP és contundent en aquest sentit i preveu que podrà supervisar d'ofici o a instancia de part "la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por esta Ley". Si bé el 1981 podia tenir algun sentit aquesta previsió, avui en dia pot ésser una font de conflictes en atribuir una competència exorbitant al Defensor del Poble, que no sembla coherent amb el desenvolupament de l'Estat de les Autonomies. Per això, la reforma estatutària catalana del 2006 assigna *en exclusivitat el control de l'administració autonòmica al Síndic de Greuges*, situació davant la qual ha presentat recurs d'inconstitucionalitat el Defensor del Poble. Aquest criteri de compartimentació s'aplica a d'altres estats compostos, com ara Àustria o Bèlgica, i és habitual que els *ombudsmen* federals no controlin les administracions de les entitats federades quan aquestes disposen d'institucions homòlogues. Tanmateix, els recursos d'inconstitucionalitat presentats per més de cinquanta diputats del Grup Parlamentari Popular i pel Defensor del Poble, amb el suport, en aquest cas, en l'opinió majoritària del Dictamen núm. 269, d'1 de setembre de 2005, del Consell Consultiu de la Generalitat (F IV.3), han impugnat, entre d'altres aspectes, l'atribució d'aquesta competència al Síndic de Greuges "amb caràcter exclusiu".

D'altra banda, la Llei 36/1985, de 6 de novembre, regula els mecanismes de col·laboració entre el Defensor del Poble i les figures similars de les comunitats autònomes[413]. Aquesta Llei tracta no tan sols de les relacions entre les dues institucions

[413] A hores d'ara són: el Síndic de Greuges de Catalunya, el Defensor del Pueblo Andaluz, el Diputado del Común de Canarias, el Justicia de Aragón, el Ararteko vasco, el Valedor do Pobo gallego, el Síndic

sinó que realitza una descripció de les prerrogatives i garanties de les institucions autonòmiques: inviolabilitat, immunitat, aforament, deure de col·laboració dels poders públics. Aquesta Llei prové d'una iniciativa legislativa dels parlaments autonòmics de Catalunya, Andalusia i Aragó, transformada parcialment en la tramitació parlamentaria, la qual cosa ens mostra la preocupació de les comunitats autònomes per tal de definir les relacions entre els *ombudsmen*, l'estatal i els autonòmics, així com la conveniència d'una relació basada en la cooperació interinstitucional. Malgrat que el resultat no va ser l'esperat com es pot observar si llegim el tenor literal de la Llei 36/1985, les lleis autonòmiques (per exemple, l'art. 4 de la Llei 14/1984, de 20 de març, del Síndic de Greuges de Catalunya) i sobretot la pràctica mitjançant els convenis firmats, han relativitzat la inicial "prepotència" de la Llei estatal, donant entrada a la col·laboració i a la prioritat en la supervisió de l'Administració autonòmica a l'*ombudsman* autonòmic corresponent, i per extensió han obert les portes per a una supervisió de l'actuació administrativa local (amb els corresponents convenis amb ajuntaments, fins i tot quan aquests havien creat la figura d'un *ombudsman* local).

La col·laboració i la cooperació -malgrat la prepotència del Defensor del Poble-, s'ha portat a terme mitjançant *convenis*[414], i també a través de les *Jornades anuals de Coordinació, i altres trobades entre Síndics*. Així, es pretén racionalitzar els esforços i actuar amb la màxima eficàcia possible, malgrat que aquest mètode no ha estat lliure de problemes per la constant dificultat de delimitar competències respectives entre els diversos defensors, i per la tensió que pot provocar que l'estatal pretengui ser-ho sobre tot. Si l'administració autonòmica catalana ha estat un cavall de batalla important com a competència exclusiva del Síndic, no ho ha estat menys l'Administració Local. Així es va posar de manifest al recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Parlament de Catalunya davant l'esmentada Llei reguladora de les relacions entre el Defensor del Poble i les institucions similars autonòmiques, que fou desestimat a la STC 157/1988, de 15 de setembre. Avui, l'EAC al seu art. 78, així com la Llei de 2009, insisteixen en la competència del Síndic de controlar l'Administració Local a Catalunya.

Diferents Estatuts d'Autonomia i després lleis autonòmiques varen recollir aquesta institució de control extern. Es feia necessari no tan sols regular les relacions interorgàniques sinó sobretot donar una resposta al control de l'*Administració Local*. La STC 142/1988, de 12 de juliol, va resoldre el recurs presentat pel president del Govern contra la Llei aragonesa del Justícia d'Aragó, que atribuí a aquest la competència per

---

de Greuges de la Comunitat Valenciana, el Procurador del Común de Castilla y León, el Defensor del Pueblo de la Región de Murcia. Vegeu DÍEZ BUESO, L., *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades Autónomas,* Senado, Madrid, 1999 i VERA SANTOS, J.M., *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2002.

[414] GARRIDO LÓPEZ, C., "Fundamento y virtualidad de los acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y los comisariados parlamentarios autonómicos", a APARICIO, M.A. (Coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 601-616. Cal destacar que els convenis són signats per un termini de vigència limitat, aspecte en el qual influeix el mandat de cada persona titular de la institució. Això no obstant, l'absència del corresponent conveni no ha d'impedir la cooperació i la coordinació perquè aquests són un imperatiu legal.

supervisar l'actuació de les entitats locals en tot allò que afectés les matèries en les quals l'Estatut d'Autonomia atorgava competències a la comunitat autònoma. En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional sosté que la institució autonòmica només té competència sobre l'Administració Local en els casos en què un ens local actuï per transferència o delegació de la comunitat autònoma, solució que coincideix amb el que ja es preveia a l'art. 2.1 de la Llei 36/1985. Aquesta interpretació, de fet, segueix la línia d'opinió iniciada en la STC 157/1988, de 15 de setembre, la qual considerà constitucionalment correcte que la Llei estatal limités la supervisió per part de les institucions autonòmiques sobre els ens locals només als supòsits ja esmentats. Aquí el Tribunal Constitucional es basa en una interpretació restrictiva de l'art. 148.1.1 CE relatiu a les competències autonòmiques, sobre l'organització de les institucionals d'autogovern i ignora que el règim local, segons ha mantingut el mateix Tribunal, té un caràcter "*bifront*", en el qual, per consegüent, la relació entre l'Administració Autonòmica i la Local és molt més intensa[415]. Posteriorment, però, el Tribunal Constitucional ha adoptat una postura diferent en relació al control comptable i financer dels ens locals, admetent a la STC 187/1988, de 17 d'octubre, una intervenció més concurrent del Tribunal de Comptes i de la Sindicatura de Comptes, en el cas català.

Ara bé, malgrat el que acabem de dir, a la pràctica les relacions entre el Defensor del Poble i les figures similars d'àmbit autonòmic s'han regit amb una dinàmica força *proactiva,* mitjançant l'aplicació dels principis de coordinació i de col·laboració, delegant sovint el primer competències als segons, tant en la supervisió de l'activitat administrativa autonòmica como en allò referent al control de l'Administració Local, tot fent possible fins i tot que el Síndic o altres figures similars autonòmiques cooperessin en la supervisió de l'activitat administrativa estatal en l'àmbit territorial de la comunitat autònoma.

Com a institució de *control de l'Administració*, el Defensor del Poble ha de garantir que no vulneri els drets proclamats a tot el Títol I de la Constitució, assegurant-se que es respectin també els principis d'organització i funcionament administratiu previstos a l'art. 103.1 CE. Aquesta ampliació del paràmetre de control ve donat per l'art. 9 LODP i es podria resumir en la satisfacció administrativa de l'interès general. Per la seva banda, l'article 54 de la Constitució, quan regula el Defensor del Poble, diu simplement que "podrà supervisar l'activitat de l'Administració", sense més especificacions, i han estat l'article 12 de la Llei orgànica 3/1981, del Defensor del Poble (LODP), i l'article 2 de la Llei estatal 36/1985, les que han previst expressament la supervisió de l'activitat de les comunitats autònomes per part del Defensor del Poble. Ha estat per tant el

[415] Vegeu la crítica que realitza EMBID IRUJO, A., "Los Comisionados Parlamentarios Autonómicos y el control de la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 238, 1988, pp. 1001-1122. També GINÉ i DAVÍ, J., "La Llei 36/1985, de 6 de novembre, per la qual es regulen les relacions entre la Institució del Defensor del Poble i les figures similars en les diverses comunitats autònomes. La seva incidència en les facultats del Síndic de Greuges per a supervisar els ens locals de Catalunya", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 4. 1986, pp. 109-126.

desenvolupament legislatiu el que ha anat definint l'àmbit competencial de control, a mesura que s'ha anat desenvolupant l'Estat de les autonomies.

D'aquesta manera, es pot defensar la constitucionalitat de l'art. 78.1 EAC, que atribueix al Síndic de Greuges l'exclusivitat del control de l'Administració de la Generalitat, bàsicament perquè aquest precepte estatutari contradiu la LODP però no l'art. 54 CE, que és en aquest cas l'únic paràmetre de constitucionalitat de l'Estatut. Com que la literalitat de l'art. 54 només es refereix a "l'Administració", l'Estatut és la norma institucional bàsica materialment constitucional que concreta a Catalunya l'art. 54 CE, tot atribuint al Síndic la supervisió *en exclusiva* de l'Administració de la Generalitat. Recordem la literalitat de l'article 78.1 EAC: el Síndic de Greuges "té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats que reconeixen la Constitució i aquest Estatut", i "amb aquesta finalitat supervisa, amb caràcter exclusiu, l'activitat de l'Administració de la Generalitat, la dels organismes públics o privats vinculats o que en depenen, la de les empreses privades que gestionen serveis públics o acompleixen activitats d'interès general o universal o activitats equivalents de manera concertada o indirecta i la de les altres persones amb un vincle contractual amb l'Administració de la Generalitat i amb les entitats públiques que en depenen". I "també supervisa l'activitat de l'Administració Local de Catalunya i la dels organismes públics o privats vinculats que en depenen". En l'exercici de les seves respectives funcions, el Síndic col·labora amb el Defensor del Poble (art. 78.2 EAC), i ho pot fer també amb els *ombudsmen* locals i d'altres àmbits, públics i privats (art. 78.4EAC). Cal recordar que el text estatutari de 2006 (art. 30) ha introduït el dret a la bona administració**,** que haurà de ser un paràmetre decisiu de les actuacions de control.

Pel que fa a la supervisió de l'Administració Local, l'Estatut no prescriu l'exclusivitat de la intervenció del Síndic de Greuges i, per tant, el Defensor del Poble continua podent intervenir davant de les administracions locals catalanes en concurrència amb el Síndic de Greuges. *El ciutadà afectat pot decidir* davant de qui vol interposar la seva queixa. L'Estatut també preveu també "la col·laboració amb els defensors locals de la ciutadania" (art. 748.4), que a Catalunya ja comencen a tenir un desenvolupament notable (i que per via de conveni també permeten optar al ciutadà). Ara bé, el Síndic no només supervisa l'actuació de l'administració sinó que, tal com preveu l'Estatut, ha començat a actuar també en la supervisió de les empreses privades que presten serveis d'interès públic, com ara la llum, la telefonia, l'aigua, el gas, el servei postal, etc.

4.1.2. Les actuacions del Síndic de Greuges

En relació amb les actuacions del Síndic, cal destacar que com a conseqüència de la investigació realitzada, pot formular a les autoritats i al personal de l'Administració tota mena d'advertiments, recomanacions, suggeriments i recordatoris de les obligacions legals que han de complir, però no pot, en canvi, suspendre, modificar o anul·lar actes o resolucions administratives.

El Síndic de Greuges pot investigar l'actuació (i la manca d'actuació) de l'Administració, d'ofici o a instància de part, mitjançant queixes, que poden ser presentades per qualsevol persona física o jurídica que invoqui un interès legítim (sense que sigui cap impediment la nacionalitat, la residència, la minoria d'edat, la incapacitat legal, l'internament en un centre penitenciari o qualsevol relació de subjecció especial amb una administració), pels diputats i les comissions del Parlament de Catalunya, pels membres de les Corts Generals elegits en les circumscripcions catalanes, i pels càrrecs electius dels ens locals de Catalunya quan els assumptes afectin els seus respectius àmbits territorials.

L'actuació del Síndic sempre és confidencial i les dades de la persona que presenta una queixa són reservades. Les queixes s'han de presentar dins el termini d'un any des de la producció dels fets[416]. El Síndic pot iniciar d'ofici la investigació en qualsevol moment. No cobra per les seves actuacions, ni exigeix que s'acudeixi a ell amb un advocat o un procurador, però *no pot intervenir quan el cas està pendent de resolució judicial.* Aquestes possibilitats d'actuar el converteixen en un mecanisme àgil per tal de lluitar contra actuacions desviades de l'administració que es poden corregir més bé per aquesta via que per d'altres, com la judicial, especialment si tenim en compte el col·lapse de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Com a conseqüència de la seva investigació, el Síndic emetrà una resolució en la qual pot fer advertiments, recomanacions, suggeriments i recordatoris dels deures legals. Aquestes resolucions poden consistir en la modificació de normes jurídiques o pràctiques administratives, segons sigui el cas, o fer referència només al cas concret. També pot proposar fórmules de conciliació per intentar arribar a la solució dels problemes que ha conegut. El poder del Síndic, doncs, és bàsicament la persuasió, i una certa autoritat de la persona titular de la institució.

El Síndic de Greuges ha de presentar un informe anual de les seves actuacions al Parlament de Catalunya on constin les queixes, les investigacions i les actuacions realitzades. A més, pot elaborar informes extraordinaris quan la urgència o la importància dels casos ho requereixi. Així mateix, informa del resultat de les seves actuacions al personal administratiu i a l'autoritat investigada i, si el procediment es va iniciar amb una queixa a instància de part, al seu autor (essent aquest un dels aspectes que més es valora del Síndic: sempre dóna resposta i informa del resultat de les seves investigacions i actuacions a la persona firmant de la queixa). També pot fer públic el nom de les persones i dels organismes que obstaculitzin l'exercici de les seves funcions. Si durant les investigacions observa indicis d'alguna infracció disciplinària o algun fet presumiblement delictiu, el Síndic de Greuges ho ha de comunicar a l'òrgan competent

[416] Vegeu DÍEZ, L., i FIGUERAS, P.,, *La tramitació de les queixes pel Síndic de Greuges. Les relacions del Síndic amb els departaments del Govern.* Barcelona: Generalitat de Catalunya–Departament de Relacions Institucionals ."Col·lecció Papers de Relacions Govern–Parlament". Recull anual 2007.

o al Ministeri Fiscal. De la mateixa manera, comunicarà al Ministeri Fiscal la negativa a trametre informes, documents o expedients per part d'autoritats o personal administratiu i d'aquesta manera se'n podrien deduir les responsabilitats penals corresponents.

Finalment, volem destacar que el Síndic de Greuges pot demanar dictamen al Consell de Garanties Estatutàries sobre els projectes i les proposicions de llei sotmesos a debat i aprovació del Parlament, i dels decrets llei sotmesos a convalidació del Parlament, quan regulen drets reconeguts a l'Estatut (article 78.3 de l'Estatut del 2006). Aquesta nova competència guarda un cert paral·lelisme amb la legitimació que té el Defensor del Poble per a presentar recursos d'inconstitucionalitat i recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional, possibilitat que no és a l'abast del Síndic de Greuges ni de cap altre defensor autonòmic.

4.1.3. El control sobre la Administració Local: alguns problemes

Ja hem comentat el *caràcter bifront del règim local,* en el qual incideixen regulacions i actuacions estatals i autonòmiques, a més de les pròpies de cada entitat local. A banda de la solució pràctica per la via de convenis entre les institucions del Síndic de Greuges, i de les sindicatures locals, caldria evitar la interferència excessiva del Defensor del Poble (per exemple, en matèria lingüística), i que la tria del ciutadà per accedir un o altre *ombudsman* es fes en el marc d'un protocol d'actuacions consensuat i aprovat prèviament, entre tots els síndics afectats, per tal d'establir uns criteris més clars, en nom de la racionalització i l'eficiència en l'ús dels recursos públics. Potser un cop coneguda la sentència sobre la constitucionalitat de l'EAC de 2006 –que afectarà al Síndic de Greuges i al control exclusiu sobre la Generalitat- , es podria aprofitar per tal d'ordenar aquesta situació i construir un model cooperatiu coherent amb l'Estat de les autonomies i amb el respecte al principi d'autonomia local.

La "mala administració" en molts casos és local, per la qual cosa els síndics locals han de tenir el suport del Síndic de Greuges, i per tant instrumentalitzar tècniques d'auxili, col·laboració i cooperació. L'àmbit local presenta una capacitat potencial de vulnerar drets dels ciutadans encara que sigui només per una qüestió quantitativa. A més, en ésser una administració molt propera al ciutadà pot trobar-se especialment afectada per conductes no del tot acceptables en el marc de la cultura del servei públic, com ara el silenci administratiu, les condicions de la contractació administrativa, la participació ciutadana i el dret a la informació, unes bones pràctiques policials, gestió de l'incivisme, etc.

L'Administració Local hauria de ser més sensible a les queixes de la ciutadania en matèria de sorolls, horaris d'espectacles, qualitat mediambiental, atenció social, etc. El Síndic de Greuges ha fet els darrers anys un gran esforç, fins i tot desplaçant-se a municipis per escoltar la gent, i en altres ocasions han estat els síndics locals els que han destacat les mancances (vegeu, per exemple els informes de la Síndica de Greuges de Barcelona, en els quals destaca problemes derivats de l'accés a l'habitatge protegit, cues en menjadors socials, etc. tots especialment difícils en temps de crisi econòmica).

Com que sovint l'exercici de competències locals és mancomunat amb la Generalitat, caldria arbitrar mecanismes més àgils per tal de solucionar els problemes d'atenció al ciutadà, per així ajudar realment la persona en el magma de les competències d'uns i altres. Aquí el Síndic de Greuges, o si escau, el local, ha de vetllar perquè la persona no estigui immersa en un anar i tornar entre administracions i que passin els mesos sense una resposta.

Una part important de l'actuació administrativa es porta a terme per gestió indirecta o bé per part d'empreses privades que presten un servei públic, la qual cosa vol dir que aquestes actuacions, cada cop més nombroses, resten també sotmeses al control del Síndic de Greuges (i d'institucions similars locals). El cas del consum és simptomàtic: la xarxa d'oficines de consum reben queixes dels ciutadans i donen solucions arbitrals, sense perjudici que el Síndic de Greuges entri opcionalment, si escau, a conèixer queixes per consum, i fins i tot emeti suggeriments per tal de superar diferències. Serveis importants en els quals el Síndic pot intervenir són el subministrament elèctric o d'aigua. Pel que fa al telèfon, destaquen les noves modalitats de connexió via wifi o per ràdio, les quals en ocasions poden ser gestionats directament o indirecta pels ens locals, però sense que en cap cas això permeti interferir-se dins la lliure competència del sector.

4.2. Experiències nacionals comparades

4.2.1. Suècia

Ja hem parlat del naixement de l'*ombudsman* a Suècia el 1809, a causa de l'exigència de limitar l'absolutisme regi i reforçar el règim parlamentari. La institució neix pròpiament com a òrgan del Parlament amb l'objectiu de controlar l'executiu i en particular l'administració pública. Posteriorment, a més de l'*ombudsman* encarregat de controlar l'executiu i en particular l'aparell administratiu, que podem considerar "de valor general", se'n van crear d'altres de "sectorials", amb competències en matèria d'*antitrust*, dels drets del consumidor i per a la premsa[417].

Els *ombudsman* són escollits pel Parlament (*Riksdag*) i en cas de perdre la confiança atorgada, l'*ombudsman* ha de presentar la seva dimissió. Si el Parlament té reservat el control de l'activitat del govern i dels ministres, l'activitat de l'*ombudsman* és considerada constitucionalment com una articulació de les funcions de control del Parlament (de qui és independent i, per tant, el Parlament no pot donar-li indicacions ni interferir en la seva activitat), caracteritzada com a control de l'administració pública.

Els àmbits d'investigació de l'*ombudsman* suec són extremadament amplis: control de l'aplicació de les lleis, de la protecció dels drets i de les llibertats de l'individu, activitat consultiva enfront del Parlament, funció de ministeri públic quan els ministres són acusats, activitat d'interpretació de les lleis i de senyalització de les seves eventuals

[417] DE GIOVINE, A., "L'Ombudsman in Scandinavia", a C. MORTATI (ed.) *L'Ombudsman (Il Difensore civico)*, Utet, Torí, 1974, p. 15.

mancances o defectes, control del poder judicial (que no es basa en la capacitat de censura d'aquest poder, sinó que es limita a dirigir crítiques als òrgans que emeten sentències i portar les qüestions davant d'un altre jutge), etcètera.

De totes maneres, l'activitat típica dels *ombudsman* és la d'examinar les denúncies que els són presentades i efectuar inspeccions, a la conclusió de les quals pot intervenir per pròpia iniciativa i començar noves indagacions. El control de l'*ombudsman* suec és en realitat molt ampli, ja que no només consisteix a investigar l'activitat il·legal i il·lícita sinó també l'activitat "imperfecta" de l'administració pública. D'aquí la rellevància de la seva presència en les deliberacions dels tribunals i de l'autoritat administrativa, a requerir l'accés a documents (sense límit de secretisme) i informacions, uns requeriments que els funcionaris han d'obeir. D'aquí les conseqüències relatives a l'activitat dels *ombudsman*: promoure procediments legals contra els funcionaris negligents, presentar informes a l'autoritat encarregada dels actes il·lícits punibles, enviar reprensions als funcionaris responsables de comportaments incorrectes i fer públiques les seves decisions i els informes.

4.2.2. Finlàndia

La Constitució finesa (que data de 1919, modificada el 1990 pel que fa a la matèria que ens interessa) preveu l'elecció pel Parlament d'un *ombudsman* que no pot ser deposat pel mateix òrgan que l'ha escollit. Les competències de l'*ombudsman* inclouen el control de l'administració pública, els tribunals, els funcionaris i l'operativa dels organismes públics que exerceixin (o estiguin encarregats de) funcions públiques, per tal d'assegurar que observen la llei i operen correctament. Estan sotmesos al seu control tots els funcionaris i els operadors de les administracions locals, de les forces armades, de l'administració penitenciària i de la comunitat religiosa. Les denúncies examinades per l'*ombudsman*, provenen directament de qualsevol persona de qualsevol edat i nacionalitat. Disposa d'amplis poders d'investigació i d'inspecció, està habilitat per assistir a les reunions del Consell d'Estat, a les deliberacions dels tribunals i a les reunions dels òrgans administratius perifèrics.

Qualsevol que consideri que un funcionari sigui culpable de deshonestedat, parcialitat, negligència greu en l'exercici de les seves funcions, abús de poder o qualsevol altra violació dels drets legítims dels ciutadans pot proposar accions disciplinàries i accions legals. En cas d'error o de manca de fermesa en l'aplicació de les lleis, l'*ombudsman* reacciona amb una reprensió o una opinió crítica, amb la qual recorda als funcionaris el respecte del principi de bona administració i proposa mesures correctores.

4.2.3. Dinamarca

A Dinamarca la creació de l'*ombudsman* està especificada a l'art. 55 de la Constitució de 1953, que preveu que sigui una llei ordinària la que estableixi el nomenament d'una

o més persones pel *Folketing* (Parlament), assignant-los les competències de controlar l'administració civil i militar de l'estat[418].

La competència de l'*ombudsman* és controlar l'administració civil i militar del govern central, les administracions dels governs locals i la resta d'administracions públiques. No és competent pel que fa al control de l'activitat dels consells de les col·lectivitats locals, ni respecte del Parlament i de les seves comissions, ni tal sols pel que fa a l'activitat dels jutges i del clergat.

Els ciutadans són els subjectes institucionalment designats per posar en funcionament el càrrec de l'*ombudsman*, que tanmateix gaudeix també de la iniciativa autònoma pròpia pel que fa a l'activació d'indagacions.

Els mitjans que hi ha a disposició de l'*ombudsman* són especialment de naturalesa no contenciosa i, encara que constati un comportament il·lícit o penalment perseguible o una acció il·lícita, com que no disposa directament de poders d'investigació, ha d'adreçar-se a l'autoritat judiciària o administrativa perquè s'iniciï una acció penal o disciplinària; també pot exhortar el reclamant a dirigir-se als tribunals competents. L'*ombudsman* danès no té el poder de modificar una disposició administrativa, ni pot imposar el seu punt de vista sobre l'administració, però assumeix l'obligació d'informar anualment el Parlament, un dels instruments més eficaços i significatius que té a la seva disposició.

4.2.4. França

L'òrgan *Médiateur de la République* fou creat el 1973[419]. El nomenament del *médiateur* és competència del Consell de Ministres i per accedir al càrrec no es requereix cap requisit específic. No obstant això, existeixen força dubtes pel que fa a la seva competència, atès que la llei no preveu una llista detallada, però defineix expressament com el seu àmbit d'investigació i intervenció "el funcionament de les administracions de l'estat, dels ens territorials, del ens públics i de qualsevol altre organisme investit d'una missió de servei públic en les seves relacions amb els administrats"[420]. Queden exclosos els informes entre les administracions i els funcionaris, però també molts altres sectors de l'administració pública quedarien exclosos si no estiguessin investits d'una "missió de servei públic".

[418] La que crea la figura de l'*ombudsman* com a òrgan monocràtic dins l'ordenament danès és la Llei núm. 203/1954, modificada successivament per la 258/1971. L'*ombudsman* és nomenat pel Parlament a proposta de la Comissió Jurídica cada cop que se celebren eleccions generals; ha de tenir formació jurídica i no pot ser membre del Parlament ni tenir cap càrrec de qualsevol administració pública o privada.

[419] Llei del 3 de gener de 1973, núm. 6, seguida d'altres lleis per tal de completar i modificar el règim jurídic de la institució, concretament la Llei núm. 1211 de 1976 i la Llei núm. 18 de 1989, modificada al seu torn per la Llei núm. 125 de 1992.

[420] Art. 11 de la Llei de creació del *médiateur*.

La seva competència principal és la de defensar la ciutadania contra la mala administració i les eventuals injustícies verificades en l'aplicació de les lleis i els reglaments, i té també un paper proposicional respecte de les reformes legislatives que es poden dur a terme. No obstant això, la seva activitat només pot iniciar-se a petició d'un membre del Parlament, que filtra les peticions trameses pels ciutadans. De fet, és una tasca dels parlamentaris decidir (basant-se en un poder discrecional) si el cas entra en les competències del mediador i si el cas és mereixedor d'interès. El recurs no pot ser presentat directament per persones jurídiques o grups, ni tampoc és possible plantejar recursos col·lectius, si bé s'admet la presentació de peticions a títol personal d'individus membres dels grups. Els membres del Parlament també poden atorgar al mediador el dret d'iniciativa pròpia, sobre qüestions que al seu parer mereixen la seva intervenció, mentre que s'exclou la intervenció d'ofici, ja que el mediador no pot actuar per iniciativa pròpia. El procediment que segueix la reclamació és relativament informal i es concreta en un intercanvi de correspondència entre el mediador i el càrrec interessat, que pot finalitzar amb una revisió o una confirmació de les decisions adoptades anteriorment. En el cas que el recurs sembli infundat, el mediador adopta totes les recomanacions que li semblin congruents respecte del cas pel qual ha estat investit.

4.2.5. Regne Unit

El 1976 una llei va crear la figura del *parliamentary commissioner for administration* (PCA) i va establir que havia de ser nomenat per la Corona, per dictamen del govern i després d'un acord amb el líder de l'oposició. L'àmbit de competència del *commissioner* anglès està molt circumscrit: pot censurar les administracions estatals (i en particular els ministeris, l'arxiu públic, etc.), però no els organismes locals; no té competència sobre les empreses nacionalitzades i sobre la resta d'ens públics, ni sobre els jutges. La seva tasca consisteix a examinar denúncies presentades motivades per una injustícia imputable a fets de "mala administració" i de denúncies presentades per manca injustificada de comunicació d'informació. La noció "mala administració" no fou explicitada volgudament a la llei constitutiva del *parliamentary commissioner* pel que fa a possibles continguts i significats, ja que definir-la significaria limitar-la i, per tant, limitar el treball del càrrec que s'anava a crear. La feina d'omplir de significat aquelles expressions es va deixar a les figures que progressivament ocuparien el càrrec. El debat parlamentari va voler exemplificar, si bé de forma molt genèrica i aproximativa, la "missió" que tindria el *parliamentary commissioner*, definint alguns comportaments que no podien fer res més que provocar "mala administració": motius personals, negligència, desatenció, endarreriment, incompetència, incapacitat, ineptitud, immoralitat, parcialitat, arbitrarietat, etc.

El PCA ha de ser invocat en un cas sospitós de mala administració amb una denúncia escrita, presentada per una persona o per un grup de persones. La denúncia s'ha d'adreçar al PCA mitjançant un membre del Parlament, però el comissari parlamentari no pot començar per iniciativa pròpia una investigació. Posteriorment, al començament de la investigació, es procedeix a implicar el ministeri (o l'organisme) interessat en la

denúncia, de manera que pugui presentar les seves observacions. El comissari parlamentari inicia investigacions, examina documents, convoca els funcionaris interessats, el ministeri i les terceres parts interessades. En finalitzar la investigació presenta una relació al parlamentari interessat i, si ho considera oportú, al Parlament[421]. No té el poder per obligar l'òrgan o el càrrec objecte de la denúncia a assumir una mesura correctora: les seves recomanacions no tenen força executiva i quan un òrgan es demora en la seva actuació o desestima les recomanacions del PCA, el que pot fer és informar les cambres[422].

5. Característiques comunes de les diferents experiències

La configuració originària de l'*ombudsman* el definia com un òrgan de vigilància i de denúncia contra els òrgans d'exercici del poder i, en una forma més específica, de l'executiu.

Així, mentre que el mot escandinau *ombudsman* (l'home que fa de mitjancer) va ser escollit per expressar la mediació entre el sobirà i el Parlament, a Anglaterra i al món anglosaxó es prefereix parlar de *parliamentary commissioner* per indicar que es tractava d'una institució fiduciària del Parlament; a França l'òrgan és definit com a *médiateur* i és un òrgan de l'administració pública que intervé per millorar l'actuació d'aquesta; també es parla de mediador a la Unió Europea[423], on s'assumeix una connotació de manera totalment particular. Als països de l'Amèrica llatina i de l'est d'Europa (postcomunista), que han emergit amb freqüència de dictadures sanguinàries, s'acostuma a esmentar directament el nom de la relació que s'ha d'establir entre la institució i el poble: per aquest motiu es parla de defensor del poble o d'advocat del poble. A Polònia es parla de defensor dels drets civils, mentre que a Itàlia, on hi manca una institució nacional[424] i on hi ha diferents defensors civils locals o *mediatori* en matèries específiques (*mediatore bancario, mediatore dei minori*, etc.), la figura competeix amb altres institucions i en particular amb els *garanti* (les *authorities*) presents en diferents sectors (en el camp editorial, de la competència i del mercat, al

[421] En tot cas el *commissioner* no pot actuar en tres casos específics: quan el querellant ja s'hagi dirigit o tingui la intenció d'adreçar-se a un tribunal; quan es discuteixin qüestions relatives a la propietat o a la cessió d'aquesta; i en presència de decisions discrecionals en absència d'elements que facin tornar a la hipòtesi de la mala administració.

[422] En aquest cas la qüestió es debat primer internament en una comissió parlamentària, que pot convocar i interrogar els funcionaris implicats; si la qüestió segueix sense solucionar-se en aquest nivell, el debat es trasllada a la Cambra dels Comuns i el ministre interessat pot ser convidat a justificar les seves accions al ministeri.

[423] Cf. COMINELLI, L., "Il Mediatore europeo. ombudsman dell'unione: prime osservazioni", a *Sociologia del diritto*, 2001/1, p. 91.

[424] Això malgrat el disseny de lleis presentades al Parlament, però sense sort, i a despit de la núm. 127 de 15/5/1997 que preveia la creació del defensor cívic nacional i sancionava només a la seva introducció que els defensors regionals i provincials de les regions autònomes exercien el control dels òrgans perifèrics de l'administració central.

camp financer, de la privadesa personal, de les obres públiques) i que tendeixen a multiplicar-se[425].

Sempre i especialment en les terminologies que directament o indirecta fan referència a una connexió entre l'*ombudsman* i el poble, es nota la necessitat d'un òrgan que "doni" veu als ciutadans i en reculli les queixes i les aspiracions, les quals són particularment accentuades pel que fa a la defensa dels drets humans.

Pel que fa al poder de defensa dels individus, està sorgint una exigència nova relativa a la forta emersió dels drets humans. Aquests drets, a més del contingut i de l'àmbit d'aplicació, a vegades amb els límits no del tot definits, fan sorgir la qüestió de qui ha de protegir-los, sobretot quan qui els viola és el mateix Estat.

En presència de diferents definicions juridicoformals, i més si tenim en compte que el defensor cívic ha sorgit en èpoques i ocasions històriques diverses (a Suècia al segle XIX com a afirmació del primer estat constitucional i a la resta de països després de la guerra), per satisfer exigències específiques als diferents estats europeus, la institució ha evolucionat en la legislació i sobretot en l'aplicació cap a un model que, si bé no gosem definir d'únic, sí que té característiques similars a tots els estats europeus. Encara que pot semblar imprudent parlar d'un "model únic" d'*ombudsman* a Europa, no és erroni afirmar que a Europa s'ha imposat una institució que té uns trets fonamentals, és a dir "predominants", comuns, sota el perfil de la disciplina normativa o, sobretot, sota els de la pràctica administrativa.

I justament en una evolució històrica i de pràctica es pot parlar de "model dominant" d'*ombudsman* europeu. De la figura històrica del comissari parlamentari creat per primer cop a Suècia amb la Constitució del 6 de juny de 1809, amb la funció d'equilibrar el poder executiu i de controlar –primer per encàrrec del rei i després del Parlament– el govern, l'*ombudsman* ha passat a convertir-se en un òrgan de tutela dels ciutadans contra els abusos i les disfuncions de l'administració pública. Amb el pas dels anys i a mesura que es va anar afermant el principi de responsabilitat política dels ministres respecte del Parlament, d'acord amb els esquemes del govern parlamentari, la funció de controlador ha anat desapareixent, mentre que cada cop s'ha anat valorant més la funció d'instància de tutela del ciutadà en els casos de mal ús del poder administratiu[426]. També observem que les dues activitats estan estretament connectades: la tutela dels interessos de l'individu és, per un costat, un instrument vàlid de control de l'activitat de l'administració pública i, per l'altre, determina un millorament general del funcionament de l'administració, la qual cosa es veu reflectida en les posicions dels ciutadans[427]. La funció primària de l'*ombudsman* a Europa és la de tutelar els drets i els

[425] Sobre el punt v. MASTROPASQUA, G., *Il difensore civico. Profili sistematici e operativi*, Cacucci, Bari, 2003, p. 20 i ss.
[426] DE VERGOTTINI, G., "Ombudsman" a *Enciclopedia del Diritto* XXIX, Milà, 1979, p. 881.
[427] LOMBARDI, R., "Efficienza administrativa, difensore civico e controlli de gestione", a *Notiziario Giuridico Regionale del Piemonte*, núm. 2/3 1997, 101 i següents.

interessos del ciutadà, individualment o associat, respecte a l'administració pública; a aquesta funció, se n'hi associa una altra centrada en el control general del govern i de l'administració pública per compte del Parlament.

Es tracta d'un control que, com s'ha recalcat molts cops, no és de tipus "polític" –un deure reservat al Parlament–, però que s'exerceix sobre el bon funcionament dels òrgans i dels aparells administratius i de l'activitat administrativa i sobre les disfuncions i ineficiències d'aquestes[428]. Aquest control no només s'estén a la "legitimitat" de l'actuació de l'administració pública i dels actes administratius (i sobre la seva conformitat amb la llei positiva), sinó també a allò que els italians anomenem el "mèrit" de l'activitat administrativa; és a dir, la bondat o oportunitat de les eleccions "discrecionals" de l'administració pública, eleccions que s'han de guiar pels criteris d'equitat, celeritat, eficiència i transparència.

L'interès abstracte del control de l'eficiència de l'administració pública no coincideix necessàriament amb les accions de promoció i tutela dels drets fonamentals del ciutadà; és només a nivell de pràctica administrativa que s'ha afermat la prevalença de la funció de tutela dels drets dels individus al costat de la funció originària de control general sobre l'administració. Aquesta funció ha anat afermant-se històricament i ha trobat el seu segell en el context europeu; cal recordar la recomanació (núm. R. 85) del Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 1985, que diu: "Recordant les funcions de l'*ombudsman*, que comprenen sobretot l'examen dels recursos individuals relatius a errors o altres mancances imputades a l'autoritat administrativa, recomana als governs dels estats membres: […] b) prevegin l'habilitació l'*ombudsman*, allà on encara no ho sigui, a prestar especial atenció, en el marc de la seva competència general, a les qüestions que afecten els drets humans"[429].

La tendència, expressada fa anys, que hem esmentat anteriorment, evidencia per altra banda com el recurs a la creació d'instruments de control del treball de les diferents administracions, no només nacionals sinó també locals, ha estat impulsat des d'un control que era de tipus exclusivament jurisdiccional cap a un control alternatiu a l'àmbit jurisdiccional. Així, la creació dels diversos *ombudsman* en les experiències dels estats nacionals és el símptoma evident d'aquest passatge. A més, l'aparició de figures no jurisdiccionals per a la resolució dels conflictes entre l'administració pública i la ciutadania neix per transferir el control de l'àmbit de la pura "legitimitat" de l'acció a l'àmbit de la "bondat" de l'acció administrativa. Si el comportament d'un funcionari públic no sembla perseguible i censurable sota el perfil d'estricta legitimitat, pel fet de ser clarament respectuós amb les lleis i els reglaments vigents, això no significa que aquesta disposició sigui "la millor" disposició que el funcionari pugui adoptar respecte a l'interès dels ciutadans, a les seves expectatives i al respecte dels drets humans. La

[428] BORGONOVO RE, D., "Ombudsman in diritto comparato", a *Novissimo Digesto discipline pubblicistiche*, IV, Torí 1994, p. 307.
[429] Des d'aquest punt de vista la previsió a la Constitució espanyola d'atorgar al Defensor del Poble la feina de "tutela i defensa dels drets i de les llibertats públiques" sembla la més clara i avançada.

recerca de la bona administració mitjançant la creació d'instruments de defensa cívica dels ciutadans ha portat a ampliar el rol d'aquells organismes nascuts amb aquella "missió". La recerca de la bona administració no és només la recerca de la pràctica administrativa més correcta i més oportuna, sinó que amaga les instàncies (molt més fortes) de tutela i valoració dels drets humans.

Amb l'objectiu de confirmar el que s'ha esmentat anteriorment, es poden citar dos casos que, en àmbits diversos però tots supranacionals (i per això és possible una síntesi del que, impulsat en l'àmbit nacional, es tradueix en documents amb un valor més ampli), són expressions de les noves tendències per reinterpretar la tutela de la bona administració com a tutela dels drets humans, tot i que es recorri a un sistema de mesures correctores que no és de tipus jurisdiccional.

En primer lloc, la proclamació a Niça, el desembre de 2000, de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, representa un moment de síntesi sobre la relació que existeix entre la tutela dels administrats i l'afirmació d'un dret, proclamat a l'art. 41 com a "Dret a la bona administració". El fet d'incloure entre els drets fonamentals reconeguts i tutelats per la Unió Europea, els drets que l'individu pot fer valer contra l'administració i de l'acció relativa, reforça la tesi de la superació de la visió autoreferencial del fenomen administratiu[430]. Inserir el dret a la bona administració en el capítol V significa redefinir la relació entre l'individu i l'administració: la perspectiva que s'ha escollit adoptar, val a dir que emfatitza les queixes de la ciutadania respecte dels poders públics, porta a una centralitat indiscutible del primer contra els segons, amb la conseqüència certa que és el contingut d'aquelles queixes el que té efectes sobre la modalitat d'execució de l'acció administrativa[431]. La Carta fa possible aquest pas, amb la formulació d'alguns principis i criteris de bona pràctica administrativa en el llenguatge dels drets subjectius i l'atribució a aquest el rang de drets fonamentals[432], la qual cosa va més enllà de les recomanacions del mediador europeu, que en el curs d'una intervenció davant de la Convenció havia desitjat la incorporació del dret a la bona administració en el catàleg dels drets[433]. D'aquesta manera, el contingut d'aquell dret esdevé un mode per valorar el que, en l'àmbit de les institucions de defensa cívica, el mediador per un costat i els diferents *ombudsman* nacionals per l'altre, han contribuït a

[430] ZITO, A., "Il diritto a una buona amministrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno", a *Rivista Italiana de diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 430.
[431] CASSESE, S., "L'arena pubblica. Nuovo paradigmi per lo Stato", a *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, 2000, p. 601 i següents, on l'*arena pubblica* configura un espai on regeix l'intercanvi dels rols, la modificació dels informes, la negociació de les regles i dels principis d'ordre, més que no pas el paradigma tradicional, d'oposició entre l'estat, a dalt, i la ciutadania, a baix.
[432] Pel que fa a la definició d'aquests drets com a drets "nous", mentre que presents però encara no reconeguts de manera explícita com a drets fonamentals, vegeu el Comunicat de la Comissió sobre la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea, COM (2000), 559 final, del 13 de setembre de 2000, 4.
[433] Discurs efectuat pel mediador europeu, en aquell moment SÖDERMAN, J., a la intervenció davant de la Convenció el 2 de febrer del 2000 a Brussel·les, *Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, a http: //www.euro-ombudsman.eu.int/speeches/en/charter1.htm. Al paràgraf 3 afirma que s'institueix un autèntic "(...) citizen's right to good administration (…)" i precisa que "to include this right in the Charter could have a broad impact on all existing and future Member States, helping to make the 21st century the century of good administration".

elaborar com a paràmetre de la bona administració en el transcurs dels anys d'activitat i funcionament.

En segon lloc, el 2004 es va presentar (i adoptar) el *Codi europeu de comportament per als representants locals i regionals* pel Congrés dels Poders Locals i Regionals del Consell d'Europa. Les prescripcions contingudes al Codi de conducta dels electes, tot i que es dirigeixen principalment a contrastar fenòmens de corrupció amb rellevància penal, reclamen (majoritàriament) aquelles mateixes regles de bona administració i de gestió neta i visible, la violació de les quals, en alguns ordenaments nacionals, recorrent els altres requisits de lleis (en primer lloc el dany estatal), determina l'exercici de l'acció de responsabilitat patrimonial administrativa pels poders del Tribunal de Comptes. Això significa, per un costat, que pel que fa a les regles de bona administració es manté una protecció eficaç contra la corrupció i, per altre, que la persecució de les responsabilitats administratives que es deriven de la violació de les regles esmentades, tot i que l'objectiu és el rescabalament d'un dany, limita l'aparició de les condicions de les quals s'alimenta necessàriament la corrupció. Es tracta d'un conjunt de regles de conducta, lliurament acceptades que, en les bones intencions dels proponents, haurien de constituir uns deures morals per als administradors públics. La primera consideració és que la consciència declarada de l'existència del problema –la qual és una indicació clara que en el preàmbul del Codi es faci referència explícita a la multiplicació dels escàndols judicials en què estan implicats responsables polítics– constitueix per si mateixa un element positiu. Aquí es pot dir que el Codi de conducta contribueix a la formació d'una deontologia de l'electe i del conjunt de regles compartides que constitueixen els deures morals del representant polític electe respecte dels electors; fins i tot aquest fet representa un element positiu, tenint en compte que està fortament implantada la idea de la separació necessària o de la impossibilitat de conciliar la moral i la política; per tant, parlar de "deontologia" de l'electe o dels deures morals del representant polític sembla una mena de contradicció per a qui sosté que en política el judici moral ha de ser suspès.

Després, el Codi, que enuncia els principis anteriorment esmentats en el seu preàmbul està format per un sistema de definicions: definició de l'electe (art. 1: el terme *electe* designa qualsevol responsable polític que exerceixi un mandat local o regional conferit mitjançant elecció primària –elecció per part del cos electoral– o secundària –eleccions a funcions executives per part del consell local o regional), definició de les funcions (art. 2: el terme *funcions* designa el mandat conferit per mitjà d'elecció primària o secundària i el conjunt de les funcions exercides per l'electe en virtut de l'esmentat mandat primari o secundari) i objecte del Codi (art. 3: l'objecte d'aquest codi consisteix a especificar normes de comportament que els electes estan obligats a observar en l'exercici de les seves funcions i a transmetre als ciutadans les normes de comportament que, segons el bon dret, poden esperar-se dels electes).

A continuació segueix l'enunciat dels principis generals, els quals han de ser atesos en primer lloc pels electes: primacia de la llei i de l'interès general (art. 4), objectius primaris en l'exercici del mandat (art. 5, i que es concreten en l'exercici diligent, transparent i motivat de les funcions) i principis fonamentals relatius a l'exercici del mandat (art. 6: "en l'exercici de les seves funcions, l'electe respecta les competències i les prerrogatives de qualsevol altre mandatari polític o funcionari públic. S'absté d'incitar o de contribuir i s'oposa a la violació dels principis enumerats en el present títol, per qualsevol altre càrrec polític o funcionari públic en l'exercici de les seves funcions").

Successivament, el Codi defineix una sèrie d'obligacions específiques dels electes, relatives exclusivament a l'exercici de la funció (i a l'accés a la mateixa, cf. art. 7, relatiu a les regles de conducta que cal observar durant la campanya electoral; l'objectiu de la campanya electoral del candidat consisteix a difondre i explicar el programa polític del candidat. S'absté d'obtenir qualsevol sufragi amb mitjans que no siguin la persuasió o el convenciment. En particular, renuncia a obtenir sufragis mitjançant la difamació dels altres candidats, mitjançant la violència i/o les amenaces, mitjançant la manipulació de les llistes electorals i/o dels resultats de la votació, ni mitjançant la concessió d'avantatges o promeses d'avantatges). El mateix candidat s'absté, en l'exercici de la funció, de tota conducta que pugui generar formes de clientelisme (art. 8: l'electe s'absté d'exercir les funcions pròpies o d'emprar les prerrogatives relatives al seu càrrec en favor d'interessos particulars d'individus o de grups d'individus amb l'objectiu d'obtenir un interès personal directe o indirecte) i de l'exercici de competències en favor propi (art. 9), així com d'incórrer en situacions que puguin generar un conflicte d'interessos (art. 10: quan hi hagi interessos personals directes o indirectes en les pràctiques que són objecte d'un examen pel consell o d'un òrgan executiu –local o regional–, l'electe es compromet a declarar aquests interessos abans de la deliberació i de la votació. L'electe s'absté de prendre part en qualsevol deliberació o votació que tingui com objecte un interès personal directe o indirecte) o que puguin crear un cúmul de mandats polítics (art. 11). Finalment, en l'exercici de les seves competències discrecionals, l'electe s'absté d'atorgar-se un avantatge personal directe o indirecte, o de concedir un avantatge a una persona o a un grup de persones amb l'objectiu d'obtenir un avantatge personal directe o indirecte (art. 12). També són fonamentals, encara que apareguin com a normes conclusives del títol del *Codi* relatiu a les obligacions específiques, les normes relatives a la prohibició de la corrupció (art. 13: en l'exercici de les seves funcions, l'electe s'absté de qualsevol tipus de comportament de corrupció activa o passiva definits en la reglamentació penal nacional o internacional vigent).

Les normes conclusives del Codi són, en canvi, tema de relacions entre els electes i els ciutadans (art. 19: publicitat i motivació de les decisions), l'administració (en l'assumpció del personal, en el respecte i valoració de la missió de l'administració, articles 20, 21 i 22) i els mitjans de comunicació (i en les informacions proporcionades, art. 23).

Finalment, el Codi s'ocupa de la seva difusió entre els electes, ciutadans, funcionaris i medis de comunicació (articles 24 i 25).

6. Altres organismes de control extern

6.1. L'Oficina Antifrau de Catalunya

La recent i ambiciosa Llei 14/2008 crea l'Oficina Antifrau de Catalunya (OAC). La normativa dissenya una autoritat reguladora independent la missió institucional de la qual és preservar la transparència i la integritat de les administracions i del personal al servei del sector públic català. Per tant, des d'un punt de vista estructural –i, per exemple, a diferència de l'Oficina de Conflictes d'interès estatal, que és només un òrgan dotat d'autonomia– l'OAC és una entitat de dret públic dotada de personalitat jurídica i adscrita al Parlament de Catalunya el director de la qual és elegit pel Parlament a proposta del Govern. Des de la perspectiva funcional, estem davant una organització que es configura com el guardià de la integritat del sector públic català i l'organisme de prevenció i avaluació de les àrees de risc de corrupció (en sentit ampli). Aquest extens paper s'indueix de les competències de l'OAC, que són:

1. Prevenir, investigar i inspeccionar possibles casos d'ús o destí irregular de fons públics, així com les conductes contràries a la probitat o als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió a la llei i al dret;
2. Estudiar, promoure i impulsar l'aplicació de bones pràctiques administratives;
3. Prevenir i alertar sobre les conductes del personal de l'Administració i dels alts càrrecs que tinguin o puguin tenir com a resultat el destí o ús irregular de fons públics o qualsevol altre aprofitament il·lícit que comporti un conflicte d'interessos o consisteixi en l'ús particular de les informacions que tinguin per raó de les seves funcions, i l'abús en l'exercici d'aquestes funcions;
4. Cooperar amb l'autoritat competent per a determinar les infraccions administratives i també amb l'autoritat judicial o el Ministeri Fiscal en la determinació de les conductes penalment rellevants;
5. Col·laborar, a sol·licitud de l'òrgan o institució competent, en la formació inicial o continuada del personal del sector públic català, en matèria de lluita contra el frau, la corrupció i qualsevol activitat il·lícita contrària als interessos generals;
6. Assessorar i formular propostes i recomanacions als òrgans de l'Administració, al Govern català o al Parlament en les matèries de la seva competència.

En qualsevol cas, l'àmbit operatiu de l'OAC és el sector públic de Catalunya, integrat per l'administració de la Generalitat, els ens locals, les universitats públiques i tots els organismes i entitats que en depenguin. Addicionalment, per a complir les seves funcions, l'àmbit d'actuació de l'OAC pot incloure les persones físiques i les entitats i empreses privades que siguin concessionàries de serveis o contractistes d'obres de les entitats que composen el sector públic. Així, també inclou les fundacions i consorcis en els quals les administracions i entitats que formen el sector públic de Catalunya

nomenen la majoria de membres dels òrgans de decisió o aporten més d'un cinquanta per cent dels ingressos. En el cas que aquesta aportació sigui inferior al cinquanta per cent, l'àmbit d'actuació de l'OAC ha d'estendre's únicament al control de les activitats de gestió de serveis públics, d'execució d'obres públiques o de funcions de recaptació que duguin a terme a compte del sector públic de Catalunya.

D'acord amb l'article 2.3 de l'Estatut, els ens locals integren el sistema institucional de la Generalitat (que, a més, ostenta la competència exclusiva sobre el règim d'aquestes administracions segons l'article 160.1.a. de l'Estatut) i, com ja s'ha dit, recauen a l'àmbit d'actuació de l'OAC. La definició de les funcions de l'OAC en relació amb els ens locals ha estat una de les qüestions més controvertides de l'iter d'elaboració de la Llei 14/2008; finalment l'article 6, de forma respectuosa amb el principi d'autonomia local, ha precisat de la següent manera que l'OAC, «a l'àmbit del sector públic de l'Administració Local, té específicament les següents funcions:

a) Examinar l'actuació de l'Administració Local en l'àmbit de les seves competències i, si escau, instar l'Administració Local corresponent per tal que, en l'exercici de les seves funcions de control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària, investigui i inspeccioni, per mitjà dels corresponents òrgans, els possibles casos d'ús o destinació irregular de fons públics, i també les conductes oposades a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret, i informi l'OAC dels resultats de la inspecció i la investigació.
b) Assessorar en la prevenció de conductes contràries a la probitat o contràries als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret en l'actuació dels ens locals i en l'àmbit de les relacions entre aquests ens i els particulars.».

En definitiva el poder d'"examinar" no es tradueix en una facultat de penetració pura i dura a l'Administració Local, sinó que, arran d'aquesta activitat d'anàlisi, s'hauria de generar una nova connexió virtuosa entre l'organisme de control extern i el sistema dels controls interns a l'entitat. La clau de l'èxit d'aquesta fórmula es troba, tanmateix, en el compliment dels deures de col·laboració i en la voluntat de cooperació. La Llei preveu tant els primers (art. 14), com els instruments per implementar la segona (art. 15). Seria realment desitjable que els ens locals aprofitessin l'OAC per superar els límits intrínsecs de la seva gestió i prevenció en matèria de conflictes d'interessos i, per tant, fessin servir al màxim les fórmules dels plans i programes conjunts, així com dels convenis i dels protocols, per a superar la complexitat dels problemes que es plantegen per millorar la integritat pública.

L'exposada amplitud de competències d'aquesta nova institució de control pot transformar-se en el principal risc de fracàs de l'OAC, és a dir, que s'extralimiti respecte de les competències dels altres òrgans i institucions que despleguen els mecanismes horitzontals de control del govern i que, en lloc d'assumir el paper d'organismes de correcció excepcional i d'impuls a la xarxa dels sistemes de control,

produeixi un curtcircuit a aquesta xarxa (a causa dels conflictes competencials). Aquesta situació ha estat prevista amb claredat pel legislador català, que a l'article 7.1. de la Llei, estableix que les funcions de l'OAC «s'entén, en tots els casos, que són sense perjudici de les que compleixen la Intervenció General de la Generalitat de Catalunya, el Síndic de Greuges, la Sindicatura de Comptes, el Tribunal de Comptes o institucions equivalents de control, supervisió i protectorat de les persones jurídiques públiques i privades instrumentals, ni les que corresponen als òrgans, necessaris o complementaris, de control dels ens locals». Així mateix, l'OAC no pot complir funcions pròpies de l'autoritat judicial de la policia judicial i del Ministeri Fiscal. Malgrat aquesta norma de *self-constraint*, la solució als més que probables conflictes i la real millora de transparència, integritat i responsabilitat del sector públic recau en la capacitat dels guardians del sector públic de propiciar mecanismes administratius de cooperació.

6.2. El Tribunal i la Sindicatura de Comptes

El Tribunal de Comptes és un òrgan dependent de les Corts Generals i desvinculat del poder executiu que exerceix un control extern de naturalesa comptable i financera del sector públic amb plena independència i submissió a l'ordenament jurídic. L'article 136 de la CE el configura com el suprem òrgan fiscalitzador dels comptes i de la gestió econòmica de l'Estat i del sector públic, de manera que la seva competència abasta igualment el control econòmic i pressupostari de les comunitats autònomes i de l'Administració Local (arts. 153.d de la CE, 4 de la LO 4/1982 i 2 del Reial decret legislatiu 2/2007, de 28 de desembre, pel qual s'aprova la Llei general d'estabilitat pressupostària). La seva normativa reguladora bàsica ve constituïda per la Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig, del Tribunal de Comptes i per la Llei 7/1988, de 5 d'abril, que fixa el seu funcionament, tot i que existeix normativa que fa remissions concretes a la funció de fiscalització externa que desenvolupa aquest òrgan (Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostaria; Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de contractes del sector públic…). La seva comesa és vetllar per la legalitat i l'eficiència de les actuacions que comportin el reconeixement de drets i obligacions de contingut econòmic, així com dels ingressos i els pagaments que se'n derivin i, en general, de la recaptació, la inversió o l'aplicació dels fons públics. Aquest control s'estén a les subvencions, crèdits, avals i altres ajuts procedents del sector públic i percebuts per persones físiques i jurídiques, així com al compliment dels objectius dels programes pressupostaris i memòries d'aquelles operacions i als contractes administratius celebrats pels organismes o les institucions del sector públic.[434] Els dotze consellers que formen part d'aquest òrgan col·legiat se subjecten a les mateixes causes d'incapacitat, incompatibilitats i prohibicions establertes pels jutges a la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial. Són escollits per meitats per un període de nou anys per cadascuna de les dues cambres parlamentàries amb majoria de tres cinquenes parts.

[434] MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tom III, Iustel, Madrid, 2009, p. 913.

La Sindicatura de Comptes, per la seva banda, és definida per l'article 80 de l'EAC com l'òrgan fiscalitzador extern dels comptes, de la gestió econòmica i del control d'eficiència de la Generalitat, dels ens locals i de la resta del sector públic de Catalunya (enunciat reiterat per l'article 1 de la Llei 18/2010, de 7 de juny, de la Sindicatura de Comptes).[435] En la mesura en què el control extern de l'activitat de les administracions catalanes que genera despesa pública està reconegut tant al Tribunal com a la Sindicatura (STC 187/1988, de 17 d'octubre), les relacions de col·laboració entre ambdues institucions s'han d'establir mitjançant conveni, el qual ha de fixar els mecanismes de participació en els procediments jurisdiccionals sobre responsabilitat comptable. També es pot recórrer a solucions de delegació, com ara l'assenyalada per l'article 26.3 de la LO 2/1982 que preveu la delegació a la Sindicatura de Comptes (o a l'òrgan autonòmic que territorialment correspongui) de la instrucció dels procediments jurisdiccionals per enjudiciar la responsabilitat comptable en què incorrin les persones que tinguin al seu càrrec la gestió de cabdals o efectes públics.[436]

La Sindicatura de Comptes depèn orgànicament del Parlament i exerceix les seves funcions per delegació d'aquest i amb plena autonomia organitzativa, funcional i pressupostària. Està formada per set síndics designats pel Parlament per majoria de tres cinquenes parts que, a la vegada, elegeixen d'entre ells el Síndic Major (art. 81.1 EAC). Aquesta designació es realitza per un període de sis anys renovable una sola vegada (art. 18 de la Llei 18/2010).

Els resultats de la funció pública fiscalitzadora desenvolupada per la Sindicatura de Comptes es condensen en els i

–

relatius a les funcions de fiscalització de la comptabilitat dels processos electorals així com de la comptabilitat i l'activitat econòmica i financera dels partits polítics, les federacions i les agrupacions d'electors que hi participin. També li correspon elaborar els informes que li siguin encomanats pel Parlament o acordi el ple de la Sindicatura (art. 36 de la Llei 18/2010).

Per manament estatutari, la Llei 18/2010 (que deroga la Llei 6/1984, de 5 de març), estableix l'estatut personal, les incompatibilitats, les causes de cessament, l'organització i el funcionament de la Sindicatura de Comptes. Aquest òrgan col·legiat no es limita a exercir funcions fiscalitzadores sinó que exerceix també funcions jurisdiccionals i

[435] L'article 3 de la Llei 18/2010 estableix que, a banda del sector públic de Catalunya (Administració de la Generalitat, Administració Local, universitats públiques, partits polítics…), també resten subjectes al control de la Sindicatura les entitats regulades pel capítol V del títol II de l'EAC i les que depenen del Parlament.

[436] Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 1981.

d'assessorament i consulta. D'acord amb l'article 3 d'aquesta norma, les funcions assumides per la Sindicatura de Comptes són les següents:

a) Fiscalitzar els comptes de la totalitat dels ingressos i les despeses del sector públic de Catalunya per mitjà de l'elaboració d'informes, a fi de determinar-ne la fiabilitat, i vetllar perquè els comptes s'ajustin a la legalitat i l'eficàcia de les operacions corresponents.
b) Examinar els comptes generals del sector públic que formen anualment les administracions que l'integren, per mitjà d'agregació o consolidació dels comptes de les entitats dependents de cada administració, en relació amb la situació econòmica, financera i patrimonial, els resultats de l'exercici, l'execució i la liquidació dels pressupostos i l'assoliment dels objectius.
c) Controlar, per mitjà d'auditories operatives, la legalitat, l'eficàcia, l'eficiència i l'economia de les activitats dels centres de gestió, dels serveis, dels programes pressupostaris i, en general, de qualsevol activitat de contingut econòmic i financer feta pel sector públic.
d) Avaluar el grau de compliment assolit pels ens subjectes a fiscalització respecte de llurs objectius pressupostaris, per mitjà de l'anàlisi de la gestió, els recursos, les activitats, els resultats, els costos i els impactes d'aquests ens, tot emprant criteris d'eficiència, eficàcia, economia, qualitat, equitat, gènere, sostenibilitat o altres criteris que es considerin adequats, i fent recomanacions sobre les possibles innovacions i bones pràctiques per millorar la gestió pública.
e) Fer el seguiment i retre compte del grau de compliment de les recomanacions aprovades pel Parlament derivades dels informes que emet.
f) Assessorar, emetre dictàmens i respondre a les consultes que, en matèria de comptabilitat pública i de gestió econòmica i financera del sector públic, li demani el Parlament.
g) Fiscalitzar la comptabilitat dels processos electorals l'àmbit dels quals se circumscriu a Catalunya, i també la comptabilitat i l'activitat econòmica i financera dels partits polítics, les federacions i les agrupacions d'electors que participen en aquests processos, d'acord amb la normativa reguladora del finançament dels partits polítics.
h) Fiscalitzar les associacions i les fundacions sotmeses al protectorat de la Generalitat i vinculades orgànicament a partits polítics amb representació al Parlament.
i) Exercir les funcions jurisdiccionals relatives a fets que poden ésser constitutius de responsabilitat comptable, en els termes que es deriven de l'article 80.3 de l'EAC.
j) Col·laborar amb el departament competent en matèria de corporacions locals en el disseny d'actuacions formatives en relació amb la documentació que s'ha de lliurar a la Sindicatura de Comptes, les quals han de tenir en compte les especificitats dels ens locals i, concretament, les que es deriven del nombre d'habitants.
k) Altres funcions que li delegui el Tribunal de Comptes.

Com es pot comprovar, l'activitat de control de la Sindicatura de Comptes abasta un àmbit subjectiu omnicomprensiu de tot el sector públic així com un àmbit material molt extens (com

, la

Sindica

-

. Un punt de contacte important el representa el *control dels processos electorals i del finançament dels partits polítics*. Precisament, aquest és un dels àmbits on la ciutadania espanyola detecta un major nivell de corrupció, coincident amb un moment d'intens descrèdit social de la política i dels polítics.[437] PÉREZ FRANCESCH fa notar que el finançament dels partits polítics presenta deficiències greus, com ara les pràctiques il·legals o al·legals, irregularitats que s'apropen en alguns casos a la corrupció, la voràgine de despeses en campanya electoral, la manca d'austeritat i de transparència o la gran dependència estructural del finançament públic.[438] La Llei orgànica 8/2007, de 4 de juliol, de finançament dels partits polítics, que deroga la LO 3/1987, de 2 de juliol, intenta aportar una major transparència i control de les vies de finançament, però, com és obvi tenint en compte qui negocia els continguts de la Llei (els mateixos destinataris: els partits polítics), sense fer-les perillar. Entre les mesures més contundents figuren la subjecció de les fundacions i les associacions vinculades orgànicament als partits polítics al radi d'acció de la Llei (disposició addicional setena) i la supressió de les donacions anònimes, que es compensen doblement: d'una banda, amb un increment important de les subvencions públiques directes que es reben procedents dels pressupostos generals de l'Estat per al funcionament ordinari dels partits i, de l'altra, amb la possibilitat que les comunitats autònomes i les corporacions locals atorguin ajuts per a la despesa ordinària dels partits.[439] Així mateix, s'ha desaprofitat l'ocasió per fixar un límit pel que fa al finançament públic –que sí s'ha determinat en relació amb les donacions privades, que d'acord amb l'article 5.2 és de 100.000 euros anuals per aportacions realitzades per persones físiques o associacions (amb anterioritat era de 6.000 euros) que poden augmentar fins a 150.000 quan es destinin a fundacions lligades a partits polítics–[440] com sí tenen establerts altres països.

---

[437] Com apunta GARCÍA DE ENTERRÍA, "és un fet que, sens dubte, la corrupció ha cobrat nous aspectes en el nostre temps i una penetració més extensa, en bona part en virtut precisament del sistema d'Estat de partits (…). El finançament dels partits polítics i de llurs campanyes electorals, es troba, freqüentment, en els orígens del sorgiment de pràctiques corruptes, les quals s'estenen immediatament per si mateixes cap a posicions individuals. No obstant la reacció social cada vegada més forta contra aquestes pràctiques corruptes (…), els politòlegs i analistes socials, lluny de preveure el seu control i desaparició gradual, diuen que 'la corrupció s'incrementarà en el futur', facilitada per la mundialització de l'economia i el desenvolupament tecnològic". GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 96 i 97.

[438] PÉREZ FRANCESCH, J.L., "La financiación de los partidos políticos en España. Consideraciones a partir de los informes del Tribunal de Cuentas y de la nueva Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio", a *Papers*, núm. 92, 2009, p. 253.

[439] Els recursos públics vénen constituïts per subvencions per a despeses electorals; subvencions estatals anuals per a despeses de funcionament i altres similars que puguin aprovar les comunitats autònomes i altres ens territorials com les corporacions locals; subvencions extraordinàries per a dur a terme campanyes de propaganda en cas de referèndum; i aportacions aprovades a les cambres parlamentàries per fer front a les despeses dels grups parlamentaris (art. 2 de la LO 8/2007).

[440] Aquest límit no s'aplica a les donacions d'immobles ni a la condonació de deutes.

Aquesta situació és percebuda per la ciutadania com una "operació de maquillatge" en què la intenció dels partits polítics és escenificar de cara a la galeria una regulació i control adequats dels estats comptables dels partits. Àdhuc, la Llei estableix que aquests han de portar els llibres de comptabilitat de forma detallada, amb la possibilitat que en qualsevol moment es pugui conèixer la seva situació financera i patrimonial. Els comptes anuals consolidats s'estenen als àmbits estatal, autonòmic, comarcal i provincial, mentre que els comptes anuals consolidats de federacions de partits i coalicions han d'incloure la dels partits federats o coaligats. Els comptes anuals comprenen el balanç, el compte de resultats i una memòria explicativa d'ambdós, la qual ha d'incloure la relació de subvencions públiques i de donacions privades procedents de persones físiques o jurídiques, amb identificació del donant i de la quantitat aportada. La memòria també ha de contenir un annex on quedin especificades de forma detallada les condicions contractuals dels crèdits o préstecs que el partit manté amb les entitats de crèdit, identificant l'entitat que els concedeix l'import atorgat, el tipus d'interès, el termini d'amortització i el deute pendent al moment de tancament de l'exercici i amb indicació de qualsevol contingència rellevant sobre el compliment de les condicions pactades.[441]

Els comptes anuals consolidats degudament formalitzats s'han de presentar abans del 30 de juny de l'any següent al de l'exercici referit davant del Tribunal de Comptes/Sindicatura de Comptes[442] (art. 14). El control d'aquests organismes s'estén a la fiscalització de la legalitat dels recursos públics i privats dels partits polítics així com a la regularitat comptable de les activitats economicofinanceres que realitzin.

Si bé, com s'ha vist, existeixen àmbits on les competències de l'OAC es troben amb les d'organismes de control extern preexistents, cal dir que la creació de l'OAC no implica la seva preeminència sobre aquells ni la disminució de llurs funcions precisament perquè en part ve a ocupar un espai buit –una "zona fosca" com s'ha dit en alguna ocasió– que abasta dimensions subjectives (els subjectes afectats) i temporals (l'actuació no necessàriament *ex post*, com s'esdevé per exemple amb l'autoritat judicial o la Sindicatura de Comptes). En qualsevol cas, les seves atribucions són complementàries a les de la resta d'organismes de control i fiscalització i per això la clau de la seva funcionalitat vindrà determinada per l'articulació i l'encaix institucional que realitzi, actuant de forma adequadament coordinada amb ells, intercanviant informació quan sigui necessari i també duent a terme actuacions conjuntes a través dels convenis i

[441] Per al retiment de comptes dels grups parlamentaris de les Corts Generals, de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes, de les juntes generals dels territoris històrics bascs i dels grups de les corporacions locals s'ha de tenir en compte el que disposin els seus reglaments respectius o la normativa local específica (art. 14.6 de la Llei 8/2007).

[442] L'article 16.1 de la Llei 8/2007 assenyala que el control de l'activitat economicofinancera dels partits polítics correspon en exclusiva al Tribunal de Comptes, sens perjudici de les competències atribuïdes als òrgans de fiscalització de les comunitats autònomes previstos en els respectius estatuts.

programes que s'arribin a formalitzar. No pot assumir, però, les competències reservades al Ministeri Fiscal, les autoritats judicials i la policia judicial ni tampoc pot investigar els mateixos fets que siguin objecte d'investigació judicial, amb la finalitat de no interferir en el procés judicial. Així, tal com impera en l'àmbit del procediment sancionador administratiu general, si l'autoritat judicial o el Ministeri Fiscal han iniciat un procediment per determinar la rellevància penal d'uns fets que alhora són investigats per l'OAC, aquesta queda obligada a suspendre les seves actuacions i aportar immediatament tota la informació que hagi acumulat.

6.2.2. Problemes

La consideració dels problemes als quals s'enfronta la Sindicatura i els reptes als quals s'ha d'acarar, pot dur-se a terme a partir del contingut d'un document que neix de la unió dels propis protagonistes del control: la "Declaració de Pamplona".

Els màxims representants dels tribunals autonòmics de comptes, en una reunió celebrada a Madrid el 15 de juny de 2006, van decidir constituir la Conferència de Presidents per tal d'afavorir la cooperació entre les institucions de control. A la primera reunió, celebrada el 19 d'octubre de 2006 a Pamplona, la Conferència de Presidents va consensuar una declaració sobre la situació del control dels fons públics, on es fa referència a la necessitat de crear una "conciencia pública de control":

> «Los órganos autonómicos de control externo han intentado crear en el ámbito de nuestras Administraciones una conciencia pública del control, entendido no como un fin en sí mismo, sino como un medio que contribuya a una gestión cada día más transparente y eficaz. Consideramos importante que esta cultura cale en todos los ámbitos de la gestión pública, tanto en sus responsables políticos como entre los gestores, con el fin de que nuestros diagnósticos y recomendaciones sean útiles entre quienes administran el dinero público».

Anem, ara, a centrar la nostra atenció en les administracions locals, com a ens responsables de retre comptes. Els òrgans encarregats del control han d'assumir un paper, de manera que realitzin conjuntament ja sigui un control de legalitat com una anàlisi de l'equilibri financer, i comprovin tal vegada l'eficàcia a la gestió de les entitats locals sotmeses a la seva vigilància, atès que l'Administració Local té recursos limitats i s'ha d'adaptar als mandats de l'Estat central per tal d'aconseguir les finalitats de l'economia nacional. Tenint en compte que, més enllà del complimentat de la legalitat, els ciutadans demanden de l'administració moderna una actuació eficaç i eficient, es demanen uns òrgans de control que puguin servir de mitjà per assolir aquest objectiu. Però això topa amb els següents inconvenients pel que fa a l'Administració Local: en primer lloc, d'un examen dels articles que regulen la tramitació del Compte General, principal instrument amb el qual els òrgans de control extern realitzen la seva funció, deduïm les següents fases:

- Rendició pel president de l'entitat local i, si escau, dels ens dependents d'aquesta, dels comptes respectius abans del 15 de maig de l'exercici següent al qual corresponguin.
- Formació per la Intervenció del Compte General i remissió a la Comissió Especial de Comptes abans de l'1 de juny de l'exercici següent al qual correspongui.
- Informe de la Comissió Especial de Comptes.
- Exposició al públic per un termini de 15 dies, durant els quals i vuit més, els interessats podran presentar reclamacions, objeccions o observacions.
- Nou informe de la Comissió Especial de Comptes en el cas de reclamacions.
- Supeditació al ple de la corporació per tal que pugui ser aprovada abans de l'1 d'octubre.
- Rendició al Tribunal de Comptes abans del 15 d'octubre, tret de les competències que corresponguin als òrgans de control extern autonòmic.

Vistes totes les fases, és òbvia la dificultat que presenta la tramitació de l'expedient i la dilació que es produeix en el procés de rendició de comptes per part de les entitats locals. És evident que alguns tràmits es podrien ometre i que seria de gran utilitat reduir alguns terminis del procés.

El resultat de tot això és que, quan l'òrgan de control extern emeti el seu informe de fiscalització, hauran passat gairebé dos anys des que va acabar l'exercici els comptes del qual es retén. Això, inevitablement, fa que part del seu contingut perdi l'eficàcia desitjada atès que, si definim el control com el conjunt de tasques encarregades de comprovar el grau de compliment de les finalitats perseguides per les diferents activitats i serveis que presta l'organització, difícilment podran les entitats locals fixar-se objectius per complir si el resultat de la fiscalització arriba tan tard, o en qualsevol cas ho faran amb massa demora.

Per tant, els òrgans de control extern han de tenir a la seva disposició el compte general en un menor termini de temps per tal de poder realitzar les seves conclusions i observacions perquè, en base a elles, les entitats locals puguin fixar objectius de qualitat i eficiència a la futura gestió de manera més immediata.

Un altre tema de gran importància pràctica fa referència al sistema de rendició en suport informàtic dels comptes generals de les entitats locals, recollit a la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 28 de juliol del 2006, que ha estat assumit per diferents òrgans autonòmics. Per a la seva execució s'han subscrit convenis per part d'aquests òrgans amb el Tribunal de Comptes.

És obvi que l'aplicació dels criteris d'economia, eficiència i eficàcia en la gestió d'allò públic suposi que s'abordi una reestructuració del sistema. És a dir, el model de competències i de relacions entre el Tribunal de Comptes i els òrgans de control extern ha de ser objecte de revisió, la qual cosa probablement pugui donar com a resultat una nova interpretació de l'article 136 de la Constitució. Aquesta major coordinació entre

els òrgans de control extern i el propi Tribunal reduiria alguns dels problemes més greus que tenen les entitats locals a l'hora de subministrar informació, atès que són ens obligats a enviar la seva informació econòmica financera en diferents terminis, i sobretot en formats diferents, a diferents institucions, amb les dificultats que això suposa a administracions amb una dimensió limitada i medis insuficients.

És ben palesa la necessitat de reduir la informació que han d'enviar les entitats locals als diferents òrgans, així com la urgència de reduir els terminis per a la remissió.

També caldria intentar una regulació uniforme, que corregeixi la forma heterogènia amb la qual s'usen els termes d'economia, eficiència i eficàcia a la legislació dels diferents òrgans de control extern. Això donaria peu a valoracions més homogènies sobre el grau de compliment per part de les entitats locals.

Una última recomanació podria ser que, dins l'atenció especial que els òrgans de control extern han de prestar al sector local, s'hauria d'intentar fomentar les relacions amb els òrgans de control intern d'aquestes entitats, ja sigui a través de seminaris, xerrades o cursos. Probablement aquestes trobades suposarien un acostament molt important entre els òrgans responsables del control de la gestió econòmica local, del qual podrien sorgir una gran varietat d'iniciatives com ara, per exemple, el naixement de sistemes per tractar la informació comptable que s'adaptin millor a la realitat local.

7. La convergència dels ordenaments nacionals cap a una noció comuna de "bona administració"

El principi de bona administració neix i es desenvolupa en els diferents ordenaments nacionals partint del seu enunciat dins d'una institució típica: el procediment administratiu, que constitueix la modalitat principal de les administracions públiques d'incidir sobre els individus, els administrats.

La reconstrucció que la ciència jurídica fa del procediment en el context de les tradicions administratives europees és de tipus preceptiu, i no merament descriptiu, del moment en què es considera un concepte comprensiu d'una sèrie de conseqüències directes en termes d'atribució de drets i reconeixement de deures atribuïbles als administrats[443]. Partint d'això, és possible reconduir l'anàlisi cap al principi de bona administració amb la finalitat d'un estudi comparatiu, en l'àmbit d'aquelles dues justificacions logicoracionals que la ciència jurídica descriu respecte de la modalitat en què és possible considerar l'activitat administrativa.

D'una banda, existeix una concepció objectiva que es basa en l'eficiència de l'acció administrativa i, de l'altra, una concepció subjectiva, que es fixa amb més atenció en la protecció de l'individu. Sobre la base de la forma en què es concep l'activitat

[443] DELLA CANANEA, G., "Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", a *European Public Law*, 2003, p. 569.

administrativa i la seva funció, canvia el mode de concebre els drets que l'individu pot fer valer davant l'exercici d'aquella activitat.

Respecte de la concepció objectiva, típica dels països amb *civil law*, les normes i els principis que reconeixen les garanties de procediment són instrumentals; constitueixen, per tant, un mitjà per assolir la fi, és a dir, garantir i assegurar l'eficiència de l'administració pública. A la concepció subjectiva, típica dels països amb *common law*, en canvi, les normes de procediment són un fi per si mateixes, perquè garanteixen l'objectiu principal: la protecció de l'individu i el procediment just; l'individu està protegit no només en relació amb les il·legitimitats i irregularitats substancials, sinó també respecte dels procediments "injustos"[444].

El principi de bona administració i l'anàlisi dels instruments no jurisdiccionals a disposició dels individus per presentar queixes contra les violacions d'aquell principi permeten afegir qualsevol cosa pel que fa a la reconstrucció de la ciència jurídica en aquest context. El principi pot ser declinat en moltes accepcions, les quals es poden trobar en tots els contextos nacionals analitzats (cf. § 3), que permeten la instauració de procediments administratius dirigits a la tutela de la bona administració. Ja sigui en una accepció més restringida, val a dir que com a deure de persecució de la diligència administrativa, ja sigui en la seva accepció més àmplia, com a reconeixement de garanties de procediment que fan referència als individus (articulat a vegades com a dret de ser escoltat, a vegades com a dret d'accés, a vegades com a obligació de motivació i a vegades com a respecte del termini raonable), el principi de bona administració pot ser representat com a síntesi de les diferents concepcions de les tradicions dels drets administratius nacionals. Si la diligència de les administracions consisteix en la representació correcta, imparcial i adequada de tots els fets i de totes les raons de dret, en l'examen acurat i pertinent dels elements rellevants amb l'objectiu d'arribar a una decisió, alhora, el dret dels individus a obtenir un procediment just pot ser considerat un indicador d'un increment notable del seu nivell de tutela. L'exigència prevalent és la creació d'uns "estàndards" de protecció cada cop més elevats i més adequats. D'altra banda, no pot silenciar-se la necessitat que aquest principi, davant de l'estàndard de protecció dels drets cada cop més elevat, pugui compensar-se amb l'exigència d'una

[444] Des del punt de vista teòric, la separació entre els dos sistemes surt a l'obra del jurista anglès Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the Constitution* del 1885, on compara el *rule of law* i el *droit administratif*. Sobre aquest punt, vegeu àmpliament CASSESE, S., "Le basi costituzionali", a *Trattato de diritto amministrativo, Parte generale*, a càrrec de CASSESE, S., Milà, 2003, p. 208 i següents. Del mateix autor, "Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo", a *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1980, núm. 19, p. 5 i següents. Pel que fa a l'enquadrament del dret europeu en un dels dos sistemes teòrics definits, vegeu AZOULAY, L., *The Court of Justice and the Administrative Governance*, cit., p. 433; HARLOW, C., "European Adiministrative Law and the Global Challenge", a *The Evolution of Eu Law*, a càrrec de CRAIG, P., DE BURCA, G., Oxford, 1999, p. 263 i següents; NEHL, H. P., *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Oxford, 1999, p. 20; GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1996; CRAIG, P., "Procedures and Administrative Decision-making: A Common Law Perspective", a *European Review of Public Law*, Numero Speciale, 1993, 55; CASSESE, S., "Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo", a *Rivista trimestrale de diritto proc. civile*, 1992, p. 467 i següents.

administració ràpida i eficient (rapidesa i celeritat de les decisions, certesa dels temps administratius, eficàcia de l'acció, prohibició d'augmentar els procediments, etc.).

Amb tot, la conclusió que surt de la ràpida anàlisi efectuada en les diferents experiències nacionals és l'intent (iniciat en èpoques anteriors però revitalitzada els darrers anys en l'àmbit de la Unió Europea) de convergència al voltant de la "bona administració" i de les eines no jurisdiccionals creades per a la seva tutela.

Entre les eines de promoció de la qualitat de l'acció administrativa, l'*ombudsman* s'ha distingit després de la Segona Guerra Mundial com la institució amb més capacitat de difusió internacional[445]. Avui, més de cent països al món disposen d'un *ombudsman* o d'una autoritat anàloga a nivell nacional, sense tenir en compte els *ombudsman* creats a l'àmbit local. Així, la institució de l'*ombudsman*, nascuda a Suècia el 1809, després de poc més d'un segle d'incubació, ha començat a difondre's pels països escandinaus i per tot el món.

Les característiques i les funcions fonamentals del càrrec es poden resumir avui en les d'un "mostrador de queixes" per al ciutadà descontent amb el tractament rebut per l'administració pública. Amb els poders informals i de *moral suasion* de què disposa (recomanacions a l'administració pública, informes oficials al Parlament, facultat de proposar reformes), l'*ombudsman* es troba en situació de resoldre, mitjançant la negociació, les controvèrsies entre l'administració i els particulars[446] i de proposar-se com a institució per reformar la resta d'institucions. Els costos continguts i els temps d'intervenció reduïts han convertit l'*ombudsman* en una alternativa practicable en la jurisdicció administrativa[447].

Dels 25 estats membres de la Unió Europea, només Itàlia i Alemanya, tot i estar dotats d'*ombudsman* a l'àmbit regional i local, no disposen d'un *ombudsman* a l'àmbit nacional. Des de 1995, any del seu primer nomenament, fins i tot el mediador europeu en la primera dècada de la seva activitat ha quadruplicat el nombre de reclamacions rebudes i ha obtingut la modificació de nombroses decisions i pràctiques administratives no plenament ajustades als cànons de la bona administració.

La institució de l'*ombudsman* ha tingut un èxit notable entre les organitzacions estatals i avui dia també s'està difonent entre les organitzacions internacionals. És una eina flexible i una font permanent de propostes de reforma administrativa. Les pressions de l'*ombudsman* europeu han fet que la Carta de Niça i el Tractat de Lisboa incorporessin el dret a la bona administració i ha forçat a diferents institucions a considerar la

[445] MORTATI, C., *L'ombudsman: il difensore civico*, Torí, UTET, 1974.
[446] ROWAT, D., *The Ombudsman Plan. Essays on the Worldwide Spread of an Idea*, Toronto, McClelland and Stewart, 1973. L. Cominelli, *Il Mediador europeo, ombudsman dell'Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milà, Giuffrè, 2005.
[447] LEINO, P., "The Wind is in the North. The First European Ombudsman (1995-2003)", *European Public Law*, 10 (2): 333-368, 2004.

possibilitat de vincular-se a un codi de bona administració en relació amb els mateixos funcionaris.

Ens hem demanat si l'*ombudsman* no pot estar en situació de desenvolupar i proposar de manera autònoma els "estàndards" de millora de la pràctica administrativa, partint del punt de vista del ciutadà. El millor camí per l'*ombudsman* és probablement diferent: consisteix a vigilar la qualitat de l'administració des d'un punt de vista no legalista, promovent la cultura del servei en el camp administratiu[448]. Tot i que això no sigui un problema per a la cultura administrativa nòrdica, la dificultat sorgeix amb el model administratiu alemany, el model francès i dels estats de l'Europa del sud.

En realitat, l'*ombudsman* s'adapta al context institucional i cultural en què es troba i modula les seves intervencions seguint l'estrella polar del canvi i la bona administració. És cada cop més freqüent en els ordenaments nacionals la definició precisa d'allò que constitueix la "bona administració", efectuada *a contrario* mitjançant la compilació de casuístiques de mala administració. Finalment, el concepte de mala administració ha estat manllevat del dret anglès i, òbviament, és més ampli respecte de la categoria de la simple il·legitimitat[449]; no obstant això, el conjunt d'aquestes característiques relatives a la seva peculiar configuració li donen un punt de força i el converteixen en una eina flexible i no homogènia per a la cura dels drets administratius dels individus.

[448] TOMKINS, A., "Transparency and the Emergence of a European Administrative Law", a *Yearbook of European Law*, 19: 217-256, 2000.
[449] FERNÁNDEZ de LANDA MONTOYA, M.J., *El control interinstitucional en la Unión Europea*, Vitoria-Gasteiz, Ararteko, 1996.

Bibliografia

BARLET, E., *El Síndic de Greuges,* IEA / Marcial Pons, Barcelona, 2001.

CARBALLO ARMAS, P., *El Defensor del Pueblo*, Tecnos, Madrid, 2003.

CASCAJO CASTRO, J.L., "Los defensores de pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989.

CASSESE, S., "L'arena pubblica. Nuovo paradigmi per lo Stato", a *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, 2000.

DE VERGOTTINI, G., "Ombudsman" a *Enciclopedia del Diritto* XXIX, Milà, 1979.

DELLA CANANEA, G., "Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", a *European Public Law*, 2003.

DÍEZ BUESO, L., "El Síndic de Greuges de Catalunya". *Autonomies*, núm. 19, Barcelona, 1994.

DÍEZ BUESO, L., *Los Defensores del Pueblo (ombudsmen) de las Comunidades Autónomas,* Senado, Madrid, 1999.

DÍEZ, L., i FIGUERAS, P.,, *La tramitació de les queixes pel Síndic de Greuges. Les relacions del Síndic amb els departaments del Govern.* Barcelona: Generalitat de Catalunya–Departament de Relacions Institucionals ."Col·lecció Papers de Relacions Govern–Parlament". Recull anual 2007.
EINO, P., "The Wind is in the North. The First European Ombudsman (1995-2003)", *European Public Law*, 10 (2): 333-368, 2004.

EMBID IRUJO, A., "Los Comisionados Parlamentarios Autonómicos y el control de la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local,* núm. 238, 1988.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Defensor del Pueblo –Ombudsman-*, vol. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009.

GARRIDO LÓPEZ, C., "Fundamento y virtualidad de los acuerdos de cooperación entre el Defensor del Pueblo y los comisariados parlamentarios autonómicos", a APARICIO, M.A. (Coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos,* Cedecs, Barcelona, 2001.

GIL RENDÓN, R., El Ombudsman en el Derecho Constitucional Comparado, McGraw-Hill, México, 2002.

GIL ROBLES, A., i GIL DELGADO, *El control parlamentario de la Administración (ombudsman*), 2a ed. INAP, Madrid, 1981.

GINÉ i DAVÍ, J., "La Llei 36/1985, de 6 de novembre, per la qual es regulen les relacions entre la Institució del Defensor del Poble i les figures similars en les diverses comunitats autònomes. La seva incidència en les facultats del Síndic de Greuges per a supervisar els ens locals de Catalunya", *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 4. 1986.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 1981.

HARDEN, I., “Citizenship and Information”, a *European Public Law*, 2001.

HEEDE, K., *European Ombudsman: redress and control at Union level*, London-Hague, 2000.

MARTÍNEZ TAPIA, R., “El control interno de las Corporaciones Locales” a *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, núm. 59, 1989.

NIETO, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona 2008.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., “La segunda descentralización del Estado autonómico al municipal*”*, a *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007.

PÉREZ FRANCESCH, J., “El Defensor del Pueblo en España: balance de veinticinco años de experiencia constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 128, 2005.

PÉREZ FRANCESCH, J.L., “La financiación de los partidos políticos en España. Consideraciones a partir de los informes del Tribunal de Cuentas y de la nueva Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio”, a *Papers*, núm. 92, 2009.

PONCE SOLÉ J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

RUIZ RICO, G., "Los defensores del pueblo autonómicos tras la reforma de los estatutos de autonomía”, *Revista d’ Estudis Autonòmics i Federals* , núm. 6, 2008.

SCHWARZE, J., “Judicial review in EC law- Some reflections on the Origins and the actual legal situation”, a *International and Comparative Law Quarterly*.

TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2005

TOMKINS, A., “Transparency and the Emergence of a European Administrative Law”, a *Yearbook of European Law*, 19: 217-256, 2000.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983.

VERA SANTOS, J.M., *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, CEPC, Madrid, 2002.

Codi del bon govern local

TÍTOL PRELIMINAR

TÍTOL I

PRINCIPIS GENERALS I BONES PRÀCTIQUES DEL BON GOVERN LOCAL

Capítol I
Principis del bon govern i de la integritat personal dels membres de la corporació

Capítol II
Bones pràctiques per a la millora de la transparència i la informació administrativa

TÍTOL II
BON GOVERN DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA

TÍTOL III
BON GOVERN DE L'ACTIVITAT LOCAL

Capítol I
Bon govern i contractació pública

Capítol II
Bon govern i urbanisme

Capítol III
Bon govern i serveis públics

Capítol IV
Bon govern i policia local

Capítol V
Bon govern i medi ambient

Capítol VI
Bon govern i activitat comercial

TÍTOL VI
BON GOVEN DE LES HISENDES LOCALS

TÍTOL VII
PRINCIPIS RECTORS DEL CONTROL DE LES CORPORACIONS LOCALS

Capítol I
Principis en matèria de control intern

Capítol II
Principis en matèria de control extern

TÍTOL VIII
EFICÀCIA, PUBLICITAT I APLICACIÓ DEL *CODI DE BON GOVERN*

TÍTOL PRELIMINAR

Article 1. Objecte

El *Codi de bon govern local* (endavant, *Codi*), té per objecte incrementar el nivell d'integritat de l'Administració pública local i de transparència en la gestió pública i elevar el comportament ètic dels servidors públics tot enfortint el seu vincle de lleialtat amb l'Administració i la relació de confiança amb la ciutadania.

Article 2. Àmbit de aplicació

1. Aquest codi s'aplicarà:
   a) als ens locals de Catalunya.
   b) als organismes públics dependents dels ens locals de Catalunya.
   c) a les societats mercantils el capital de les quals sigui íntegrament de titularitat dels ens locals de Catalunya.

2. Les corporacions locals adoptaran les mesures oportunes perquè les entitats no pertanyents al sector públic que gestionin serveis de titularitat dels ens locals, sotmetin la seva actuació als principis recollits en aquest codi en allò que els resulti d'aplicació.

TÍTOL I
PRINCIPIS GENERALS I BONES PRÀCTIQUES DEL BON GOVERN LOCAL

Capítol I
Principis del bon govern i de la integritat personal dels membres de la corporació

Article 3. Principis generals

1. Són principis de l'actuació dels membres de la corporació el foment dels valors cívics, el respecte als drets humans, la integritat, la transparència, la solidaritat, la igualtat, la innovació, el respecte al medi ambient i la promoció dels valors democràtics.

2. Els membres de la corporació han d'exercir les seves funcions amb objectivitat i esperit de servei, en el marc d'una cultura democràtica de respecte a la ciutadania, i d'acord amb l'interès general. S'abstindran d'actuar en contradicció amb el programa electoral amb el qual es varen presentar a les eleccions. Al començament de la legislatura es comprometran per escrit a no realitzar actes de transfuguisme. Es procurarà l'adhesió formal al present *Codi de bon govern local* com a mostra de bona voluntat i de bona fe.

3. Els membres de la corporació s'han d'esforçar per tal de prestigiar al màxim la institució en la qual desenvolupen la seva funció representativa. Periòdicament hauran de retre comptes de llur gestió. A aquest efecte hauran de comparèixer a iniciativa pròpia públicament, un cop prenguin possessió del càrrec i quan hi hagi assumptes que

així ho requereixin. Aquest tipus de compareixença s'articularà com a roda de premsa, de debat o d'informació, després d'un ple de la corporació.

4. Els membres de la corporació han d'adoptar mesures que facilitin l'eficiència en la gestió institucional que dirigeixen, i per això actuaran amb la màxima austeritat possible en l'ús dels recursos públics. Respectaran escrupolosament les normes que regulen les campanyes electorals, i en especial les relatives al finançament i l'ús del càrrec en aquest període. Contribuiran a reduir les campanyes de publicitat institucional a les que siguin estrictament necessàries, i vetllaran per un ús acurat dels recursos públics en aquest camp.

5. La gestió dels membres de la corporació es guiarà pel principi de transparència. Garantiran l'accés a la informació de tots els documents oficials que hagin de conèixer els membres de la corporació local per al correcte exercici del càrrec, amb un temps prudencial d'antelació. No es beneficiaran de forma deliberada de les decisions públiques en les quals participin, ja sigui en els òrgans de la corporació, entitats o societats delegades, o organismes autònoms.

6. Els membres de la corporació facilitaran el control extern de l'actuació de la corporació local, en els termes que s'expressen al títol VII del *Codi*. Així, donaran suport i col·laboraran en tot moment amb les administracions consultives i de control que els afectin.

7. Els membres de la corporació prendran les decisions necessàries per tal que les empreses públiques adoptin mesures de responsabilitat social corporativa.

8. Els membres de la corporació es regiran pel principi de dedicació suficient, de manera que faran el possible per tal de dedicar el temps necessari al càrrec públic que ostenten, tot evitant així l'acumulació de càrrecs, que encara que siguin legalment compatibles posin de manifest la impossibilitat material de dedicar-se a tots ells amb condicions de dedicació suficient. D'altra banda, es comprometen a ésser curosos amb l'aplicació de les incompatibilitats i la prevenció de conflictes d'interessos establerts a les lleis. Així mateix facilitaran tota la informació sobre el seu patrimoni personal en començar i en finalitzar llur mandat.

9. Els membres de la corporació evitaran els insults i les desqualificacions personals. En llurs declaracions faran servir un llenguatge educat i regit pel màxim rigor. Els representants electes hauran de mostrar el degut respecte als funcionaris i empleats públics. S'abstindran de demanar-los que facin alguna activitat que pugui repercutir en llur benefici propi. De la mateixa manera es comprometen a no acceptar regals, i evitaran els suborns actius i passius.

10. Quan els membres de la corporació participin en procediments administratius tindran cura que llurs decisions siguin sempre argumentades i motivades, i escoltaran

els ciutadans que siguin part dels procediments administratius o mostrin un interès legítim. Si escau adoptaran mesures par tal de fer efectiva i incrementar si cal la participació ciutadana en els processos de presa de decisió de caràcter general, com en el cas dels pressupostos; fomentaran la participació de la joventut, i adoptaran les mesures adients per tal de garantir una participació informada, clara i suficient.

Article 4. Conflicte d'interessos

1. Els membres de la corporació local, membres no electes de la junta de govern local, directius o funcionaris amb habilitació estatal segons el que disposa la disposició addicional quinzena de la Llei 7/1995, i els empleats de la corporació, s'abstindran d'adoptar decisions o participar en l'adopció de decisions i s'abstindran de proposar-les, i no usaran la seva posició per influenciar una decisió pública en assumptes en què conflueixin interessos públics i interessos privats propis, econòmics o d'una altra natura, de familiars directes, o interessos compartits amb terceres persones.

2. L'abstenció o la prohibició a què es refereix l'apartat anterior s'exigirà quan una decisió pública afecti o sigui raonablement previsible que afecti algun interès privat, econòmic o d'una altra natura, de la persona que ocupa el càrrec públic.

3. Per a assegurar el vincle de confiança amb la ciutadania, les persones a què es refereix l'apartat 1 d'aquest article evitaran mantenir conductes de què en pugui resultar l'aparença que es troben en una situació de conflicte d'interessos.

Article 5. Neutralitat

1. Totes les persones al servei de l'Administració Local mantindran les seves filiacions al marge del desenvolupament de la funció pública, abstenint-se d'identificar amb un interès determinat la tasca de desenvolupin.

2. S'actuarà amb transparència i cautela en relació amb els interessos dels grups de pressió per evitar que es confonguin amb els interessos generals.

Article 6. Efectivitat de la prevenció dels conflictes de interessos

1. Les corporacions locals adoptaran mitjançant els instruments normatius adequats totes les mesures necessàries per assegurar el compliment del que estableix els articles 75.7, 75.8 i 76 i en la disposició addicional quinzena de la Llei 7/1995.

2. Les corporacions locals col·laboraran amb l'Oficina Antifrau de Catalunya i sol·licitaran el seu suport tècnic en la prevenció dels conflictes d'interessos segons el que estableix la Llei 14/2008 i en el Títol VII d'aquest codi.

Capítol II
Bones pràctiques per la millora de la transparència i la informació administrativa

Article 7. Millora de la transparència i la informació administrativa

1. Les corporacions locals han de fer públics els criteris d'interpretació unificats adoptats, les instruccions i les circulars internes, sempre que tinguin efectes externs, i han de garantir al màxim la publicitat de les convocatòries; així mateix s'ha de donar publicitat plena dels resultats de les proves de selecció de personal de l'administració, organismes i empreses públiques.

2. Es regularà el procediment per exercir el dret d'accés a la documentació pública, llurs condicions i límits per assegurar la màxima informació. Amb aquesta finalitat:

a) s'han d'interpretar restrictivament les causes de denegació legalment previstes
b) no es pot exigir una justificació de la raó de la consulta d'informació
c) no es poden al·legar raons d'oportunitat per denegar el dret d'accés

3. S'impulsarà la màxima transparència i informació mitjançant l'ús dels instruments d'Administració electrònica segons el que estableix la Llei i en el Títol III d'aquest codi.

TÍTOL II
BON GOVERN DE L'ADMINISTRACIÓ ELECTRÒNICA

Article 8. Mitjans electrònics al servei del bon govern

1. Els governs locals impulsaran l'ús dels mitjans electrònics com a forma ordinària i habitual de treball, dotant-se de les infraestructures, sistemes i aplicacions que resultin necessaris.

2. Els governs locals promouran la realització íntegrament electrònica dels procediments de contractació pública, gestió de subvencions, gestió de la secretaria, de la intervenció i de la tresoreria dels ens locals. La realització total o parcial de les actuacions mitjançant expedients i documents en suport paper sense còpia electrònica s'ha de justificar de forma prèvia.

3. Sense perjudici de la formació dels corresponents expedients electrònics, els procediments tramitats electrònicament permetran la digitalització, la incorporació a bases de dades i l'explotació de les dades de gestió relativa a aquests, així com l'accés total per part dels òrgans de fiscalització i control a les dades, per a la realització de les seves funcions, si s'escau de forma automatitzada.

4. Així mateix, els governs locals impulsaran l'adopció dels mitjans electrònics en la gestió dels òrgans col·legiats de la corporació. A aquest efecte, donaran accés a tota la informació en poder de la corporació per via electrònica als regidors de l'oposició i poden arbitrar mecanismes per a la convocatòria i l'adopció d'acords emprant mitjans

electrònics, així com per a la retransmissió per la xarxa, a través de la seu electrònica, de les reunions de l'òrgan plenari.

Article 9. Ordenança d'administració i participació electrònica

1. Els governs locals publicaran una ordenança d'administració i participació electrònica, que detalli els serveis i els procediments de la seva competència que es poden realitzar per mitjans electrònics, així com les possibilitats efectives d'exercir els drets reconeguts a la legislació d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics.

2. Així mateix, els governs locals implantaran mecanismes de participació electrònica efectiva dels ciutadans en els assumptes públics mitjançant sistemes fiables de consulta electrònica, en els termes legalment establerts.

Article 10. Increment de la transparència administrativa

1. Els governs locals publicaran a la seva seu electrònica corporativa les següents informacions, com a mínim:

a) La seva organització i competències.
b) Els acords dels òrgans de govern local, excepte les dades personals dels afectats pels acords que no tinguin l'obligació legal de suportar-ne la publicació, que es remetran a annex no publicable.
c) Totes les ordenances aprovades que es trobin en vigor.
d) Els serveis que té encomanats o assumits, amb la indicació de les prestacions concretes i la disponibilitat de cadascun dels serveis.
e) Els procediments administratius que tramiten, tot precisant-ne els requisits essencials i els terminis de resolució i notificació, com també el sentit del silenci.
f) El pressupost municipal i les memòries de gestió, així com el compte general municipal.
g) Les declaracions d'activitats i béns patrimonials de les persones subjectes a aquesta obligació legal, així com la relació d'incompatibilitats dels càrrecs electes i alts càrrecs.
h) Les figures de planejament i de gestió urbanística, els convenis urbanístics i la relació de propietaris de terrenys afectats els darrers cinc anys per l'alteració del planejament urbanístic.
i) Els anuncis d'informació pública.
j) Els procediments de contractació administrativa, excepte els contractes inferiors a 5.000 euros.
k) Els procediments de concessió de subvencions.
l) Els procediments de selecció de personal.

2. La informació facilitada incorporarà la constància de l'òrgan administratiu responsable de la informació i es trobarà actualitzada en tot moment.

3. Els ens locals hauran de disposar d'un tauler d'anuncis electrònic, en el qual s'han de publicar tots els actes administratius que es publiquen en el tauler d'anuncis físic, amb els mateixos continguts indistintament.

4. El tauler d'anuncis electrònic és d'accés lliure i anònim, i ofereix la possibilitat d'establir mecanismes de subscripció, recerca i accés personalitzat dels ciutadans a les seves informacions pròpies.

Article 11. Identitat i signatura electrònica en l'actuació administrativa

1. Els governs locals es dotaran de sistemes interns d'identitat i signatura electrònica per a la seu electrònica, l'actuació administrativa automatitzada i l'actuació dels òrgans i els empleats públics, que és d'ús obligatori per a la producció de tots els documents administratius en forma electrònica.

2. Els governs locals proporcionaran als seus òrgans unipersonals, i a les persones membres dels òrgans col·legiats, sistemes de signatura electrònica reconeguda que acrediti la condició d'òrgan, mitjançant la inclusió d'aquesta condició en el certificat digital corresponent.

3. Per tal de protegir les dades personals, els governs locals poden subministrar als ciutadans, o publicar, còpies autèntiques electròniques dels documents signats electrònicament, emprant un segell electrònic de l'administració, l'òrgan o l'entitat de dret públic que correspongui.

Article 12. Actuació administrativa automatitzada

1. Els governs locals, els seus organismes autònoms i les entitats de dret públic que en depenen, disposaran almenys d'un segell electrònic per a la realització d'actes administratius automàtics.

2. Els governs locals impulsaran la realització automàtica dels següents actes:

a) La resolució administrativa, en especial quan la decisió es configura legalment com a reglada.
b) La publicació de la informació administrativa en la seu electrònica.
c) La publicació dels actes administratius en el tauler d'anuncis.
d) La publicació dels actes del procediment de contractació en el perfil del contractant.
e) L'expedició automàtica de rebuts de presentació pel registre electrònic d'entrada i sortida de documents.
f) Les actuacions automatitzades de comprovació i validació de dades de sol·licituds i altres documents del ciutadà que consten en registres administratius propis.
g) Els intercanvis automàtics de dades amb altres administracions públiques.
h) L'obertura i el tancament dels llibres electrònics.

i) Els actes automàtics de constància, com l'expedició de notes simples i certificacions administratives del contingut dels assentaments dels registres electrònics i dels libres electrònics, fins i tot amb fe pública.
j) L'emissió automàtica de còpies autèntiques de documents electrònics.
k) La digitalització de documents públic i privats, així com expedients sencers, en suport físic.
l) Els actes automàtics de comunicació amb els ciutadans.
m) Les migracions i els canvis de format automàtics, en particular a efectes de la preservació dels documents i expedients.
n) El foliat automàtic dels expedients electrònics.
o) Les aplicacions i sistemes que possibilitin l'actuació administrativa automatitzada han de ser prèviament aprovats pel president del govern local o l'òrgan en qui delegui, amb l'informe previ del secretari o secretària.

Article 13. Evidències electròniques

1. Els sistemes informàtics que suporten la publicació en la seu electrònica, el tauler d'anuncis electrònic i el perfil del contractant garantiran la data en què es publica una informació, document o anunci i la data en què es retira, així com la seva efectiva accessibilitat des de la xarxa durant el termini de publicació.

2. Els sistemes de notificació electrònica dels actes garantiran també la possibilitat d'accés per part dels interessats a les evidències electròniques de les notificacions practicades.

3. El document electrònic original signat electrònicament incorporarà necessàriament un segell criptogràfic de data i hora generat dintre del dia natural de generació d'aquest, i s'incorpora a l'expedient, juntament amb les dades de verificació i manteniment de la validesa de la signatura electrònica.

4. Totes les actuacions electròniques, fins i tot les de simple tràmit i impuls del procediment, seran enregistrades pel govern local, amb identificació de la persona al servei de l'administració que les realitza, per garantir la traçabilitat de les operacions.

5. Tots els sistemes anteriorment esmentats generaran evidència electrònica irrefutable d'aquests actes i la custodien de forma segura durant el termini mínim de quatre anys o, si aquest és superior, durant el termini legalment establert en relació amb l'expedient administratiu corresponent.

6. El secretari o la secretària de la corporació diligenciarà els actes de publicació i de notificació, mitjançant mecanismes automàtics de generació i manteniment de l'evidència electrònica, instal·lats per la corporació o amb la col·laboració de prestadors independents de serveis de tercers de confiança

TÍTOL III
BON GOVERN DE L'ACTIVITAT LOCAL

Capítol I
Bon govern i contractació pública

Article 14. Criteris per decidir l'opció pública/privada en la gestió pública
Tota opció de contractació pública suposa una decisió de cooperació pública/privada. Aquesta decisió ha de ser presa lliurament per les entitats locals, sense cap més condició que la cerca de la major eficiència pública: ha de ser el camí que garanteixi de manera segura i eficient la conversió del diner del contribuent en béns i serveis útils per a satisfer necessitats públiques

Article 15. Contingut i verificació dels projectes tècnics
Les decisions que han de prendre les entitats locals en el procés de contractació d'obres, serveis o subministraments amb empreses privades han de basar-se en la prèvia existència d'un projecte o d'una avaluació tècnica de l'objecte que serà matèria de contracte, el qual ha de definir amb precisió el motiu de la contractació, el contingut material de la prestació, el preu, els terminis d'execució i els requisits de les empreses que poden obtenir l'encàrrec. És necessari que el projecte hagi seguit un procediment de supervisió per garantir la seva viabilitat i el compliment de normes tècniques i facultatives.

Article 16. Compliment dels principis i procediments de la contractació pública
Les entitats locals han de complir els principis de concurrència, no-discriminació i publicitat en el procés de selecció dels adjudicataris dels contractes públics i dels operadors privats en general. Els ens autònoms i les empreses locals han de complir els mateixos principis així com la normativa que els sigui aplicable a cada moment, en virtut de la seva condició de "poder adjudicador".

Article 17. Tràmits i resolució de les licitacions
Les entitats locals han de tramitar i resoldre les licitacions complint les lleis i els procediments, fent ús de forma progressiva de les noves tecnologies de la informació i la comunicació

Article 18. Actituds exigibles als adjudicataris i altres operadors dels contractes públics
Les entitats locals han de garantir que, en el procés d'execució dels contractes, els operadors privats prenen decisions respectuoses amb el medi ambient, el respecte a les normes de la contractació laboral dels seus col·laboradors propis i les normes mercantils per a la contractació de les empreses col·laboradores.

Article 19. Relacions entre els adjudicataris i la ciutadania
Mentre duri la gestió dels contractes públics, les entitats locals han de garantir que els operadors privats respecten els drets de les persones i la igualtat d'accés als serveis públics.

Article 20. Sistemes de control i avaluació
Les administracions públiques locals que contractin amb operadors privats la realització d'obres, els subministraments i la gestió dels serveis hauran d'articular i mantenir de manera permanent sistemes de control i avaluació de la gestió de les empreses privades que n'hagin resultat adjudicatàries i gestores dels contractes.

Article 21. Resolució dels conflictes amb els adjudicataris
Els ens locals que contractin empreses privades orientaran la resolució dels conflictes que puguin sorgir en el procés de la gestió de contracte vers la resolució amistosa en la mesura que sigui compatible amb el compliment de normes i procediments i la defensa de l'interès general.

Article 22. Actuació de diversos ens públics en un procés de contractació
Els ens públics que intervenen en el procés de la contractació pública i que poden aportar finançament, o ser responsables de col·laborar o supervisar la gestió dels contractes públics, hauran d'actuar d'acord amb els principis d'eficàcia i lleialtat institucional i evitar en la mesura que sigui possible els conflictes que puguin sorgir i resoldre'ls sempre en favor de l'interès general.

Article 23. Transparència i rendiment dels comptes
En el procés de la contractació pública, les entitats locals han de prendre totes les mesures que siguin adients per garantir la transparència de les actuacions i la protecció de la informació necessària per al rendiment dels comptes i la valoració final del cost i el benefici dels projectes públics

Article 24. Preparació dels contractes
1. A fi d'assolir una bona administració, les entitats locals procuraran planificar de forma ordenada l'execució de les seves decisions en matèria de contractació administrativa. Això afavorirà també la informació per a les persones interessades i la preparació i l'organització dels gestors implicats, la qual cosa repercutirà en més eficiència.

2. Les entitats locals prendran les mesures oportunes per tal d'assegurar l'existència de crèdit adequat i suficient per finançar la despesa que es derivi dels contractes, a més de seguir la tramitació establerta quan el seu finançament sigui a càrrec de diversos exercicis pressupostaris i/o es tracti d'un expedient de despesa anticipada.

3. Les entitats locals deixaran constància en l'expedient, mitjançant proposta, memòria o informe justificatius, de la necessitat de contractar allò de què en cada cas es tracti.

D’altra part, s’hi justificarà també la forma de selecció de la persona contractista o el procediment a seguir, d’acord amb les previsions legals i amb respecte als principis informadors de la contractació pública. No es fraccionarà l’objecte contractual per eludir la tramitació mitjançant el procediment que pertoqui.

4. Quan no sigui possible seguir la tramitació ordinària, es motivarà de forma objectiva i adequada la necessitat de declarar d’urgència la tramitació d’un expedient i es tindrà en compte que realment es tracti d’una necessitat inajornable o d’accelerar l’adjudicació per raons d’interès públic. En cas de tramitació per emergència, no s’hi inclouran les prestacions restants, necessàries per completar l’actuació però que no tenen aquest caràcter, les quals es contractaran d’acord amb el procediment que correspongui.

5. En la tramitació dels expedients de contractació es respectaran els principis d’objectivitat, publicitat i transparència dels procediments, de llibertat d’accés a les licitacions, de no-discriminació i d’igualtat de tracte entre les persones candidates. D’altra part, se salvaguardarà la lliure competència.

Article 25. Procediments

1. En els contractes menors i en el procediment negociat sense publicitat, per raó de la quantia, tenint en compte que es tracta de procediments molt àgils, caracteritzats per la seva immediatesa, es vetllarà per ser respectuós en la seva utilització i per tant, no fraccionar-ne el seu objecte amb la finalitat d’eludir el procediment que pertocaria seguir i no permetre abusar de forma desproporcionada del criteri de fraccionament.

D’altra part, i malgrat no sigui preceptiu en la contractació menor, si les característiques de l’objecte contractual ho aconsellen, es tindrà cura de precisar-ne el seu objecte mitjançant unes prescripcions tècniques, alhora que se sol·licitarà un mínim de tres ofertes en els procediments negociats sense publicitat per raó de la quantia i se seleccionarà la que resulti més avantatjosa una vegada s’hauran valorat de manera objectiva, de la qual cosa se’n deixarà constància en l’expedient. En el supòsit de no ser possible aquesta concurrència d’ofertes, també se’n deixarà constància en l’expedient de la seva motivació, mitjançant l’informe tècnic pertinent.

No s’utilitzaran aquests procediments per a finalitats diferents a les aprovades en el pressupost (com ho seria retribuir personal per manca de crèdit en el Capítol I del pressupost de despeses).

2. En el procediment negociat per raó de la quantia amb publicitat es respectarà l’essència d’aquest procediment i s’establiran els aspectes de negociació corresponents en el plec de clàusules economicoadministratives particulars així com la forma de dur-la a terme i de deixar-ne constància en l’expedient, a fi de no desvirtuar el propi procediment i, d’altra part, donar compliment als principis d’objectivitat i transparència i de respectar el dret de les persones licitadores a la negociació.

3. En el procediment negociat per imperiosa urgència es vetllarà per ser molt rigorós en l'elecció d'aquest procediment de selecció del contractista i a valorar, per tant, que la situació produïda respon als supòsits legalment previstos, és a dir, que realment s'hagin produït esdeveniments imprevisibles, no imputables a l'òrgan de contractació, els quals s'hagin d'executar de manera immediata i no sigui possible mitjançant la declaració d'urgència. Se'n deixarà constància motivada de forma objectiva en l'expedient i, per tant, no s'abusarà del fet que la Llei no defineix en què consisteixen aquests esdeveniments.

4. En el procediment negociat per raons tècniques o artístiques o per motius relacionats amb la protecció de drets exclusius, per la qual cosa el contracte només es pugui encomanar a un empresari determinat, es vetllarà per ser molt curós en l'elecció d'aquest procediment, per al qual no s'ha establert cap límit quantitatiu, i en ambdós supòsits, se'n deixarà constància en l'expedient mitjançant la documentació acreditativa que correspongui, a fi d'evitar la manca d'objectivitat i de compliment dels principis de publicitat, concurrència, d'igualtat i de no-discriminació.

Article 26. Documents i tràmits rellevants

1. Atesa la transcendència d'aquest document en tots els procediments de contractació -llevat dels contractes menors- es vetllarà per tal de respectar-ne el seu contingut reglat i també per incloure-hi totes aquelles estipulacions, es refereixin a drets o a deures de les parts, que es considerin convenients, a fi que siguin comprensibles i n'abastin tots els aspectes possibles amb la finalitat de donar la major transparència i objectivitat, d'evitar inseguretats jurídiques, situacions discriminatòries i posteriors divergències que puguin sorgir a causa d'imprevisions en les seves clàusules.

Es tindrà cura, especialment en les clàusules, de ponderar la solvència econòmica i financera d'acord amb el principi de proporcionalitat amb el pressupost de licitació i la tècnica en coherència amb la prestació objecte del contracte, a fi d'evitar exclusions en la licitació a causa d'indeterminacions en aquest aspecte.

En els procediments oberts i restringits, es tindrà també especial cura d'establir els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació de manera objectiva i ponderada, directament vinculats a l'objecte del contracte, a més dels criteris que es tindran en compte en cas de produir-se un empat en la valoració. D'altra part, en cas de preveure "millores", s'establirà que s'han de referir a l'objecte contractual i ser d'utilitat en l'execució del contracte, i se n'evitarà la seva indeterminació, la qual podria ocasionar un tracte discriminatori, tota vegada que la seva ponderació o puntuació ha de ser mínima en relació amb la resta de criteris.

2. Es redactaran de manera que compleixin la seva finalitat primordial, és a dir: precisar o detallar l'objecte de la prestació a contractar en tots els aspectes possibles, tenint en compte les regles que per al seu establiment conté la Llei, de manera que es permeti l'accés a la licitació en condicions d'igualtat i que no creïn obstacles injustificats. Quan

es tracti de contractar obres, es procurarà no aprovar cap projecte tècnic que no contingui la informació i/o documentació legalment prevista per a evitar al màxim les possibles modificacions i les desviacions pressupostàries

3. Es vetllarà per tal que els informes que hagin de constar en l'expedient, siguin o no vinculants, es motivin amb total objectivitat. En cas que un informe s'emeti a petició de la Mesa de Contractació o d'un altre òrgan col·legiat que intervingui en el procediment, per a la valoració de les proposicions presentades en una licitació, se seguiran escrupolosament els criteris aprovats en el plec de clàusules que el regeixi. Es complirà també el requisit de la motivació en les resolucions de l'òrgan de contractació, independentment que se'n derivin drets per a terceres persones.

4. Es vetllarà per tal que els acords presos pels òrgans col·legiats que intervinguin en els procediments constin de forma motivada en les actes corresponents, les quals es redactaran puntualment, de forma clara i s'hi adjuntaran aquells informes emesos a petició seva, en els quals s'hi ha vinculat la seva decisió. Es donarà accés a aquesta documentació sempre que una persona interessada la sol·liciti.

5. Les notificacions dels actes administratius que ho requereixin es practicaran amb puntualitat i el seu contingut es redactarà de forma clara. Es tindrà cura també d'incloure-hi el règim de recursos de manera planera amb la finalitat d'evitar possibles confusions, conseqüència d'haver-se excedit en remissions normatives.

Article 27. Contractes subjectes i no subjectes a regulació harmonitzada

1. Als contractes subjectes a regulació harmonitzada els són d'aplicació les previsions fetes per a les entitats locals poder adjudicador considerades administració pública, si bé es tindran en compte les exempcions previstes en l'article 174 de la LCSP.

2. En els contractes no subjectes a regulació harmonitzada es respectaran de manera rigorosa els principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no-discriminació i s'aprovaran unes instruccions internes de contractació per a regular tots els procediments de contractació no harmonitzada (directa fins a 50.000,00€, negociat amb publicitat a la Web de 50.000,01€ a 100.000,00€ serveis i subministraments i 1.000.000,00€ per a obres i obert o restringit quan se superin els imports anteriors fins els llindars de la regulació harmonitzada), les quals es redactaran de manera clara i garantiran el compliment dels principis esmentats i també que el contracte s'adjudicarà a qui presenti l'oferta més avantatjosa.

a) En la regulació dels procediments, s'hi farà constar la intervenció de l'òrgan col·legiat que es consideri convenient.
b) En la redacció dels plecs de clàusules i de prescripcions tècniques es tindrà en compte allò exposat en la secció anterior.
c) Les instruccions es posaran a disposició de totes les persones interessades i es publicaran en el perfil del contractant.

Article 28. Principis informadors i aprovació d'unes instruccions internes de contractació
S'aplicarà el que s'ha exposat en l'article anterior per als contractes no subjectes a regulació harmonitzada dels poders adjudicadors no administració pública.

Capítol II
Bon govern i urbanisme

Article 29. Principis generals
L'actuació del govern local en matèria d'urbanisme s'ajustarà als principis següents:

a) Legalitat, publicitat i interdicció de l'arbitrarietat.
b) La submissió de la política urbanística al servei objectiu dels interessos generals.
c) Transparència i participació
d) Visibilitat, certesa i seguretat.

Article 30. Personal públic a càrrec de l'activitat urbanística
1. En coordinació amb la Generalitat de Catalunya, s'iniciarà una acció decidida d'eliminació de situacions provisionals (accidentals i interines) en el personal encarregat de la censura legal i econòmica dels acords i de les tasques d'inspecció. Els llocs de treball reservats a funcionaris amb habilitació de caràcter estatal es proveiran per concurs de mèrits i, excepcionalment, per lliure designació.

2. La censura dels expedients urbanístics que hagin d'efectuar els funcionaris esmentats comptarà amb un adequat suport tècnic i organitzatiu.

Article 31. Retribució de les autoritats que operen en el camp de l'urbanisme
1. El sistema retributiu de les autoritats municipals que operen en el camp de l'urbanisme haurà de seguir els següents paràmetres:

a) Utilització del marc d'autonomia de determinació de les xifres concretes (no del límit global) que, en aquest camp, ja és propi dels ens locals.
b) Les decisions locals es prendran sense perjudici de l'aplicació de les garanties legals establertes: període de limitació d'activitats o "refredament" posterior al mandat i declaració de béns i activitats.
c) Establiment de compensacions econòmiques per a càrrecs electes en municipis petits.

Article 32. Política comunicativa, publicitat i transparència
1. Els ens locals hauran de transmetre una visió positiva de l'activitat constructiva i urbanitzadora, allunyada de tòpics i correctament controlada per a assegurar la sostenibilitat.

2. Es comunicaran correctament els objectius i els resultats de l'acció urbanística dels ens locals, tot fent constar els punts principals d'una informació comprensible, especialment les bases legals, els subjectes actuants, els beneficis i els costos per a l'interès públic derivats de l'actuació i els principals aspectes tècnics (durada de l'actuació, habitatges previstos, sistemes de connexió a les infraestructures).

3. Es posarà en marxa una adequada política comunicativa de les actuacions urbanístiques. En aquest punt, s'aplicarà la legislació vigent sobre publicitat institucional. D'acord amb l'art. 3.5 de la Llei de Publicitat Institucional de Catalunya, la publicitat institucional, a més de ser explicativa, pot tenir un to prescriptiu a través de missatges que impliquin els ciutadans i la seva consciència cívica.

4. Es combinarà la preceptiva publicitat formal amb noves formes de difusió real i efectiva (per exemple, a través de les noves tecnologies) i s'assegurarà l'adequada informació, al ple, de les decisions preses en aquest àmbit.

5. Per tal de reduir la discrecionalitat en planificació urbanística es procurarà tenir especial cura amb la justificació objectiva de les memòries que acompanyen i expliquen els plans i les classificacions del sòl, especialment aquelles que qualifiquen un sòl com a "no urbanitzable" per tal de garantir la utilització racional del territori i la qualitat de vida, d'acord amb el model de desenvolupament urbanístic sostenible.

6. Se seguirà fomentant la participació ciutadana, a través de les fases preceptives d'informació pública en el planejament i una política comunicativa adequada que eviti la confusió i que tendeixi a apaivagar els problemes habituals dels processos participatius: lentitud; interessos predominants; costos de dedicació temporal de ciutadans, funcionaris i autoritats i feblesa operativa o corporativisme de les associacions ciutadanes.

7. L'accés informàtic a la normativa i projectes urbanístics s'emmarcaran dins del sistema públic i integrat d'informació sobre sòl i urbanisme previst per la normativa estatal i autonòmica i asseguraran la compatibilitat i la coordinació amb el cadastre immobiliari.

8. Es tindrà cura que es respectin les exigències legals de transparència de certes actuacions dels particulars. En especial, la determinació a la memòria per a la modificació d'instruments de planejament general de la identitat de totes les persones propietàries o titulars d'altres drets reals sobre les finques afectades, ja siguin públiques o privades, durant els cinc anys anteriors al començament del procediment i els títols en virtut dels quals han adquirit els terrenys. També s'ha de fer constar en la memòria la modificació del planejament general de l'existència, si escau, d'un adjudicatari o adjudicatària de la concessió de la gestió urbanística i la seva identitat.

Article 33. Àmbits de disciplina i gestió urbanística

1. L'atorgament de llicències justificarà el perquè de la imposició de *conditiones iuris* i haurà de ser molt curós en la interpretació dels conceptes jurídics indeterminats.

2. Totes les denegacions de llicències urbanístiques han de ser motivades. S'elaborarà una especial motivació i justificació dels elements discrecionals que s'observen a les llicències per a obres o usos de caràcter provisional.

3. D'acord amb la vigent regulació legal, l'expedient per a atorgar la llicència urbanística ha d'incorporar els informes de caràcter tècnic i jurídic.

4. Els convenis urbanístics han d'integrar la documentació del planejament o de l'instrument de gestió al qual es refereixen, s'han de sotmetre a la informació pública corresponent i poden ser objecte de consulta un cop aprovats. Les administracions públiques amb competències urbanístiques i les entitats urbanístiques especials han de garantir la consulta presencial i per mitjans telemàtics dels convenis urbanístics que subscriuen i n'han de trametre una còpia al Departament de la Generalitat de Catalunya competent en la matèria en el termini d'un mes des de llur aprovació, perquè siguin inserits en la secció de convenis urbanístics de l'instrument de divulgació telemàtica del planejament urbanístic de l'Administració de la Generalitat.

5. Els convenis urbanístics obliguen exclusivament les parts que els han signat, i en cap cas condicionen les competències públiques en matèria de planejament urbanístic, les quals no poden ser objecte de transacció, i no poden comportar per a les persones propietàries obligacions o càrregues addicionals o més costoses que les establertes per la legislació aplicable.

6. Els convenis urbanístics han d'especificar en una clàusula les obligacions de publicitat a què estan sotmesos per al coneixement de les parts signatàries.

7. Es promourà la transparència i la motivació dels procediments d'alienació i cessió del béns del patrimoni públic del sòl. En especial, en els supòsits de cessió gratuïta o a preus inferiors al mercat o en l'alienació a través de concurs públic i d'adjudicació directa.

8. Es reduiran els supòsits d'inactivitat en matèria de disciplina urbanística mitjançant:

a) La dedicació a la inspecció urbanística del personal especialitzat alliberat amb l'assignació legal d'un paper més reduït a l'autorització (en aplicació de la normativa de desenvolupament de la Directiva de Serveis).

b) La col·laboració interadministrativa, que inclou diverses possibilitats: determinació legal o convencional d'àrees prioritàries d'inspecció, agilitat en la comunicació

d'informació, convenis per a la prestació adequada de la inspecció urbanística i plans d'inspecció conjunta i fins i tot mancomunada.

9. L'exercici de la disciplina urbanística evitarà les polítiques selectives o discriminatòries i optarà per la programació a través de plans d'inspecció.

Capítol III
Bon govern i serveis públics

Article 34. Bona definició i reglamentació dels serveis

1. La corporació municipal ha d'analitzar i revisar, si s'escau, els expedients d'establiment dels serveis que presta l'ens local i adaptar-los a la realitat i a les necessitats actuals, així com aprovar i/o modificar adequadament els reglaments d'aquests serveis.

2. La corporació municipal ha d'elaborar protocols o guies per a la redacció de les memòries i projectes d'establiment de nous serveis amb l'objectiu de racionalitzar el seu procés d'adopció i el seu contingut.

Article 35. Elecció de les formes de prestació que s'ajustin a les necessitats que ha de satisfer el servei i promoció de fórmules de gestió conjunta

1. La corporació municipal ha de definir una estratègia global sobre el mode més idoni de gestionar cada tipus de servei de competència local, ponderant els criteris de responsabilitat pública i d'eficiència i garantint l'audiència o participació dels usuaris i la transparència en l'apreciació dels avantatges i dels inconvenients que presenten cadascuna de les opcions susceptibles d'elecció.

Aquest objectiu es pot materialitzar amb la determinació de criteris generals i la garantia de participació dels usuaris en el reglament orgànic municipal (ROM), com a norma institucional pròpia dels municipis en la qual es desenvolupen les previsions legals respecte de l'organització municipal necessària i s'exerceixen plenament les capacitats normatives pel que fa a l'organització complementaria o voluntària, dins de la qual s'inclourà la dels ens instrumentals per a la gestió dels serveis públics de la seva competència.

2. La corporació municipal ha de procurar que la participació en el procés d'elecció de la forma de gestió s'estengui a persones o institucions públiques rellevants a nivell local en l'àmbit de la prestació dels serveis.

3. La corporació municipal ha de promoure fórmules de gestió conjunta amb altres municipis o ens supramunicipals, bo i realitzant una anàlisi d'aquesta gestió durant el mateix procés d'avaluació, per tal de dotar els serveis locals d'una escala adequada i compartir amb altres ens les experiències, mitjans i coneixements propis com a mitjà per a assolir una gestió eficaç i eficient de les competències locals.

Article 36. Procediments d'adjudicació en la gestió indirecta dels serveis públics
1. La corporació local ha de vetllar perquè la gestió indirecta dels serveis públics es realitzi de conformitat amb els principis d'eficiència, qualitat i equitat.

2. En la selecció del prestatari del servei, l'òrgan de contractació ha de donar als particulars que hi concorrin un tracte igualitari i no discriminatori, garantint la llibertat d'accés.

3. La corporació municipal ha d'establir mecanismes per evitar la participació directa i mitjançant persones interposades dels membres del govern municipal i dels funcionaris locals en l'adjudicació del serveis públics. En qualsevol cas, els òrgans competents per a l'adjudicació del servei han de motivar les decisions que es fonamentin en la seva discrecionalitat tècnica per tal d'evitar resolucions arbitraries.

4. El plec de clàusules administratives generals i el plec de prescripcions tècniques particulars han d'incloure les previsions necessàries per a garantir l'efectivitat dels drets dels futurs usuaris dels serveis públics, entre ells, el dret a presentar reclamacions sobre el funcionament del servei, informant sobre el procediment de reclamació i els terminis de resposta, i la garantia d'un tracte igualitari en l'ús dels serveis, especialment en relació amb les persones que presenten alguna discapacitat.

5. Els adjudicataris dels serveis públics titularitat de la corporació municipal han de regir la seva actuació pel principi de transparència de gestió.

6. La corporació municipal ha d'establir els mecanismes necessaris per garantir que les queixes dels usuaris dels serveis adreçades als prestataris d'aquests arribin al seu coneixement i, en cas de manca de resolució per part d'aquells, pugui adoptar les mesures escaients per esmenar les deficiències que hagin estat acreditades, previ exercici de les seves facultats d'inspecció.

Article 37. Cartes de servei
1. La corporació municipal es compromet a aprovar cartes de serveis en relació amb tots els serveis públics adreçats als ciutadans que, de manera directa o indirecta, presti l'ens local així com a promoure l'aprovació de cartes de serveis en les empreses municipals. A través d'aquests instruments es formalitzaran compromisos concrets i tangibles de prestació, dins dels terminis i nivells de qualitat garantits.

2. Les cartes de servei han de determinar amb criteris d'objectivitat els indicadors de qualitat d'un servei per a facilitar que els òrgans competents puguin vetllar pel seu bon funcionament.

3. L'incompliment de qualsevol dels compromisos continguts en les cartes de serveis genera la corresponent compensació o indemnització a favor de l'usuari afectat. La

corporació municipal vetllarà perquè aquesta compensació o indemnització es faci efectiva amb la major celeritat possible.

4. El seguiment i l'avaluació de les cartes de servei s'ha de reflectir en un informe anual que ha d'incloure una valoració sobre el grau de compliment dels indicadors previstos en les cartes, el grau de satisfacció dels usuaris i les propostes de millora.

5. El resultat dels informes anuals de seguiment i avaluació així com el grau d'implementació de les propostes de millora que s'hi continguin podran ser consultats electrònicament pels ciutadans a través dels mitjans telemàtics de què disposi la corporació municipal.

Article 38. Control en la prestació dels serveis

1. La corporació municipal vetllarà per garantir el sotmetiment periòdic a auditories de gestió de les empreses públiques que presten serveis, sigui quina sigui la forma jurídica que adoptin, així com de les empreses privades a les quals, mitjançant alguna de les fórmules indirectes de gestió, s'hagi confiat l'explotació d'un servei públic. L'auditoria ha de ponderar el compliment dels deures de les empreses esmentades envers els usuaris reflectits al reglament i/o a la carta de serveis.

Article 39. Transparència i democràcia administrativa

1. En desenvolupament de les funcions que els corresponen, els electes locals actuaran de conformitat amb els principis d'eficàcia i eficiència, d'assoliment de l'interès general i de bon govern, amb objectivitat i imparcialitat i sense prevaldre's de les prerrogatives del càrrec per afavorir els interessos privats.

2. La corporació municipal pot introduir diferències de tracte objectives en l'ús dels serveis de la seva titularitat. Qualsevol situació que suposi una excepció al principi d'igualtat de tracte s'haurà de motivar expressament de forma racional i objectiva.

3. La corporació municipal ha d'impulsar l'ús dels mitjans electrònics (TIC) per a promoure la tramitació dels procediments vinculats a la prestació dels serveis públics (acords dels òrgans de govern local, serveis encomanats o assumits, així com les prestacions que comprenen i la seva disponibilitat), donar accés a la informació municipal, incrementar la participació ciutadana per via electrònica i evitar tractes discriminatoris.

4. El ROM o els reglaments dels propis serveis o de participació ciutadana han de procurar l'equiparació del règim de publicitat dels actes dels ens locals matrius i els dels ens instrumentals, així com del dret d'accés a la informació per part dels ciutadans i dels electes locals respecte d'aquests ens, amb independència de la seva forma jurídica.

5. Per tal de reforçar la transparència en la gestió dels serveis, les empreses públiques han de disposar d'una pàgina web que faciliti informació suficient per conèixer les dades més rellevants de llur activitat i per avaluar-ne el sistema de govern i l'assumpció de responsabilitat en la gestió del servei encomanat.

Capítol IV
Bon govern i policia local

Article 40. Regulació de l'ètica de la policia local

1. Els municipis amb cos de policia local aprovaran mitjançant una norma reglamentària un codi deontològic en matèria policial inspirat en la Recomanació REC (2001) 10, adoptada pel Comitè de Ministres del Consell d'Europa, sobre el Codi europeu d'ètica de la policia i el Codi d'Ètica de la Policia de Catalunya (CEPC), aprovat mitjançant Resolució IRP/3648/2010.

2. Els municipis que no adoptin llurs codis deontològics policials propis elevaran a rang normatiu el CEPC , mitjançant l'adopció de les normes reglamentàries oportunes.

Article 41. Comitè d'ètica policial

1. En els municipis amb cos de policia local de més de deu mil habitants es podrà constituir un *comitè d'ètica policial* per tal de vetllar pel bon nom i la reputació de la policia local i assegurar un control extern eficaç i transparent de la conducta policial.

2. El comitè estarà integrat per cinc membres, com a mínim i presidit pel síndic/a de greuges local, en cas que existeixi, o per l'alcalde o l'alcaldessa. En tot cas, l'alcaldia nomenarà els altres quatre membres amb la composició següent: dos agents de la policia local de diferents escales, dos ciutadans del municipi, un dels quals jurista de prestigi reconegut. El secretari de l'ajuntament actuarà com a secretari, amb veu, però sense vot.

3. El *comitè d'ètica policial* podrà actuar:
   a) A petició d'un ciutadà.
   b) A petició d'una entitat jurídica.
   c) En cas d'instruir-se expedient a un policia de servei, si el tema afecta o pot afectar la imatge de la policia local.
   d) A petició del policia afectat.
   e) Per consideracions internes dels serveis municipals.

4. Aquest comitè ha de considerar qualsevol escrit que li sigui adreçat i pot, segons el cas, després de la valoració corresponent.
   a) Si és una queixa:
      - Rebutjar-la quan estimi que el fet denunciat no vulnera les normes d'actuació de la policia.
      - Decidir que existeix matèria per a un procediment administratiu.

- Decidir que no existeix matèria per a un expedient, però sí que pot existir una falta lleu.

b) Si és una mostra de satisfacció, proposar a l'alcaldia l'atorgament de mèrits professionals, d'una recompensa o la comunicació d'una felicitació.

c) Si l'escrit obeeix a motius interns del servei o és un expedient, l'acord d'aquest comitè constituirà part de l'expedient.

5. El Comitè intervindrà en els procediments disciplinaris formulant un informe vinculant abans de la proposta de resolució.

6. El Comitè rebrà traslllat de totes les comunicacions que rebi l'ajuntament referides a l'actuació de la policia local.

Capítol V
Bon govern i medi ambient

Article 42. Principis generals

1. El medi ambient és un bé constitucionalment protegit, vinculat de manera indestriable a la qualitat de vida, a la cohesió social i al benestar de les persones. No existeix contraposició ni subordinació entre ambdós objectius.

2. És responsabilitat de l'acció pública i administrativa fer que protecció i regeneració ambientals, salut pública, qualitat de vida i cohesió social siguin compatibles, interactuïn i es complementin, per tal de generar oportunitats i evitar riscos.

3. Es reconeix que les actuacions que afecten el medi ambient tenen sempre una doble dimensió: local i global, amb diferents graus d'incidència, ja sigui en l'entorn immediat o en el conjunt del ecosistema.

4. El tractament correcte de les problemàtiques associades al medi ambient i als ecosistemes requereixen un plantejament integrat i un treball interdisciplinari i interdepartamental dins les diverses administracions, així com la cooperació i la coordinació amb d'altres administracions, i adaptar-hi les estructures internes de gestió.

Article 43. Avaluació i prevenció

1. Totes les actuacions de planificació, programació o execució de projectes amb incidència rellevant en el medi ambient i en els diferents vectors dels ecosistemes, tant públiques com privades, s'han de subjectar al procés previ d'avaluació estratègica dels aspectes socials i ambientals associats, o d'estudi d'impacte ambiental, segons correspongui per la legislació vigent.

2. És una pràctica recomanable estendre les tècniques d'avaluació estratègica i d'estudi d'impacte –ni que sigui simplificades i no formals- als processos de presa de decisions en el major nombre d'actuacions que ho justifiquin, més enllà dels requeriments legals.

3. L'avaluació i el seguiment d'impactes no finalitza amb l'actuació o amb l'obra, sinó que s'han de mantenir els mecanismes necessaris de seguiment i de gestió adaptativa posteriors a l'execució.

Article 44. Informació i participació

1. S'establiran sistemes d'informació i instruments de participació en temes mediambientals, tant d'interès i abast general com local, amb la màxima amplitud, proximitat i descentralització i dotats dels mitjans personals i tecnològics adients.

2. S'establirà un sistema d'indicadors mediambiental del municipi o del territori en què actuï l'Administració Local, que siguin fiables i homologats.

Article 45. Dret a la queixa, a la denúncia i al recurs

Els recursos, denúncies, reclamacions o demandes d'informació que presentin els ciutadans de manera expressa, en temps raonable hauran de ser resolts de manera entenedora i raonada.

Article 46. Accés a la justícia

1. Es facilitarà l'actuació de l'administració de justícia en totes les actuacions relatives al medi ambient, salubritat i qualitat de vida, tant si l'actuació és d'ofici com a instància de particulars, i sigui quin sigui el tipus de procediment, mitjançant la remissió de la documentació que sigui requerida o que tingui relació amb l'objecte de l'actuació judicial, amb la màxima amplitud i celeritat.

Article 47. Fiscalitat i medi ambient

La fiscalitat local procurarà internalitzar els costos mediambientals determinats de forma objectiva, aportant recursos per la mitigació o atenuació dels impactes ambientals associats a determinada obra, instal·lació o activitat.

Article 48. Contractació sostenible: compra verda

S'incorporarà als plecs de condicions tècniques i administratives dels contractes d'obres i serveis de les administracions locals un apartat de valoració específica dels aspectes amb incidència en la millora del medi ambient: estalvi i eficiència energètica, i en general els aspectes relatius al cicle dels materials: prioritat a productes reciclables amb menys despesa de recursos; prevenció de generació de residus; així com donar major puntuació als productes amb certificació ecològica homologada i a les empreses que disposin d'EMAS.

Capítol VI
Bon govern i activitat comercial

Article 49. Lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, de la regulació municipal de la venda no sedentària, ambulant itinerant i automàtica

1. Mentre no tingui lloc una transposició material a Catalunya i en l'àmbit sectorial del comerç de la Directiva 2006/123/CEE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior, per efecte de la Llei 17/2009, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, els ajuntaments:

a)Asseguraran que les autoritzacions per a activitats de venda no sedentària, ambulant i automàtica que atorguin no siguin discriminatòries i, particularment, que reflexionin sobre si, en funció de les característiques i circumstàncies del seu terme i dels interessos locals perseguits, la seva existència respon a raons imperioses d'interès general i si són proporcionades.

b)Revisaran l'adequació dels paràmetres d'aquestes autoritzacions a la Llei 17/2009, per tal d'eliminar qualsevol test econòmic entre els seus criteris d'atorgament, que en cas de limitació de la vigència i/o nombre de les autoritzacions es compleixin els arts. 7 i 8 de la Llei 17/2009, així com la resta de requisits que aquesta estableix.

Article 50. Sistema de finestreta única

1. Els ajuntaments garantiran el funcionament d'un sistema de finestreta única que permeti que quan un ciutadà pretengui exercir una activitat comercial pugui adreçar-se a una sola dependència, on dur a terme la sol·licitud de totes les autoritzacions administratives necessàries per a l'exercici d'aquesta activitat i que siguin de competència municipal (comunicació comercial, ambiental i llicència d'obres, si és el cas). La finestreta única disposarà de mitjans personals degudament formats que siguin capaços, d'atendre les consultes dels operadors sobre la interpretació i l'aplicació general de la normativa. Així mateix, aquestes finestretes hauran d'estar suficientment dimensionades per assegurar un accés efectiu a la informació en el mínim temps possible.

Article 51. Adequació de l'organització administrativa municipal a l'exercici de les competències en matèria de comerç

1. L'exercici de les múltiples i variades competències en matèria de comerç que corresponen als ajuntaments recomanen que aquests es dotin d'una organització administrativa amb els nivells de coneixement i especialització adients per a satisfer els interessos públics i privats en joc.

2. L'adequació de l'organització administrativa local es podrà aconseguir mitjançant la contractació de serveis d'assessorament a tercers, o bé, especialment, per raons d'eficiència, mitjançant la contractació de personal o mitjançant la formació del personal propi de l'ajuntament.

TÍTOL VI
BON GOVEN DE LES HISENDES LOCALS

Article 52. Principis generals

Són principis generals de l'actuació de les hisendes locals:

1. El de publicitat de les competències locals i dels corresponents crèdits pressupostaris assignats per al seu funcionament.
2. El de garantia del finançament dels nous serveis d'interès local que hagin d'assumir.
3. La defensa del contribuent mitjançant, entre d'altres, la figura de defensor del contribuent.

Article 53. Informació als administrats i transparència

1. S'establiran sistemes d'informació destinats als contribuents, a fi que coneguin els diferents tributs que s'exigiran als ciutadans. Això es farà en cadascun dels períodes impositius.

2. Es desenvoluparà una informació clara del programa de despeses per a cada un dels exercicis fiscals, amb la màxima ressonància social, tant en la vessant dels ingressos com en la de les despeses, utilitzant els mitjans personals i tecnològics adients.

3. Es fomentarà la necessària participació pública en els processos d'assignació equitativa de determinades despeses públiques que afectin especialment al conjunt d'administrats.

Article 54. Recursos

1. El recurs de reposició en l'àmbit tributari serà informat per un funcionari diferent a aquell que ha dictat la primera resolució impugnada, informe que en cap cas revestirà el caràcter de vinculant per l'òrgan que ha de resoldre conforme a dret.

2. No es dictaran resolucions denegatòries dels recursos de reposició en matèria tributaria local com a simple forma de retardar l'aplicació del que sol·licita el ciutadà. Serà necessari que el funcionari que resol informi raonadament la seva resolució.

3. En el moment d'interposar el recurs contenciós administratiu contra actes administratius denegatoris de drets, l'administració ha de facilitar i remetre tota la documentació que sigui requerida o que tingui relació amb l'objecte de l'actuació judicial amb la màxima celeritat.

Article 55. Ingressos públics

1. Els ajuts o subvencions no es poden articular mitjançant exempcions o beneficis fiscals. Previ al moment d'aprovació de les ordenances tributàries particulars

reguladores de cada un dels tributs, i per a cada exercici, s'analitzarà en quina mesura es generen ajuts o subvencions encobertes.

2. En la mesura que sigui possible i sempre que es tracti d'actuacions polítiques supramunicipals i que s'hagin de finançar mitjançant tributs, es procurarà emprar fórmules de col·laboració entre municipis i diferents ens supramunicipal o, si escau, la Generalitat de Catalunya. És el ple de l'ajuntament el que ha de decidir si determinada actuació revesteix aquesta naturalesa i determinar alhora quins poden ser els municipis afectats.

Article 56. Tributs locals

1. Es fomentaran formes consorciades per a la gestió cadastral entre l´Estat, la Generalitat o els municipis.

2. Es fomentarà la rigorositat en els estudis econòmics financers a l'hora de quantificar les taxes, tot creant una metodologia conjunta per a calcular de manera precisa els costos directes i indirectes de cadascuna de les activitats o prestacions de serveis que constitueixen el fet imposable de la taxa.

3. Es procurarà que qualsevol estudi econòmic financer que quantifiqui les taxes vagi acompanyat d'una justificació o explicació per tal que sigui entenedor pels usuaris el cost del servei.

Article 57. Despesa pública

1. Els membres de la corporació i els funcionaris responsables de la gestió pressupostària han de respectar la disciplina pressupostària i financera definida en la llei i en particular s'han d'abstenir de dictar o de realitzar qualsevol acte destinat a desviar del seu objectiu els fons o altres béns públics.

3. L'Administració Local fomentarà el rendiment de comptes de la gestió de la despesa, acomplint el principi de legalitat financera; per això es necessari que :

a) Els ciutadans siguin informats dels resultats comptables. La informació comptable continguda als comptes anuals ha de ser accessible a tots els agents econòmics i socials.
b) S'han de presentar i publicar els objectius que es pretenen aconseguir durant l'exercici pressupostari.

TÍTOL VII
PRINCIPIS RECTORS DEL CONTROL DE LES CORPORACIONS LOCALS

Capítol I
Principis en matèria de control intern

Article 58. Control polític

Es regularan en el reglament orgànic municipal:

a) Els drets d'accés als documents administratius dels grups d'oposició, no només per als assumptes que requereixin tramitació plenària, sinó també per a aquells la decisió dels quals no correspon al ple.
b) Les intervencions dels membres dels òrgans col·legiats amb la finalitat de garantir la màxima igualtat en tots els debats.
c) El sistema de queixes i propostes davant els diferents òrgans de la corporació.
d) Un calendari per a l'examen plenari de determinats assumptes.

Article 59. Control jurídic i juridicofinancer

1. Amb la finalitat de millorar el control d'eficàcia, eficiència i economia i implantar un sistema de comptabilitat de gestió, s'elaborarà el pressupost anual per objectius. Els objectius reflectiran la planificació estratègica de l'equip de govern local. S'establiran a més uns indicadors de gestió per a reclamar dades sobre el nivell de compliment d'aquests objectius.

2. En les corporacions en les quals no s'aplica el règim de grans municipis i en les quals no es creen llocs de col·laboració reservats a funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, s'atorgarà la responsabilitat administrativa de gestió a un membre de la corporació, separant les funcions de comptabilitat de les de fiscalització.

Capítol II
Principis en matèria de control extern

Article 60. Col·laboració

1. Els membres i els empleats de les corporacions locals hauran de facilitar el control de llur activitat. A aquests efectes, actuaran amb la màxima transparència i col·laboraran en tot tipus d’investigacions que es portin a terme, tant internes com externes a la corporació. De manera especial es comprometran a col·laborar amb el Síndic de Greuges de Catalunya i els síndics locals, davant de queixes ciutadanes en cas d’una hipotètica mala gestió administrativa.

2. També hauran de garantir el control comptable de totes les seves decisions, tant per la Sindicatura de Comptes com pel Tribunal de Comptes.

3. De la mateixa manera, hauran de mostrar la màxima col·laboració amb l'Oficia Antifrau de la Generalitat.

4. Cooperaran amb els òrgans judicials en tot tipus de processos i actuacions en els quals se'ls requereixi.

Article 61. Relacions amb el Síndic de Greuges

1. Tal com estableix l'article 78 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, el Síndic de Greuges és competent per a supervisar l'activitat de l'Administració Local i la dels organismes públics o privats vinculats que en depenen. Aquesta competència s'exerceix sense perjudici de l'existència de síndics local creats a l'efecte per les pròpies corporacions locals, i de la cooperació que haurà de donar-se entre les dues instàncies per tal de garantir els drets de la ciutadania. Si escau, també col·laboraran amb el Defensor del Pueblo. S'articularan convenis de col·laboració entre els ens locals i els esmentats òrgans de control.

2. Totes les instàncies de control esmentades tindran com a funció principal fer efectiu el dret a la bona administració**,** d'acord amb el que s'estableix a l'article 30 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

3. El Síndic de Greuges pot formular a les autoritats i al personal de l'Administració Local tota mena d'advertiments, recomanacions, suggeriments i recordatoris de les obligacions legals que han de complir, però no pot, en canvi, suspendre, modificar o anul·lar actes o resolucions administratives.

4. El Síndic de Greuges pot investigar l'actuació i la manca d'actuació de l'Administració Local, d'ofici o a instància de part, mitjançant queixes presentades per qualsevol persona física o jurídica que invoqui un interès legítim, sense que sigui cap impediment la nacionalitat, la residència, la minoria d'edat, la incapacitat legal, l'internament en un centre penitenciari o qualsevol relació de subjecció especial amb una administració; i si escau, rebrà les corresponents queixes dels càrrecs electius dels ens locals de Catalunya quan els assumptes afectin el seu respectiu àmbit territorial.

5. Les autoritats locals han d'arbitrar mecanismes àgils i eficaços d'atenció ciutadana. No obstaculitzaran l'accés al Síndic de Greuges, o si escau, els locals. S'esforçaran per tal d'evitar que la ciutadania es trobi desorientada quan vulgui presentar una queixa per un mal funcionament de l'Administració Local.

6. El Síndic de Greuges supervisa les empreses privades que presten serveis d'interès públic, i que tenen incidència en l'àmbit local, com ara la llum, la telefonia, l'aigua, el gas, o el servei postal.

7. La xarxa d'oficines de consum, que reben queixes dels ciutadans i les solucions arbitrals que es donen, no impediran que el Síndic de Greuges entri a conèixer queixes per consum, i fins i tot que emeti suggeriments per tal de superar diferències.

8. Les corporacions locals actuaran en el marc d'una "cultura del servei públic", i hauran d'ésser receptius a les queixes que es presentin al Síndic de Greuges, quan aquestes entrin de ple en les competències locals i comportin una "mala administració". En cap cas obstaculitzaran la tasca del Síndic i encara menys ignoraran la seva presència quan es desplaci a la seu de la corporació local. Un cop l'any hauran d'explicar el tracte que han donat a les queixes rebudes pel Síndic de Greuges en un ple. Aquesta informació serà publicada al web de la corporació.

Article 62. Relacions amb l'Oficina Antifrau de Catalunya

1. Tal com estableix la Llei 14/2008, l'Oficina Antifrau de Catalunya és la institució independent que té encomanada la funció de preservar la integritat del sector públic català. Sens perjudici de les funcions de fiscalització i control intern, per assolir el màxim nivell de transparència i responsabilitat, les corporacions locals facilitaran a l'Oficina Antifrau la realització de la seva funció de control extern, segons el que estableix l'article 6.a) de la Llei 14/2008 i facilitant el ple accés a la documentació administrativa de l'entitat.

2. Les entitats locals celebraran convenis de col·laboració amb l'Oficina Antifrau per a l'assessorament tècnic en matèria de:

a) conflictes d'interessos
b) definició de programes d'integritat
c) identificació d'àrees de risc de corrupció
d) revisió de procediments per reduir oportunitats de corrupció
e) elaboració de codis de conducta
f) disseny d'instruments de transparència i retiment de comptes
g) creació d'oficines o responsables d'integritat
h) d'instruments de control intern i de canals interns de denúncia
i) realització d'auditories d'integritat

3. Els membres, els directius i el personal al servei de l'Administració Local dirigiran per escrit a l'Oficina Antifrau de Catalunya les consultes necessàries per aclarir els esmentats dilemes ètics i per a rebre indicacions sobre les conductes i les actuacions a mantenir per a complir amb la legalitat vigent i assegurar el màxim nivell d'integritat i transparència de l'organització pública a què pertanyen.

TÍTOL VIII
EFICÀCIA, PUBLICITAT I APLICACIÓ DEL *CODI DE BON GOVERN*

Article 63. Eficàcia

Sense perjudici que el *Codi* serveixi de guia per a totes les persones al servei de les corporacions locals i de paràmetre d'actuació administrativa, els ens locals elevaran el seu contingut al rang de normes jurídiques de compliment obligat mitjançant l'adopció dels adequats instruments reglamentaris.

Article 64. Publicitat

Per tal de donar a conèixer la seva existència, el *Codi* es publicarà al web institucional, i als taulers d'anuncis, i es facilitarà la seva difusió màxima a través de tots els mitjans que es considerin adients. Com a mínim un cop l'any es farà un balanç de l'aplicació d'aquest codi i se sotmetrà a debat del ple de la corporació.

Article 65. Aplicació

1. L'alcalde o el president de la corporació local, i si escau, un regidor o càrrec representatiu en qui delegi, vetllarà per l'aplicació del que disposa el *Codi de bon govern local*.

Les entitats locals podran instituir un *Comitè de Bon Govern Local* per tal d'assegurar un control eficaç sobre l'aplicació del *Codi*. En aquest comitè haurà d'assegurar-se la representació ciutadana i tindrà una composició que asseguri la pluralitat i l'equilibri de la representació política.